

SEPARATE OPINION OF JUDGE YUSUF

Disagreement with reasoning leading to determination of amounts of compensation — Disagree also with radical reversal of burden of proof — It requires Uganda to prove double negative fact with respect to injuries in Ituri — A requirement not supported by practice of the Court — Also, inconsistent with nature of duty of vigilance incumbent upon occupying Power as obligation of conduct — Determination of “global sums” by reference to equitable considerations and “range of possibilities indicated by evidence” leaves much to be desired — Equitable considerations not a substitute for a reasoned analysis — Gives impression of decision ex aequo et bono without Parties’ consent — Overly narrow approach to reparations ignores that damage caused by Uganda’s conduct was to human beings — Individuals and communities should have been primary beneficiaries of certain types of reparations — State-centred approach to reparation ignores recent developments in human rights and international humanitarian law — “Global sums” makes distribution of funds by DRC to affected communities and individuals more difficult — Collective reparations would constitute more appropriate form of reparation for certain heads of damage.

I. INTRODUCTORY REMARKS

1. I have voted with reluctance in favour of the *dispositif* of this Judgment. The overall amount of compensation awarded by the Court seems reasonable, given the circumstances that have characterized these proceedings. I do not, however, agree with the reasoning that led to this decision or, with regard to certain aspects, the lack of appropriate analysis or explanation; and the radical reversal of the burden of proof which requires the Republic of Uganda (“Uganda”) to prove a double negative fact with respect to injuries that occurred in Ituri. I also disagree with the manner in which the various components of the award were determined; and the designation of the State of the Democratic Republic of the Congo (“DRC”) as the sole beneficiary of compensation, thus paying little or no attention to the rights of communities and individuals to reparation for harm suffered as a result of gross violations of human rights and international humanitarian law by Uganda during the armed conflict.

2. This phase of the proceedings in the case concerning *Armed Activities on the Territory of the Congo* offered the Court a unique opportunity

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE YUSUF

[Traduction]

Désaccord avec le raisonnement suivi pour déterminer le montant des indemnités — Désaccord en outre avec le renversement radical de la charge de la preuve — Renversement imposant à l'Ouganda de prouver un fait doublement négatif concernant les préjudices causés en Ituri — Exigence non justifiée dans la jurisprudence de la Cour — Exigence par ailleurs incompatible avec la nature du devoir de vigilance incombant à la puissance occupante, devoir participant d'une obligation de moyens — Détermination de «sommés globales» sur la base de considérations d'équité et des «possibilités offertes par les éléments de preuve» laissant fort à désirer — Considérations d'équité ne pouvant remplacer une analyse rationnelle — Impression d'une décision ex aequo et bono prise sans le consentement des Parties — Conception étriquée des réparations ne tenant pas compte du fait que les victimes du préjudice causé par le comportement de l'Ouganda sont des êtres humains — Personnes et communautés méritant d'être les principaux bénéficiaires de certaines formes de réparation — Conception des réparations axée sur l'Etat ne tenant pas compte de l'évolution récente du droit relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire — Octroi de «sommés globales» rendant plus difficile, pour la RDC, le versement de fonds aux communautés et aux personnes touchées — Réparations collectives constituant une forme de réparation plus indiquée pour certains chefs de dommages.

I. INTRODUCTION

1. Ce n'est pas sans réserve que j'ai voté en faveur du dispositif du présent arrêt. Le montant global de l'indemnisation octroyée par la Cour semble raisonnable au regard des circonstances de l'espèce. Je n'adhère toutefois pas au raisonnement qu'a suivi la Cour pour parvenir à cette décision et déplore, à certains égards, l'insuffisance de l'analyse et des explications fournies, ainsi que le renversement radical de la charge de la preuve, qui a imposé à la République de l'Ouganda (ci-après l'«Ouganda») de prouver un fait doublement négatif s'agissant des préjudices causés en Ituri. Je ne souscris pas non plus à la manière dont les diverses composantes de l'indemnisation ont été déterminées, ni à la désignation de l'Etat de la République démocratique du Congo (ci-après la «RDC») comme bénéficiaire unique de l'indemnité, ce qui revenait à ne tenir pour ainsi dire aucun compte des droits des communautés et des personnes à obtenir réparation au titre des préjudices subis en conséquence des violations flagrantes du droit relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire commises par l'Ouganda pendant le conflit armé.

2. La présente phase de la procédure en l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo* offrait à la Cour une occasion unique d'apporter

to make a substantial contribution to the development of the jurisprudence on reparations for injury in international law. It is a pity that such an opportunity has been missed. It is of course regrettable that the Applicant did not present sufficient evidence that would enable the Court to come to clear conclusions with respect to the damage caused by Uganda's wrongful conduct, and the valuation of that damage. I am, however, of the view that the Court could have done better despite the fact that satisfactory evidence was not put at its disposal.

II. EVIDENCE AND BURDEN OF PROOF

3. In its 2005 Judgment, the Court stated that, failing agreement between the Parties,

“The DRC would thus be given the opportunity to *demonstrate and prove the exact injury that was suffered as a result of specific actions of Uganda constituting internationally wrongful acts for which it is responsible*. It goes without saying, however, as the Court has had the opportunity to state in the past, ‘that in the phase of the proceedings devoted to reparation, neither Party may call in question such findings in the present Judgment as have become *res judicata*’”¹ (emphasis added).

This standard is consistent with the express acknowledgement made by the DRC in the oral hearings at the time that “for the purposes of determining the extent of reparation it must specify the nature of the injury and establish the causal link with the initial wrongful act”².

4. The Court had given ample opportunity to the Applicant to demonstrate and prove the injury that was suffered as a result of the wrongful actions of Uganda for which it was found responsible in 2005. The Parties had more than ten years to resolve the issue of reparation through negotiations, during which they could have collected evidence and information to assist their negotiations, or for the purposes of litigation if these negotiations were to fail. After the filing of the Parties' pleadings, the Court also availed itself of its powers, under Article 62, paragraph 1, of its Rules, to elicit further information from the Parties, requesting additional information, evidence and explanations with respect to the various heads of damages and the methodologies proposed by the Parties.

5. As noted in various parts of the Judgment, the DRC has failed to furnish appropriate evidence with respect to the injuries suffered and “the

¹ *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 257, para. 260.

² *Ibid.*, p. 256, para. 258; see also CR 2005/5, p. 53 (original p. 57), para. 20 (Salmon) (“The [DRC] does not deny that, for purposes of determining the extent of the reparation, it must specify the nature of the injury and establish the causal link with the initial wrongful act.”).

une importante contribution à la jurisprudence en matière de réparation des préjudices en droit international. Il est regrettable qu'elle n'ait pas su la saisir. On peut évidemment déplorer que le demandeur n'ait pas présenté de preuves suffisantes pour lui permettre de tirer des conclusions précises au sujet des dommages causés par le comportement illicite de l'Ouganda, ainsi que de la valeur de ces dommages. Je suis néanmoins d'avis que, même en l'absence de preuves satisfaisantes, la Cour aurait pu mieux faire.

II. ADMINISTRATION ET CHARGE DE LA PREUVE

3. Dans son arrêt de 2005, la Cour a indiqué ce qui suit, dans l'hypothèse où les Parties seraient incapables d'en venir à un accord :

« La RDC aurait ... l'occasion de démontrer, en en apportant la preuve, le préjudice exact qu'elle a subi du fait des actions spécifiques de l'Ouganda constituant des faits internationalement illicites dont il est responsable. Il va sans dire cependant, ainsi [qu'elle] a déjà eu l'occasion de l'indiquer, « que, dans la phase de la procédure consacrée à la réparation, ni l'une ni l'autre des Parties ne pourra remettre en cause les conclusions du présent arrêt qui seront passées en force de chose jugée »¹ (les italiques sont de moi).

Cette norme de preuve cadrerait avec la déclaration que la RDC avait faite pendant la procédure orale, reconnaissant à l'époque que, « pour déterminer l'étendue de la réparation, il lui incomb[ait] de préciser la nature du préjudice et d'établir le lien de causalité avec le fait illicite initial »².

4. La Cour avait donné toute latitude au demandeur pour démontrer, en en apportant la preuve, le préjudice subi du fait des actes illicites dont l'Ouganda avait été reconnu responsable en 2005. Les Parties, qui ont eu plus de dix ans pour régler la question des réparations au moyen de négociations, auraient pu mettre ce temps à profit pour recueillir des éléments de preuve et des informations utiles à cet égard, ou s'adresser à la justice en cas d'échec des négociations. Après le dépôt des pièces de procédure, la Cour s'est également prévalu des pouvoirs que lui conférait le paragraphe 1 de l'article 62 de son Règlement pour inviter les Parties à fournir des renseignements, des moyens de preuve ou des explications supplémentaires concernant les divers chefs de dommages et les méthodes qu'elles proposaient.

5. Comme il est relevé à divers endroits dans l'arrêt, la RDC n'a pas fourni de preuves satisfaisantes s'agissant des préjudices subis et « les élé-

¹ *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 257, par. 260.

² *Ibid.*, p. 256, par. 258 ; voir également CR 2005/5, p. 53, par. 20 (Salmon) : « La République démocratique du Congo ne conteste pas que, pour déterminer l'étendue de la réparation, il lui appartiendra de spécifier la nature du préjudice et d'établir le lien causal avec l'acte illicite initial. »

evidence included in the case file by the DRC is, for the most part, insufficient to reach a precise determination of the amount of compensation due” (para. 125). Faced with this situation, the Court had to take into account other sources of evidence, such as the reports of the United Nations, and those of other intergovernmental organizations and governmental commissions, including the Porter Judicial Commission of Inquiry established by Uganda. It also took into consideration the reports of the Court-appointed experts where it considered them relevant. This is all well and good. The Court could not have done otherwise under the present circumstances in order to fulfil its judicial function.

6. However, with regard to the injuries that occurred in Ituri, the Judgment’s reasoning is predicated on a radical reversal of the burden of proof upon the Respondent. According to paragraph 78,

“it is for Uganda to establish, in this phase of the proceedings, that a particular injury alleged by the DRC in Ituri was not caused by Uganda’s failure to meet its obligations as an occupying Power. In the absence of evidence to that effect, it may be concluded that Uganda owes reparation in relation to such injury.”

7. The same standard of proof is expressed at various points throughout the Judgment, concerning the causal nexus between the internationally wrongful acts and the injury suffered (para. 95), the burden and standard of proof (para. 118), the determination of the extent of the loss of life and other damage to persons in Ituri (paras. 149, 155, 161 and 226) as well as damage to property and public infrastructure in Ituri (paras. 241 and 257).

8. In essence, the Judgment requires Uganda to prove a double negative fact, namely that every “particular injury” in Ituri that is alleged by the DRC was “not caused” by its “failure” as the occupying Power. If Uganda fails to do so, the Court will make inferences *both* that the injury alleged by the DRC has occurred, *and* that this particular injury was causally linked to Uganda’s “failure” to comply with its obligations in Ituri. Such a strict standard places upon Uganda the task of identifying all instances of alleged injury that occurred in Ituri after so many years (even if Uganda is no longer in effective control of that territory); tracing the original cause of that injury to the responsible actor (whether within its sphere of control at the time, or not), and demonstrating the absence of a causal nexus between that damage and its own conduct. Thus, so long as the Applicant makes a *prima facie* allegation with respect to a “particular injury” in Ituri, the *entire* burden of proof is placed on the shoulders of the Respondent to disprove these allegations and, in the absence of evidence, an injury causally linked to Uganda’s failures is presumed to have been proven.

9. It is to be noted, however, that even though the standard is repeatedly articulated in several paragraphs of the Judgment as mentioned above, it is not analysed anywhere in the Judgment with respect to the various heads of damage such as loss of life, personal injuries, property

ments de preuve [qu'elle a] versés au dossier ... ne sont pas, en grande partie, suffisants pour ... permettre [à la Cour] de déterminer les montants de l'indemnisation due avec précision» (par. 125). Dans ces conditions, la Cour a dû prendre en considération d'autres moyens de preuve, tels que des rapports de l'ONU, d'autres organisations intergouvernementales et de commissions publiques, notamment la commission judiciaire d'enquête (dite «commission Porter») établie par l'Ouganda. Elle a également tenu compte des rapports des experts désignés par ses soins qu'elle a jugés pertinents. Tout cela est fort bien. La Cour n'aurait pu s'y prendre autrement, dans les circonstances de l'espèce, pour exercer sa fonction judiciaire.

6. Cependant, en ce qui concerne les préjudices causés en Ituri, le raisonnement suivi par la Cour repose sur un renversement radical, sur le défendeur, de la charge de la preuve. Ainsi, aux termes du paragraphe 78 :

«il incombe à l'Ouganda, dans la présente phase de la procédure, d'établir que tel ou tel préjudice en Ituri, allégué par la RDC, n'a pas été causé par son manquement à ses obligations de puissance occupante. En l'absence d'éléments de preuve à cet égard, il est possible de conclure que l'Ouganda doit réparation pour ce préjudice.»

7. On retrouve la même norme de preuve dans différentes parties de l'arrêt, concernant le lien de causalité entre faits internationalement illécites et préjudices causés (par. 95), la charge de la preuve et la norme applicable (par. 118), l'évaluation de l'ampleur des pertes en vies humaines et des autres dommages aux personnes en Ituri (par. 149, 155, 161 et 226), ainsi que les dommages aux biens et aux infrastructures publiques en Ituri (par. 241 et 257).

8. En substance, la Cour attendait de l'Ouganda qu'il prouve un fait doublement négatif, à savoir que «tel ou tel préjudice» dont la RDC soutenait qu'il s'était produit en Ituri n'avait «pas été causé» par un «manquement» de sa part en tant que puissance occupante. S'il n'y parvenait pas, elle en déduirait *non seulement* que le préjudice invoqué par la RDC s'était effectivement produit, *mais encore* qu'il existait un lien de causalité entre ce préjudice et le «manquement» par l'Ouganda à ses obligations en Ituri. Une norme de preuve aussi stricte imposait à l'Ouganda de recenser, de nombreuses années après les faits, tous les préjudices censément causés en Ituri (alors même qu'il n'exerçait plus de contrôle effectif sur le territoire en question), de retrouver l'acteur responsable de chaque préjudice causé (que celui-ci ait à l'époque été sous son contrôle ou non) et de démontrer l'absence de lien de causalité entre ce préjudice et son propre comportement. Ainsi, pour peu que le demandeur fasse état *prima facie* de «tel ou tel» préjudice survenu en Ituri, il incomberait *entièrement* au défendeur de réfuter pareille allégation et, en l'absence de preuves, tout préjudice ayant un lien de causalité avec les manquements de l'Ouganda serait présumé établi.

9. Il y a toutefois lieu de noter que, si cette norme est exprimée à plusieurs reprises dans l'arrêt, comme il est mentionné précédemment, elle ne fait l'objet d'aucune analyse dans la perspective des différents chefs de dommages, notamment les pertes en vies humaines et les atteintes aux per-

loss or natural resources. The Judgment mentions very briefly in two concluding paragraphs (paras. 161 and 226) that Uganda did not produce evidence to establish that “particular injuries” alleged by the DRC were “not caused” by its “failures” without any analysis of the evidence Uganda was expected to produce in accordance with this standard. This raises the question as to the purpose of the repeated assertion of this standard in the Judgment if it was not going to be applied to the facts of the case and to the evidence expected from Uganda.

10. In an effort to justify this unprecedented and exceptional evidentiary burden placed on Uganda, references are made in the Judgment to the *Corfu Channel* and the *Diallo* cases. However, none of the Judgments in those cases provides support to such a radical reversal of the burden of proof. Paragraphs 120 and 157 of the Judgment refer to the Judgment in the *Corfu Channel* case in support of the proposition that the Court may have “a more liberal recourse to inferences of fact and circumstantial evidence” in cases where a State that “would normally bear the burden of proof has lost effective control over the territory where crucial evidence is located on account of the belligerent occupation of its territory by another State”³. This is quite true, but the standard of proof applied in the present Judgment differs from the principles enunciated in *Corfu Channel* with respect to the allocation of the burden of proof. In the latter case, the Court stated that, when the victim of a breach of international law is unable to furnish direct proof of facts giving rise to responsibility due to the exclusive territorial control exercised by another State within its frontiers (as is the case here, with respect to the wrongful occupation of Ituri), the Court may resort to “a more liberal recourse to inferences of fact and circumstantial evidence” as indirect evidence that an injurious event has occurred within that territory.

11. The Court, however, was clear that such reasonable inferences did not involve a reversal of the burden of proof of the kind contemplated in paragraph 78 of the Judgment:

“It is true, as international practice shows, that a State on whose territory or in whose waters an act contrary to international law has occurred, may be called upon to give an explanation. It is also true that that State cannot evade such a request by limiting itself to a reply that it is ignorant of the circumstances of the act and of its authors. The State may, up to a certain point, be bound to supply particulars of the use made by it of the means of information and inquiry at its disposal. *But it cannot be concluded from the mere fact of the control exercised by a State over its territory and waters that that State necessarily knew, or ought to have known, of any unlawful act perpetrated*

³ *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 18.

sonnes ou aux biens, ou afférentes aux ressources naturelles. La Cour mentionne brièvement, dans deux paragraphes où elle énonce ses conclusions (161 et 226), que l'Ouganda n'a pas produit les éléments de preuve permettant d'établir que « tel ou tel préjudice » dénoncé par la RDC n'avait « pas été causé » par « ses manquements », sans toutefois fournir la moindre analyse des preuves que l'Ouganda était censé apporter pour répondre à cette norme. On peut donc se demander à quoi il peut bien servir d'énoncer cette norme à maintes reprises dans l'arrêt sans pour autant l'appliquer aux faits de l'espèce ou aux éléments de preuve attendus de l'Ouganda.

10. S'efforçant de justifier le fardeau de la preuve inédit et exceptionnel pesant sur l'Ouganda, la Cour évoque l'affaire du *Détroit de Corfou* et l'affaire *Diallo*. Or, aucun des arrêts rendus dans ces instances ne va dans le sens d'un renversement aussi radical du fardeau de la preuve. Aux paragraphes 120 et 157 de son arrêt en la présente espèce, la Cour s'appuie sur celui qu'elle a rendu dans l'affaire du *Détroit de Corfou* pour proposer de « recourir plus largement aux présomptions de fait, aux indices ou preuves circonstanciels » dans les cas où l'Etat « auquel incomberait normalement la charge de la preuve a perdu le contrôle effectif du territoire où se trouvent des éléments de preuve cruciaux en raison de l'occupation de guerre de ce territoire par un autre Etat »³. Cela est tout à fait juste, mais la norme de preuve appliquée dans le présent arrêt s'écarte des principes énoncés dans celui du *Détroit de Corfou* pour ce qui est de l'attribution de la charge de la preuve. En l'occurrence, la Cour a dit que, lorsque l'Etat victime d'une violation du droit international se trouve dans l'impossibilité de faire la preuve directe des faits d'où découlerait la responsabilité lui incombant du fait du contrôle territorial exclusif exercé par un autre Etat dans les limites de ses frontières (comme c'est le cas ici, avec l'occupation illicite de l'Ituri), il peut « recourir plus largement aux présomptions de fait, aux indices ou preuves circonstanciels » en tant que moyens de preuve indirecte qu'un événement dommageable s'est produit sur ce territoire.

11. La Cour a toutefois précisé que le recours à de telles présomptions raisonnables n'opérerait pas un renversement du fardeau de la preuve de l'ordre de celui qui est envisagé au paragraphe 78 du présent arrêt :

« Il est vrai, ainsi que le démontre la pratique internationale, qu'un Etat, sur le territoire duquel s'est produit un acte contraire au droit international, peut être invité à s'en expliquer. Il est également vrai qu'il ne peut se dérober à cette invitation en se bornant à répondre qu'il ignore les circonstances de cet acte ou ses auteurs. Il peut, jusqu'à un certain point, être tenu de fournir des indications sur l'usage qu'il a fait des moyens d'information et d'enquête à sa disposition. *Mais on ne saurait conclure du seul contrôle exercé par un Etat sur son territoire terrestre ou sur ses eaux territoriales que cet Etat a nécessairement connu ou dû connaître tout fait illicite international qui*

³ *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 18.

therein, nor yet that it necessarily knew, or should have known, the authors. This fact, by itself and apart from other circumstances, neither involves prima facie responsibility nor shifts the burden of proof."⁴ (Emphasis added.)

Thus, in *Corfu Channel* the Court made a distinction between, on the one hand, drawing adverse inferences where a State having effective control over a certain territory fails to produce explanations and information at its disposal to demonstrate that it complied with its international obligations and, on the other hand, the reversal of the burden of proof upon the respondent, which is required to disprove the allegations of the applicant with adequate evidence. This distinction, which is crucial to the sound administration of justice and the equitable distribution of the burden of proof, is totally ignored in the Judgment.

12. Regarding the *Ahmadou Sadio Diallo* case, paragraph 116 of the Judgment refers to the fact that the rule *onus probandi incumbit actori* has been applied "flexibly" in cases where the respondent was in a better position to establish certain facts that lay within its control. In the merits phase of *Diallo*, the Court held that

"where, as in these proceedings, it is alleged that a person has not been afforded, by a public authority, certain procedural guarantees to which he was entitled, *it cannot as a general rule be demanded of the Applicant that it prove the negative fact which it is asserting*. A public authority is generally able to demonstrate that it has followed the appropriate procedures and applied the guarantees required by law — if such was the case — by producing documentary evidence of the actions that were carried out."⁵ (Emphasis added.)

13. This passage calls for certain observations. As a preliminary remark, paragraph 116 of the Judgment refers to the *Diallo* Judgment in the compensation phase as opposed to the Judgment on the merits, thus giving the impression that the Court reversed the burden of proof for the purposes of establishing the injury suffered by Mr. Diallo within the territory of the DRC. But in the compensation phase of *Diallo*, the Court did not shift the burden of proof to the DRC in order to demonstrate that the injury alleged by Guinea had not been "caused" by its "failure" to comply with its procedural human rights obligations. On the contrary, it rejected Guinea's claims to compensation for the pecuniary damage caused by the loss of luxury goods, bank accounts, and the loss of professional remuneration during Mr. Diallo's unlawful detentions and after his expulsion, specifically due to the *applicant's* — not the respondent's —

⁴ *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 18.

⁵ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010 (II)*, pp. 660-661, para. 55.

y a été perpétré non plus qu'il a nécessairement connu ou dû connaître ses auteurs. En soi, et indépendamment d'autres circonstances, ce fait ne justifie ni responsabilité prima facie ni déplacement dans le fardeau de la preuve.»⁴ (Les italiques sont de moi.)

Ainsi, dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la Cour a fait une distinction entre, d'une part, la possibilité de tirer des conclusions défavorables concernant l'État qui, exerçant un contrôle effectif sur un territoire donné, ne fournit pas les explications et informations dont il dispose pour démontrer qu'il s'est acquitté de ses obligations internationales et, d'autre part, l'attribution du fardeau de la preuve au défendeur, qui doit alors réfuter, preuves à l'appui, les allégations du demandeur. Or il n'est tenu aucun compte dans l'arrêt de cette distinction, pourtant cruciale pour la bonne administration de la justice et la répartition équitable de la charge de la preuve.

12. En ce qui concerne l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, il est mentionné au paragraphe 116 du présent arrêt que la règle *onus probandi incumbit actori* a été appliquée avec «souplesse» dans les affaires où le défendeur était mieux à même d'établir certains faits qui relevaient de son autorité. Au stade du fond dans l'affaire *Diallo*, la Cour a dit ce qui suit :

«lorsque, comme en l'espèce, il est allégué qu'une personne n'a pas bénéficié, de la part d'une autorité publique, de certaines garanties procédurales auxquelles elle avait droit, *on ne saurait, en règle générale, exiger du demandeur qu'il prouve le fait négatif qu'il invoque.* Une autorité publique est en général à même de démontrer qu'elle a bien suivi les procédures appropriées et respecté les garanties exigées par le droit — si tel a été le cas — en produisant des documents qui font la preuve des actes qui ont été accomplis.»⁵ (Les italiques sont de moi.)

13. Ce passage appelle certaines observations. A titre de remarque préliminaire, je relèverai que le paragraphe 116 de l'arrêt en l'espèce évoque celui portant sur la question de l'indemnisation en l'affaire *Diallo*, et non l'arrêt au fond, ce qui donne l'impression que la Cour a renversé la charge de la preuve aux fins d'établissement du préjudice subi par M. Diallo sur le territoire congolais. Or, au stade de l'indemnisation en l'affaire *Diallo*, la Cour n'a pas décidé qu'il incomberait à la RDC de faire la preuve que le préjudice avancé par la Guinée n'avait pas été «causé» par son «manquement» à ses obligations procédurales en matière de droits de l'homme. Au contraire, elle a rejeté les demandes d'indemnisation de la Guinée au titre des dommages pécuniaires causés par la perte d'articles de luxe, de sommes détenues sur des comptes en banque et de la rémunération professionnelle de M. Diallo durant ses détentions illicites et après son expulsion, précisément en raison de l'incapacité du

⁴ *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 18.

⁵ *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (II), p. 660-661, par. 55.

failure to produce adequate evidence⁶. Conversely, the two sums of compensation awarded (for non-pecuniary harm and personal effects) were not premised on the shifting of the evidentiary burden, but rather on the evidence presented *by the applicant* and equitable considerations⁷. It follows that the *Diallo* Judgment in the compensation phase does not provide a basis for the radical reversal of the burden of proof enunciated in paragraph 78 of the Judgment.

14. Nor does the *Diallo* Judgment in the merits phase provide support for this legal proposition. In fact, the Court did not place the entire burden of proof on the respondent's shoulders; rather, it dismissed certain allegations of exceptional gravity made by Guinea in the absence of proof; it did not presume the occurrence of these facts on the basis of the DRC's failure to produce evidence to disprove them⁸. Furthermore, the Court's reasoning in paragraph 54 of the merits Judgment of *Diallo* was guided by a marked concern not to require the applicant in those proceedings to demonstrate "negative facts" in relation to incidents that occurred outside its territory or control (see paragraph 12 above). It is on *that* basis that the Court shifted the burden on the respondent to establish, for specific factual issues raised in the applicant's claims (but by no means the entirety of these claims), that it complied with its procedural obligations under international human rights law⁹ and consular law¹⁰.

⁶ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 2012 (I)*, p. 338, para. 34 ("Guinea has put forward no evidence whatsoever" to support its claim for luxury goods and "[f]or these reasons, the Court rejects Guinea's claims as to the loss of high-value items not specified on the inventory") and para. 35 ("Guinea offers no details and no evidence to support its claim" for bank accounts and "[t]hus, it has not been established that Mr. Diallo lost any assets held in his bank accounts in the DRC"); pp. 340 *et seq.*, paras. 41-43, 46 and 50 (noting that "Guinea offers no evidence to support the claim" for loss of earnings and that "Guinea has not proven to the satisfaction of the Court that Mr. Diallo suffered a loss of professional remuneration").

⁷ *Ibid.*, pp. 334-335, paras. 24-25 (for non-material injury); pp. 337-338, paras. 32-33 and 36 (for personal belongings).

⁸ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 671, paras. 88-89 (noting that Guinea had "failed to demonstrate convincingly that Mr. Diallo was subjected to [inhuman and degrading] treatment during his detention" and that "[t]here [wa]s no evidence to substantiate the allegation that he received death threats").

⁹ *Ibid.*, pp. 668-669, para. 79 (noting that the DRC had "produced no evidence" to prove that the Congolese authorities sought to determine whether it was necessary to detain Mr. Diallo, or that his detention was reviewed every 48 hours, as required by Congolese law); p. 669, para. 82 (noting that the DRC had "never been able to provide grounds which might constitute a convincing basis for Mr. Diallo's expulsion"); p. 670, para. 84 (noting that the DRC had "failed to produce a single document or any other form of evidence to prove" that Mr. Diallo had been informed, at the time of arrest, of the reasons for his arrest).

¹⁰ *Ibid.*, p. 673, para. 96 (noting that the DRC had not provided "the slightest piece of evidence to corroborate" its claim that it had orally informed Mr. Diallo of the possibility of seeking consular assistance from his State).

demandeur, et non du *défendeur*, à produire des preuves suffisantes⁶. En revanche, l'octroi des deux indemnités (au titre du préjudice immatériel et de la perte des biens personnels) ne reposait pas sur un renversement du fardeau de la preuve, mais sur les éléments de preuve présentés *par le demandeur* et sur des considérations d'équité⁷. Il s'ensuit que l'arrêt sur l'indemnisation rendu dans l'affaire *Diallo* ne permet pas de justifier le renversement radical de la charge de la preuve proposé au paragraphe 78 du présent arrêt.

14. La proposition ne trouve pas davantage d'appui dans l'arrêt au fond rendu en l'affaire *Diallo*. De fait, plutôt que de faire peser le fardeau de la preuve entièrement sur le défendeur, la Cour a rejeté certaines allégations d'une gravité exceptionnelle que la Guinée avait soulevées sans aucune preuve; elle n'a pas supposé que les faits en cause étaient avérés parce que la RDC n'avait pas apporté de preuve pour les réfuter⁸. En outre, le raisonnement suivi par la Cour au paragraphe 54 de l'arrêt au fond en l'affaire *Diallo* se caractérise par le souci évident de ne pas exiger du demandeur qu'il prouve des «faits négatifs» relativement à des épisodes survenus en dehors de son territoire ou de son contrôle (voir le paragraphe 12 ci-dessus). Or c'est sur *cette* base que la Cour a renversé le fardeau de la preuve de sorte qu'il incombe au défendeur d'établir, s'agissant de certaines questions de fait soulevées par les réclamations du demandeur (mais en aucun cas pour l'ensemble des griefs de celui-ci), qu'il s'était acquitté des obligations procédurales qui étaient les siennes au regard du droit international des droits de l'homme⁹ et du droit consulaire¹⁰.

⁶ *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (I)*, p. 338, par. 34: «La Guinée n'a présenté aucune preuve» à l'appui de sa demande concernant les articles de luxe et, «[p]our ces motifs, la Cour rejette les demandes formulées par la Guinée au titre de la perte d'objets de grande valeur omis de l'inventaire»; p. 338, par. 35: «la Guinée n'a fourni aucun détail ni aucune preuve à l'appui de ce qu'elle avance» s'agissant des comptes en banque et «[i]l n'a donc pas été établi que M. Diallo aurait perdu tout ou partie de ses avoirs en banque en RDC»; p. 340 et suiv., par. 41-43, 46 et 50, où il est relevé que «la Guinée n'[apporte aucune preuve] de la perte de revenus et qu'elle «n'a pas prouvé à la satisfaction de la Cour que M. Diallo aurait subi une perte de rémunération professionnelle».

⁷ *Ibid.*, p. 334-335, par. 24-25 (concernant le préjudice immatériel); p. 337-338, par. 32-33 et 36 (concernant les biens personnels).

⁸ *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 671, par. 88-89, où il est constaté que la Guinée «n'a pas démontré de façon suffisamment convaincante que M. Diallo aurait été soumis lors de sa détention à [des] ... traitements [inhumains et dégradants]» et que «[l']allégation selon laquelle il aurait reçu des menaces de mort n'est étayée par aucune preuve».

⁹ *Ibid.*, p. 668-669, par. 79, où il est relevé que la RDC n'a «produit aucune preuve» tendant à établir que les autorités congolaises avaient recherché s'il était nécessaire de détenir M. Diallo ou si sa détention avait fait l'objet d'un réexamen toutes les 48 heures, comme l'exigeait la loi congolaise; p. 669, par. 82, où il est constaté que la RDC n'a «jamais été à même ... de fournir des motifs qui puissent être de nature à donner un fondement convaincant à l'expulsion de M. Diallo»; p. 670, par. 84, où il est dit que la RDC n'a «produit aucun document ni aucun autre élément de preuve de nature à établir» que M. Diallo avait été informé, au moment de son arrestation, de la raison pour laquelle il était arrêté.

¹⁰ *Ibid.*, p. 673, par. 96, où il est relevé que la RDC n'a pas fourni le «moindre élément de nature à ... corroborer» sa prétention selon laquelle elle a informé oralement M. Diallo de la possibilité de solliciter l'assistance consulaire de son pays.

15. Thus, it seems quite odd to rely on the principles enunciated in *Diallo* as the basis for requiring Uganda to establish *two* negative facts (i.e. that an unspecified injury was “not caused” by “its failure”). A more reasonable application of the principle enunciated in *Diallo* would have been to require Uganda to establish positive facts lying within its sphere of control, namely that it took adequate and effective measures to prevent in Ituri the injuries alleged by the Applicant, in line with its duty of vigilance.

16. The radical reversal of the burden of proof is also inconsistent with the nature of the duty of vigilance incumbent upon the occupying Power as an obligation of due diligence, rather than an obligation of result. The nature of the primary obligation that has been breached is of key import to the allocation of the burden of proof. As stated in *Diallo*, and subsequently reaffirmed in *Croatia v. Serbia* with regard to alleged genocidal acts, “[t]he determination of the burden of proof is in reality *dependent on the subject-matter and the nature of each dispute brought before the Court*; it varies according to the type of facts which it is necessary to establish for the purposes of the decision of the case”¹¹.

17. It follows that when the Court decides how to allocate the burden of proof between the parties, it must pay close attention to the nature of the primary obligation that has been breached and the circumstances of each case. In the present case, the Court found that Uganda was responsible in Ituri for the violation of Article 43 of the Hague Regulations of 1907, which reads as follows:

“The authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country.”¹²

18. Article 43 of the Hague Regulations of 1907 imposes a duty of vigilance upon the occupying Power to ensure respect for public order and safety in the occupied territory both by its own forces and private parties¹³. As the Court stated in 2005, Uganda was under an obligation under that provision

¹¹ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 660, para. 54. See also *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment, I.C.J. Reports 2015 (I)*, pp. 73-74, paras. 172 and 174 (“In the present case, neither the subject-matter nor the nature of the dispute makes it appropriate to contemplate a reversal of the burden of proof. It is not for Serbia to prove a negative fact, for example the absence of facts constituting the *actus reus* of genocide”).

¹² Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 18 October 1907, and Annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, Sect. III, Art. 43.

¹³ Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Partial Award: Central Front — Eritrea’s Claims 2, 4, 6, 7, 8 and 22, Decision of 28 April 2004*, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. XXVI, pp. 138-139, para. 67:

15. Il semble donc assez étrange de se fonder sur les principes énoncés en l'affaire *Diallo* pour exiger de l'Ouganda qu'il établisse *deux* faits négatifs (à savoir qu'un préjudice non spécifié n'a « pas été causé » par son « manquement »). Il aurait été plus judicieux à cet égard de demander à l'Ouganda d'établir des faits positifs relevant de son contrôle, en démontrant qu'il avait pris, conformément à son devoir de vigilance, des mesures suffisantes et efficaces pour prévenir, en Ituri, les préjudices dénoncés par le demandeur.

16. Ce renversement radical de la charge de la preuve n'est pas non plus compatible avec la nature du devoir de vigilance incombant à la puissance occupante, lequel participe d'une obligation de diligence plutôt que d'une obligation de résultat. La question de la nature de l'obligation primaire qui a été violée revêt une importance cruciale s'agissant de l'attribution du fardeau de la preuve. Comme il a été dit dans l'affaire *Diallo* et réaffirmé ensuite dans *Croatie c. Serbie* à propos des actes de génocide dénoncés, « [l']établissement de la charge de la preuve *dépend*, en réalité, *de l'objet et de la nature de chaque différend soumis à la Cour*; il varie en fonction de la nature des faits qu'il est nécessaire d'établir pour les besoins du jugement de l'affaire »¹¹.

17. Il s'ensuit que, pour déterminer à laquelle des parties doit incomber la charge de la preuve, la Cour doit prêter une attention particulière à la nature de l'obligation primaire violée et aux circonstances de l'espèce. En la présente instance, elle a conclu que l'Ouganda était responsable, en Ituri, de la violation des dispositions de l'article 43 du règlement de La Haye de 1907, dont voici le libellé :

« L'autorité du pouvoir légal ayant passé de fait entre les mains de l'occupant, celui-ci prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays. »¹²

18. L'article 43 du règlement de La Haye de 1907 impose à la puissance occupante un devoir de vigilance qui l'oblige à veiller à ce que les acteurs de droit privé aussi bien que ses propres forces armées respectent l'ordre public et la sécurité des personnes sur le territoire occupé¹³. Comme l'a dit la Cour en 2005, l'Ouganda se trouvait dans l'obligation, au titre de cette disposition,

¹¹ *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (II), p. 660, par. 54. Voir également *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2015 (I), p. 73-74, par. 172 et 174 : « En l'espèce, ni l'objet ni la nature du différend ne permettent d'envisager un renversement de la charge de la preuve. Il n'incombe pas à la Serbie d'apporter la preuve d'un fait négatif, par exemple l'absence de faits constituant l'élément matériel du génocide ».

¹² Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 18 octobre 1907, et annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, sect. III, art. 43.

¹³ Commission des réclamations Erythréo-Ethiopie, *Sentence partielle : Front central — Réclamations de l'Erythrée n^{os} 2, 4, 6, 7, 8 et 22, décision du 28 avril 2004*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. XXVI, p. 138-139, par. 67 :

“to take all the measures in its power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety in the occupied area, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the DRC. This obligation comprised the duty to secure respect for the applicable rules of international human rights law and international humanitarian law, to protect the inhabitants of the occupied territory against acts of violence, and not to tolerate such violence by any third party.

The Court, having concluded that Uganda was an occupying Power in Ituri at the relevant time, finds that Uganda’s responsibility is engaged both for any acts of its military that violated its international obligations and for any lack of vigilance in preventing violations of human rights and international humanitarian law by other actors present in the occupied territory, including rebel groups acting on their own account.”¹⁴

19. In line with this interpretation, the “duty of vigilance” incumbent upon the occupying Power by Article 43 of the Hague Regulations is not an obligation to achieve a particular result at all times and whatever the circumstances¹⁵, but an obligation of conduct, which required Uganda to “take appropriate measures” to prevent wrongful acts committed by private persons in Ituri district, such as pillaging, looting and violations of human rights and humanitarian law¹⁶. Pursuant to that duty, Uganda was not responsible for every kind of injury or damage that might have occurred in Ituri at all times and places during its occupation, but only for those damages and injuries that could have been averted, had Uganda taken adequate and effective measures of diligence — the existence of which should normally be within Uganda’s ability to prove to the Court.

“Whether or not Ethiopian military personnel were directly involved in the looting and stripping of buildings in the town, Ethiopia, as the Occupying Power, was responsible for the maintenance of public order, for respecting private property, and for preventing pillage. Consequently, Ethiopia is liable for permitting the unlawful looting and stripping of buildings in the town during the period of its occupation.”

¹⁴ *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2005*, p. 231, paras. 178-179.

¹⁵ See, *mutatis mutandis*, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2007 (I)*, p. 221, para. 430:

“A State does not incur responsibility simply because the desired result is not achieved; responsibility is however incurred if the State manifestly failed to take all measures to prevent genocide which were within its power, and which might have contributed to preventing the genocide.”

¹⁶ *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2005*, p. 253, paras. 248 and 250.

«de prendre toutes les mesures qui dépendaient de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il était possible, l'ordre public et la sécurité dans le territoire occupé en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur en RDC. Cette obligation comprend le devoir de veiller au respect des règles applicables du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire, de protéger les habitants du territoire occupé contre les actes de violence et de ne pas tolérer de tels actes de la part d'une quelconque tierce partie.

La Cour ayant conclu que l'Ouganda était une puissance occupante en Ituri à l'époque pertinente, la responsabilité de celui-ci est donc engagée à raison à la fois de tout acte de ses forces armées contraire à ses obligations internationales et du défaut de la vigilance requise pour prévenir les violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire par d'autres acteurs présents sur le territoire occupé, en ce compris les groupes rebelles agissant pour leur propre compte.»¹⁴

19. Conformément à cette interprétation, le «devoir de vigilance» que l'article 43 du règlement de La Haye impose à la puissance occupante est non pas une obligation de parvenir à un résultat particulier en tout temps et quelles que soient les circonstances¹⁵, mais une obligation de moyens exigeant de l'Ouganda qu'il «prenne les mesures voulues» pour prévenir la commission, par des personnes de droit privé dans le district de l'Ituri, de tout acte illicite, tels le pillage et les violations du droit relatif aux droits de l'homme et du droit humanitaire¹⁶. Il ne rend pas l'Ouganda responsable de tout type de préjudice ou de dommage qui aurait pu se produire en tout lieu et en tout temps pendant l'occupation de l'Ituri, mais seulement de ceux qui auraient pu être évités s'il avait pris des mesures de précaution suffisantes et efficaces, ce qu'il aurait normalement dû être en mesure de prouver à la Cour.

«Que les militaires éthiopiens aient directement participé ou non au pillage et à la dégradation de bâtiments dans la ville, il incombait à l'Ethiopie, en tant que puissance occupante, de faire respecter l'ordre public et l'intégrité de la propriété privée, et d'empêcher tout pillage. En conséquence, la responsabilité de l'Ethiopie est engagée car elle a permis que des actes illicites de pillage et de dégradation des bâtiments soient commis alors qu'elle occupait la ville.»

¹⁴ *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 231, par. 178-179.

¹⁵ Voir, *mutatis mutandis*, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 221, par. 430:

«La responsabilité d'un Etat ne saurait être engagée pour la seule raison que le résultat recherché n'a pas été atteint; elle l'est, en revanche, si l'Etat a manqué manifestement de mettre en œuvre les mesures de prévention du génocide qui étaient à sa portée, et qui auraient pu contribuer à l'empêcher.»

¹⁶ *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 253, par. 248 et 250.

20. It follows, in my view, that the shifting of the evidentiary burden for the purposes of quantification of damage cannot go beyond what was required by Uganda under the primary rule. As noted in the Commentary to Article 36 of the International Law Commission's ("ILC") Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, the principles to be applied in the quantification of damages "will vary, depending upon the content of particular primary obligations"¹⁷. When determining the allocation of the burden of proof, Uganda may only be required to prove what was required of it by Article 43 of the Hague Regulations, i.e. that it took "all the measures in [its] power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety". The Court cannot expect Uganda to disprove each and every injury in Ituri alleged by the DRC, or prove that such injury was "not caused" by its "failures". To do so is to extend *ex post facto* the scope of Uganda's primary obligations under the law of occupation through the mechanism of responsibility.

21. In light of the foregoing, I am of the view that a more balanced outcome could have been achieved through a nuanced allocation of the burden of proof, which would be more in tune with the content of the primary obligation in question that has been breached. In accordance with the *onus probandi* rule, it should fall upon the DRC to establish the extent of the injuries suffered in Ituri, as the Court held with respect to other regions of the DRC's territory and in paragraph 260 of the 2005 Judgment. In line with Article 43 of the Hague Regulations of 1907, Uganda would bear the onus to prove that it took measures in compliance with its duty of vigilance, or that the injury would have occurred even if Uganda had taken adequate and effective measures. The burden would then shift to the DRC to disprove Uganda's contentions. This would be without prejudice to the rule that the distribution of the burden of proof "does not relieve the other party of its duty to co-operate 'in the provision of such evidence as may be in its possession that could assist the Court in resolving the dispute submitted to it'"¹⁸. In line with the *Corfu Channel* principle, the Court would then be at liberty to draw reasonable inferences from the Parties' submissions. It is regrettable that the Court has not opted for this approach in the present circumstances.

III. ASSESSMENT AND VALUATION OF DAMAGE

22. In view of the deficiencies or, in certain cases, total lack of evidence presented by the DRC, the Court had to make extensive use of informa-

¹⁷ *Yearbook of the International Law Commission (YILC)*, 2001, Vol. II, Part Two, p. 100, commentary to Article 36.

¹⁸ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2015 (I)*, p. 73, para. 173; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2010 (I)*, p. 71, para. 163.

20. Il s'ensuit, à mon sens, qu'on ne pouvait, pour les besoins de la quantification du préjudice, faire peser sur l'Ouganda un fardeau de la preuve allant au-delà de ce qui était attendu de lui au titre de la règle primaire. On peut lire dans le commentaire relatif à l'article 36 du projet d'articles de la Commission du droit international (CDI) sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite que les principes à appliquer aux fins de quantification du préjudice «varient selon le contenu des obligations primaires en cause»¹⁷. Du point de vue de la charge de la preuve, la seule chose que l'on pouvait exiger de l'Ouganda était qu'il fit la preuve, conformément aux dispositions de l'article 43 du règlement de La Haye, qu'il avait pris «toutes les mesures qui dépend[ai]ent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il [était] possible, l'ordre et la vie publics». La Cour ne pouvait attendre de l'Ouganda qu'il réfutât chacune des allégations de préjudice en Ituri formulée par la RDC, ou qu'il démontrât que les préjudices en cause n'avaient «pas été causé[s]» par ses «manquement[s]»; cela revenait à étendre *ex post facto*, par le mécanisme de la responsabilité, la portée des obligations primaires incombant à l'Ouganda en droit de l'occupation.

21. A la lumière de ce qui précède, j'estime qu'il aurait été plus judicieux de procéder à une répartition nuancée de la charge de la preuve, en tenant davantage compte du contenu de l'obligation primaire qui avait été violée. Selon le principe *onus probandi*, c'est à la RDC qu'il aurait dû revenir d'établir l'ampleur des préjudices subis en Ituri, comme l'a dit la Cour concernant les autres régions de la RDC et au paragraphe 260 de son arrêt de 2005. Aux termes de l'article 43 du règlement de La Haye de 1907, il incombait à l'Ouganda de prouver qu'il avait pris les mesures qu'imposait son devoir de vigilance, ou que le préjudice se serait produit même s'il avait pris des mesures suffisantes et efficaces, à charge pour la RDC de réfuter les allégations de l'Ouganda, et cela, sans préjudice de la règle voulant que l'attribution du fardeau de la preuve «ne relève pas pour autant l'autre partie de son devoir de coopérer «en produisant tout élément de preuve en sa possession susceptible d'aider la Cour à régler le différend dont elle est saisie»»¹⁸. Dans le droit fil de l'affaire du *Détroit de Corfou*, la Cour aurait ensuite été libre de tirer des déductions raisonnables des moyens présentés par les Parties. Il est regrettable qu'elle n'ait pas fait ce choix dans les circonstances de l'espèce.

III. DÉTERMINATION DES DOMMAGES ET ESTIMATION DE LEUR VALEUR

22. Devant l'insuffisance, voire, dans certains cas, l'absence totale de preuves présentées par la RDC, la Cour a été contrainte de s'en remettre

¹⁷ *Annuaire de la Commission du droit international (ACDI)*, 2001, vol. II, deuxième partie, p. 106, commentaire relatif à l'article 36.

¹⁸ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2015 (I)*, p. 73, par. 173; *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2010 (I)*, p. 71, par. 163.

tion in United Nations reports on the conflict in the DRC and, with respect to certain heads of damage, to rely on the reports of the experts appointed by it in evaluating the damage and the amount of compensation due (para. 31). However, in several instances, the Court had to conclude that neither the materials at its disposal nor the reports of the Court-appointed experts provided sufficient evidence to assess the damage suffered by the DRC or by the persons in its territory or to quantify such damage, sometimes even on an approximative basis (see, for example, paragraphs 179, 190 and 363-364). In an attempt to fill this void, the Court resorts to two concepts, the reasons for the use of which are neither adequately explained in the Judgment nor are they necessarily always clearly articulated in order to arrive at the determination of compensation in the form of “global sums”. These concepts are “equitable considerations” and the “range of possibilities indicated by the evidence”.

23. The Judgment refers to equitable considerations as the basis of awarding compensation in the form of a lump sum nine times (cf. paragraphs 106, 164, 166, 181, 193, 206, 225, 258 and 365). Equity is also implied in different parts of the Judgment, related to the difficulties faced by the DRC in the collection of evidence, the non-punitive character of compensation, the potential onerousness of compensation for Uganda and the “reasonableness” of compensation. At the same time, the Judgment uses an obscure concept of the “range of possibilities indicated by the evidence” (cf. paragraphs 106, 126, 166, 181, 193, 206, 223, 225, 258, 275 and 365), a term hitherto unknown in the jurisprudence of the Court which leaves much to be desired.

24. Of course, it is not disputed that the Court may, for the purposes of determining compensation for an internationally wrongful act, rely upon equitable considerations in order to reach a fair and reasonable amount of compensation¹⁹. However, there is an essential difference between determining compensation by reference to equitable considerations, and determining compensation *ex aequo et bono*, within the meaning of Article 38, paragraph 2, of the Statute. A decision *ex aequo et bono* is to be understood as equity *contra legem*²⁰, that is to say a decision arrived at not on the basis of certain rules of international law applicable between the parties, but rather “as a matter of abstract justice”²¹. By contrast, equitable considerations are of an essentially legal character (equity

¹⁹ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 2018 (I), pp. 26-27, para. 35; *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 2012 (I), p. 337, para. 33.

²⁰ *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 567, para. 28.

²¹ *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 47, para. 85; *Land*,

très largement aux informations contenues dans les rapports établis par l'ONU sur le conflit en RDC et, concernant certains chefs de préjudice, de s'appuyer sur les rapports des experts qu'elle avait désignés pour évaluer les dommages et déterminer le montant des indemnités dues (par. 31). A plusieurs reprises, cependant, elle a dû conclure que ni les documents à sa disposition, ni les rapports des experts désignés par elle ne contenaient suffisamment d'éléments de preuve pour lui permettre d'évaluer les dommages subis par la RDC ou par les personnes se trouvant sur son territoire, ou de quantifier ces dommages, parfois même de façon approximative (voir, par exemple, les paragraphes 179, 190 et 363-364). S'efforçant de combler cette lacune et pour des raisons qui, dans l'arrêt, ne sont ni suffisamment justifiées, ni forcément toujours bien exprimées, elle a eu recours à deux concepts pour parvenir à la détermination d'une indemnisation sous la forme de «sommes globales». Ces concepts sont ceux des «considérations d'équité» et des «possibilités offertes par les éléments de preuve».

23. La Cour se réfère neuf fois à des considérations d'équité pour octroyer une indemnisation sous la forme d'une somme forfaitaire (voir les paragraphes 106, 164, 166, 181, 193, 206, 225, 258 et 365). La notion d'équité est aussi implicitement évoquée dans différentes parties de l'arrêt, notamment en ce qui concerne les difficultés rencontrées par la RDC pour recueillir des éléments de preuve, l'absence de caractère punitif de la réparation, la charge que pourrait représenter, pour l'Ouganda, le versement de l'indemnisation, ainsi que le caractère raisonnable de celle-ci. Parallèlement, il est fait mention des «possibilités offertes par les éléments de preuve» (voir les paragraphes 106, 126, 166, 181, 193, 206, 223, 225, 258, 275 et 365), concept obscur et jusque-là inconnu dans la jurisprudence de la Cour, qui laisse fort à désirer.

24. Bien entendu, nul ne conteste que la Cour puisse, afin de déterminer l'indemnisation due pour un fait internationalement illicite, se fonder sur des considérations d'équité pour fixer un montant juste et raisonnable¹⁹. Il existe toutefois une différence fondamentale entre la détermination de l'indemnisation sur la base de considérations d'équité et la faculté qu'a la Cour de statuer *ex aequo et bono* au sens du paragraphe 2 de l'article 38 du Statut. La décision *ex aequo et bono* relève de l'équité *contra legem*²⁰, c'est-à-dire qu'elle repose non pas sur les règles du droit international applicables entre les parties, mais plutôt sur une «représentation de la justice abstraite»²¹. En revanche, les considérations d'équité sont intimement liées à la règle de droit (équité *infra legem*) et s'inscrivent

¹⁹ *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2018 (I), p. 26-27, par. 35; *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (I), p. 337, par. 33.

²⁰ *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 567, par. 28.

²¹ *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 47, par. 85;

infra legem) and should be understood within the legal framework governing the judicial function of the Court. They cannot serve as the basis to dispense with the applicable rules altogether, or not to provide reasons for their inapplicability. The Court should have made an attempt at explaining how it intends to apply equity within the general framework of State responsibility and the procedural framework governing the fact-finding procedure before it.

25. Unfortunately, the Judgment seems to rely upon equitable considerations as a substitute for a reasoned analysis that would identify the evidence presented by the Parties as corroborating — albeit in an approximative manner — the extent of the injury caused by Uganda, and a cognizable method for the valuation of that injury. Instead of specifying a method of valuation deemed to be appropriate, the Judgment utilizes equitable considerations as a convenient shorthand in order to reach what is referred to in the Judgment as “global sums” (paras. 106-107).

26. This includes a “single global sum” of US\$225,000,000 for the loss of life and other damage caused to persons²² (para. 226), a “global sum” of US\$40,000,000 for damage to public and private property (para. 258) and a “global sum” of US\$60,000,000 for damage caused by the exploitation of natural resources (paras. 364-366). It is not, however, possible to understand from the text of the Judgment how the Court has arrived at these figures. There is no indication as to how the different components of these sums were determined, or the way in which these figures may be justified by the facts. Thus, the impression to the reader is that the Court has arrived at these figures by way of *ex aequo et bono*, not on the basis of law and evidence.

27. Equitable considerations are relevant primarily for the quantification of damages where the nature of the harm or the circumstances of the dispute make it difficult or impossible to define the value of harm with a high degree of certainty. In such circumstances, it would be contrary to the principle of equity to deny compensation to the injured party for objective circumstances that cannot be attributed to its fault or sphere of responsibility. As the Court recognized in the case concerning *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area* relying on the *Trail Smelter case*:

“Where the tort itself is of such a nature as to preclude the ascertainment of the amount of damages with certainty, it would be a perversion of fundamental principles of justice to deny all relief to the

Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening), Judgment, I.C.J. Reports 1992, pp. 390-391, para. 47.

²² See, in particular, paragraph 166 of the Judgment for the loss of life, paragraph 181 for non-lethal injuries, paragraph 193 for rape and sexual violence, paragraph 206 for child soldiers; and paragraph 225 for the displacement of persons.

dans le cadre qui régit la fonction judiciaire de la Cour. On ne saurait y avoir recours pour s'affranchir totalement des règles applicables ni pour s'abstenir de motiver une décision concernant l'applicabilité de celles-ci. La Cour aurait dû s'efforcer d'expliquer comment elle comptait recourir au principe de l'équité à l'intérieur du régime général de la responsabilité de l'Etat et des règles régissant la procédure d'établissement des faits.

25. Malheureusement, la Cour semble substituer les considérations d'équité à une analyse rationnelle permettant de recenser les éléments de preuve présentés par les Parties qui auraient corroboré, même de façon approximative, l'ampleur du préjudice causé par l'Ouganda, et à une méthode reconnue aux fins de déterminer la valeur de ce préjudice. Or, au lieu de désigner la méthode d'évaluation qu'elle juge indiquée, elle se sert des considérations d'équité comme d'un raccourci commode pour parvenir à ce qu'elle appelle des «sommes globales» (par. 106-107).

26. La Cour a notamment adjugé une «somme globale unique» de 225 000 000 dollars des Etats-Unis au titre des pertes en vies humaines et autres dommages causés aux personnes²² (par. 226), une «somme globale» de 40 000 000 dollars au titre des dommages aux biens publics et privés (par. 258) et une «somme globale» de 60 000 000 dollars pour les dommages causés par l'exploitation des ressources naturelles (par. 364-366). Il est toutefois impossible, à la lecture du texte de l'arrêt, de comprendre comment elle est parvenue à ces montants. Elle n'indique pas de quelle manière elle en a déterminé les différentes composantes, ni n'explique comment ces chiffres seraient justifiés par les faits, ce qui donne l'impression qu'elle a statué *ex aequo et bono*, et non sur la base du droit et des preuves.

27. Les considérations d'équité servent essentiellement à la quantification des dommages lorsque la nature de l'atteinte ou les circonstances du différend rendent difficile, voire impossible, l'établissement de la valeur du préjudice avec un degré élevé de certitude. Dans une telle situation, il serait contraire au principe de l'équité de priver la partie lésée de l'indemnisation découlant de faits objectifs qui ne peuvent être considérés comme ayant été causés par sa faute ou comme relevant de sa sphère de responsabilité. Comme la Cour l'a reconnu dans l'affaire relative à *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière*, s'appuyant sur l'arbitrage relatif à la *Fonderie de Trail*,

«[c]e serait pervertir les principes fondamentaux de la justice que de refuser tout secours à la victime — et par là même libérer l'auteur du préjudice de l'obligation de réparation — sous prétexte que l'acte

Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 390-391, par. 47.

²² Voir, en particulier, le paragraphe 166 de l'arrêt, concernant les pertes en vies humaines, le paragraphe 181 pour les atteintes aux personnes, le paragraphe 193 pour les viols et les violences sexuelles, le paragraphe 206 pour les enfants-soldats et le paragraphe 225 pour le déplacement de personnes.

injured person, and thereby relieve the wrongdoer from making any amend for his acts. In such case, while the damages may not be determined by mere speculation or guess, it will be enough if the evidence show the extent of the damages as a matter of just and reasonable inference, although the result be only approximate.”²³

28. Nevertheless, recourse to equitable principles is not unfettered. Indeed, it “should not be used to make good the shortcomings in a claimant’s case by being substituted for evidence which could have been produced if it actually existed”²⁴. Nor can equitable considerations be used as an excuse to depart from the Court’s judicial function. Pursuant to Article 56 of the Court’s Statute, a judgment shall state the reasons on which it is based. This obligation stems from the inherently judicial character of the Court²⁵. It contributes not only to greater transparency in the Court’s decision-making function, but also to the authority and persuasiveness that its Judgments command in the field of international law.

29. While the Court has in the past had recourse to equitable considerations for the purposes of quantification of damage, it has never used them as a device to award “global sums” without providing an explanation of how these amounts were reached. In the case of *Ahmadou Sadio Diallo*, the Court dismissed those claims which it found not to have been proven with sufficient evidence. It then awarded compensation for the non-material damage caused to Mr. Diallo and the pecuniary loss for his personal belongings, relying, on the one hand, on the practice of regional human rights courts and tribunals on this topic and the circumstances surrounding Mr. Diallo’s treatment²⁶; and, on the other hand, an approximation of the value of the assets of Mr. Diallo’s apartment based on the inventory of his apartment and his personal property in the DRC, as well as the practice of human rights bodies on the same topic²⁷.

30. Similarly, in *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area*, the Court did not award a “global sum”, but itemized amounts of compensation, namely, (a) US\$120,000 for the impairment or loss of environmental goods and services; (b) US\$2,708.39 for the restoration costs claimed by the Republic of Costa Rica in respect of the internation-

²³ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 2018 (I)*, p. 27, para. 35, citing *Trail Smelter case (United States, Canada), Awards of 16 April 1938 and 11 March 1941*, United Nations, *RIAA*, Vol. III, p. 1920.

²⁴ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 2012 (I)*, declaration of Judge Greenwood, p. 393, para. 5.

²⁵ Cf. *Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1954*, pp. 52-53.

²⁶ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 2012 (I)*, pp. 334-335, paras. 24-25.

²⁷ *Ibid.*, pp. 337-338, paras. 31-33 and 36.

illicite est de nature à empêcher que le montant de l'indemnité puisse être déterminé avec certitude: en pareil cas, si le montant de l'indemnité ne doit pas être établi par simple spéculation ou conjecture, il suffit néanmoins que l'ampleur des dommages soit démontrée par une déduction juste et raisonnable, quand bien même le résultat n'en serait qu'approximatif»²³.

28. Le recours aux principes d'équité n'est toutefois pas exempt de restrictions. En effet, ces principes «ne sont pas destinés à combler les lacunes du dossier du demandeur, en suppléant à l'absence d'éléments de preuve qui auraient pu être produits s'ils avaient véritablement existé»²⁴. Les considérations d'équité ne peuvent pas non plus justifier que la Cour s'écarte de sa fonction judiciaire. Selon l'article 56 du Statut, tout arrêt doit être motivé. Cette obligation, qui découle du caractère intrinsèquement judiciaire de la Cour²⁵, contribue à assurer non seulement la transparence du processus décisionnel de cette dernière, mais également l'autorité et la force de conviction de ses arrêts en droit international.

29. Si, par le passé, la Cour a eu recours aux considérations d'équité aux fins de quantification des dommages, elle ne s'en est jamais servie comme d'un moyen d'octroyer des «sommés globales» sans expliquer comment leur montant avait été calculé. Dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, elle a rejeté les réclamations dont elle estimait qu'elles n'avaient pas été suffisamment étayées. Elle a octroyé une indemnisation à raison des dommages immatériels causés à M. Diallo et du préjudice pécuniaire que représentait la perte de ses biens personnels, s'appuyant, d'une part, sur la pratique des juridictions régionales des droits de l'homme à ce sujet et sur les circonstances entourant le traitement subi par M. Diallo²⁶, et, d'autre part, sur une estimation de la valeur des biens de l'appartement de M. Diallo reposant sur l'inventaire du contenu de cet appartement et de ses biens personnels en RDC, ainsi que sur la pratique des organismes de défense des droits de l'homme en la matière²⁷.

30. De même, en l'affaire relative à *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière*, la Cour n'a pas octroyé de «somme globale» mais a ventilé les différents éléments des indemnités à verser, à savoir: a) 120 000 dollars pour la dégradation ou la perte de biens et services environnementaux; b) 2708,39 dollars à raison des frais réclamés

²³ *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2018 (I), p. 27, par. 35, citant *Trail Smelter case (United States, Canada)*, sentences des 16 avril 1938 et 11 mars 1941, Nations Unies, RSA, vol. III, p. 1920.

²⁴ *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (I), déclaration de M. le juge Greenwood, p. 393, par. 5.

²⁵ Voir *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1954, p. 52-53.

²⁶ *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (I), p. 334-335, par. 24-25.

²⁷ *Ibid.*, p. 337-338, par. 31-33 et 36.

ally protected wetland; and (c) US\$236,032.16 for costs and expenses incurred by Costa Rica as a direct consequence of the Republic of Nicaragua's unlawful activities on Costa Rican territory. Whilst the latter two categories were premised on a detailed scrutiny of the respective invoices, documents and expenses submitted by the parties²⁸, with respect to the first category the Court considered that it was

“appropriate to approach the valuation of environmental damage from the perspective of the ecosystem as a whole, by adopting an overall assessment of the impairment or loss of environmental goods and services prior to recovery, rather than attributing values to specific categories of environmental goods and services and estimating recovery periods for each of them”²⁹.

31. Notwithstanding this language that might imply recourse to equitable considerations, the Court distinguished between the identification of the injury and its valuation and made clear which heads of loss were dismissed within that claim for lack of proof³⁰. With respect to valuation, the Court rejected the two methods proposed by the Parties and instead addressed the “corrected analysis” to Costa Rica's method (presented by Nicaragua) which provided a basis for the Court's valuation³¹.

32. Contrary to the practice of the Court, the Judgment does not offer either an approximative identification of the injury caused by Uganda to the DRC, nor does it proffer a methodological basis upon which the “global sums” were arrived at. With respect to the identification of the injury, the Judgment discusses the evidence presented by the Parties, but does not provide any conclusions on the estimates arrived by the Court (except with respect to heads of damage on the loss of life and population displacement, cf. paragraphs 162, 166 and 223 of the Judgment) that might have served as the basis of these “global sums”. In most instances — again, with the exception of loss of life and population displacement — no precise numbers are given. In fact, the Judgment acknowledges that it

²⁸ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 2018 (I)*, pp. 41-45, paras. 92-105 (in relation to expenses incurred for fuel and maintenance services for police aircraft used to reach and overfly the northern part of Isla Portillos, as well as the cost of obtaining a report from UNITAR/UNOSAT); pp. 48-53, paras. 115-132 (in relation to expenses for overflights and the purchase of satellite images); and p. 56, para. 146 (in relation to the cost incurred for the construction of a dyke across the 2013 eastern *caño*).

²⁹ *Ibid.*, p. 37, para. 78.

³⁰ *Ibid.*, p. 36, para. 74 (namely, natural hazards mitigation and soil formation/erosion control).

³¹ *Ibid.*, pp. 38-39, para. 86.

par la République du Costa Rica pour la restauration de la zone humide sous protection internationale; *c*) 236 032,16 dollars à raison des frais et dépenses occasionnés au Costa Rica en conséquence directe des activités illicites auxquelles la République du Nicaragua s'était livrée sur le territoire costaricien. En ce qui concerne les deux dernières catégories, elle s'est fondée sur un examen approfondi des factures, documents et notes de frais présentés par chaque partie²⁸, mais, à propos de la première, elle a considéré qu'il convenait,

«pour estimer les dommages environnementaux, d'appréhender l'écosystème dans son ensemble en procédant à une évaluation globale de la dégradation ou perte de biens et services environnementaux avant reconstitution, plutôt que d'attribuer une valeur à telle ou telle catégorie de biens et services environnementaux et d'estimer la période de reconstitution applicable à chacune»²⁹.

31. Indépendamment de la formulation, qui pourrait évoquer le recours à des considérations d'équité, la Cour a établi une distinction entre la détermination du préjudice et l'estimation de sa valeur, et a clairement indiqué les chefs de dommages relevant de cette réclamation qui avaient été rejetés, faute de preuves³⁰. En ce qui concerne l'estimation de la valeur des dommages, la Cour n'a retenu aucune des deux méthodes proposées par les Parties, se fondant sur l'«analyse corrigée» de la méthode du Costa Rica (présentée par le Nicaragua) pour établir elle-même cette valeur³¹.

32. Contrairement à sa pratique, la Cour ne présente, dans son arrêt, ni détermination approximative du préjudice causé à la RDC par l'Ouganda, ni base méthodologique sur laquelle elle se serait fondée pour parvenir aux «sommés globales». S'agissant de la détermination du préjudice, elle examine les éléments de preuve présentés par les Parties, mais ne dit rien des estimations effectuées (sauf en ce qui touche les chefs de dommages tels que les pertes en vies humaines et les déplacements de population; voir les paragraphes 162, 166 et 223 de l'arrêt) sur lesquelles elle aurait pu s'appuyer pour arriver à ces «sommés globales». Le plus souvent, à l'exception, là encore, des pertes en vies humaines et des déplacements de population, aucun chiffre précis n'est donné. D'ailleurs, la Cour

²⁸ *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2018 (I), p. 41-45, par. 92-105, pour les chefs de dépenses liés aux frais de carburant et de maintenance des aéronefs de la police utilisés pour atteindre et survoler la partie septentrionale d'Isla Portillos, ainsi qu'au coût de l'obtention d'un rapport de l'UNITAR/UNOSAT; p. 48-53, par. 115-132, pour les dépenses liées aux survols et à l'achat d'images satellite; et p. 56, par. 146, concernant les dépenses engagées pour la construction d'une digue destinée à barrer le *caño* oriental de 2013.

²⁹ *Ibid.*, p. 37, par. 78.

³⁰ *Ibid.*, p. 36, par. 74, à savoir l'atténuation des risques naturels et la formation du sol ou la lutte contre l'érosion.

³¹ *Ibid.*, p. 38-39, par. 86.

is “impossible to determine, even approximately, the number of persons injured” (paras. 179 and 181); that “it is impossible to derive even a broad estimate of the number of victims of rape and other forms of sexual violence from the reports and other data available to it” (para. 190); that “[t]he evidence presented by the DRC does not permit the Court to assess the extent of the damage even approximately” with respect to property damage in and outside Ituri (paras. 246 and 251); and that “the available evidence is not sufficient to determine a reasonably precise or even an approximate number of animal deaths for which Uganda owes reparation” (paras. 363 and 364). Instead, the Judgment refers to the “range of possibilities indicated by the evidence” (paras. 106, 126, 166, 181, 193, 206, 223, 225, 258, 275 and 365) to justify these “global sums”. But it does not explain what this “range” is.

33. In fact, the impression is given that the “range of possibilities” pertains not so much to the *extent* of the injury, but the general *adequacy* of the evidence to sustain the claim. If this “range of possibilities” is a broad estimate of the numbers of victims killed or injured on the basis of the evidence, or of the property or resources destroyed or looted during the conflict, the Statute requires the Court to specify what these estimates are, even at a broad brush. Otherwise, the application of such a vague concept may be understood as an attempt to dispense with the proper consideration and proof of facts, or of classes of facts, in the assessment of damage. In any event, such an obscure term does not seem appropriate, in my view, for compensation proceedings. A *smörgåsbord* of possibilities cannot serve as a substitute for a legal standard in the assessment and valuation of damage.

34. Similar considerations apply to the valuation of the unparticularized injuries. Paragraphs 164 and 180 refer to the awards of the Ethiopia-Eritrea Claims Commission (“EECC”) for the proposition that “large per capita awards for non-material damage, which may be justified in individual cases, would be inappropriate in a situation involving significant numbers of unidentified and hypothetical victims”. But the Judgment does not explain on what methodological basis the valuation was based for the purposes of the “global sums”. If the Court opted for smaller per capita awards than those applied in individual human rights cases, at least an attempt ought to have been made at articulating the methodological premise of these lump sums. It is only with respect to decisions *ex aequo et bono* that the Court is not required to provide reasons.

35. In light of the foregoing, I am of the view that the mere reference to “equitable considerations” cannot serve as an excuse for the Court to dispense with the requirement to state the reasons underlying its decisions. The Court may propose an equitable remedy and apply it; but it has to explain why and on what basis it intends to apply it. It cannot

reconnaît «qu'il est impossible de déterminer, fût-ce approximativement, le nombre de blessés» (par. 179 et 181); «qu'il est impossible de déduire des rapports et des autres données dont elle dispose une estimation, même générale, du nombre de victimes de viols et d'autres formes de violence sexuelle» (par. 190); que, «[a]u vu des éléments de preuve présentés par la RDC, [elle] n'est pas en mesure de déterminer, fût-ce approximativement, l'ampleur des dommages» causés aux biens en Ituri comme à l'extérieur (par. 246 et 251); et que «les preuves disponibles ne so[n]t pas suffisantes pour lui permettre de déterminer un nombre raisonnablement précis ou même approximatif d'animaux tués pour lesquels l'Ouganda doit réparation» (par. 363-364). Au lieu de cela, elle se réfère aux «possibilités offertes par les éléments de preuve» (par. 106, 126, 166, 181, 193, 206, 223, 225, 258, 275 et 365) pour justifier ces «sommés globales», sans toutefois expliquer quelles sont ces «possibilités».

33. De fait, on a l'impression que les «possibilités offertes» concernent moins l'*étendue* du préjudice que le caractère généralement *satisfaisant* des preuves apportées à l'appui de la réclamation. Si ces «possibilités» correspondent à une estimation grossière du nombre de personnes tuées ou blessées à partir des éléments de preuve disponibles, ou encore des biens ou ressources détruits ou pillés pendant le conflit, le Statut impose à la Cour de préciser quelles sont ces estimations, même à grands traits. Autrement, l'application d'un concept aussi vague pourrait être interprétée comme une tentative d'esquiver un examen suffisant des faits ou de certaines catégories de faits, ainsi que des preuves y afférentes, dans le cadre de l'évaluation des dommages. En tout état de cause, une expression aussi absconse ne me semble pas convenir à une procédure d'indemnisation. Une panoplie de possibilités ne peut être substituée à une norme de droit aux fins de détermination des dommages et d'estimation de leur valeur.

34. Des considérations analogues s'appliquent à l'appréciation des préjudices non ventilés. Les paragraphes 164 et 180 font référence aux sentences de la Commission des réclamations entre l'Erythrée et l'Éthiopie, selon lesquelles, «si elle pouvait se justifier dans des cas individuels, l'allocation d'indemnités élevées pour chaque personne ayant subi un dommage moral serait inappropriée dans le contexte d'un nombre important de victimes non identifiées ou hypothétiques». La Cour n'explique cependant pas la base méthodologique de l'évaluation qui a servi à arrêter les «sommés globales». Si elle a choisi d'octroyer des montants par tête moins élevés que dans les affaires individuelles en matière de droits de l'homme, elle aurait tout au moins dû s'efforcer d'exposer clairement le fondement méthodologique de la détermination des sommes forfaitaires. Seules les décisions *ex aequo et bono* ne nécessitent pas d'être motivées.

35. À la lumière de ce qui précède, j'estime que la simple mention de «considérations d'équité» ne peut dispenser la Cour de l'obligation d'exposer les motifs qui sous-tendent ses décisions. Cette dernière est en droit de proposer une mesure de réparation équitable et de l'appliquer, mais elle doit expliquer pourquoi et sur quelle base elle compte le faire. Elle ne

simply refer to it as the be-all and end-all of the assessment of injury or the determination of compensation without any reasoning.

36. Indeed, a decision on compensation that does not identify the extent of the harm, the applicable valuation method and the extent to which other factors might have influenced the quantification of damage does not conform to the requirements of Article 56 of the Statute and may be considered as a decision *ex aequo et bono* under Article 38, paragraph 2. However, the Parties in the present case have not given their consent to such a decision.

IV. AN OVERLY NARROW APPROACH TO REPARATIONS

37. In its 2005 Judgment, the Court stated that,

“[u]pon examination of the case file, given the character of the internationally wrongful acts for which Uganda has been found responsible (illegal use of force, violation of sovereignty and territorial integrity, military intervention, occupation of Ituri, violations of international human rights law and of international humanitarian law, looting, plunder and exploitation of the DRC’s natural resources), the Court considers that those acts resulted in injury to the DRC and to persons on its territory.”³²

This recognition by the Court of injuries caused not only to the DRC but also to “persons on its territory” should have found application in the reparations phase through the award of different types of reparations depending on the nature and scope of the injury and on the addressees of the reparation. This is not unfortunately the case. The Judgment seems to be stuck in a time warp as it reflects the State-centred approach to reparation reminiscent of the law of diplomatic protection, while acknowledging gross violations of human rights and humanitarian law the victims of which should be entitled to compensation or other forms of reparation independently of their State. Recent developments in human rights and international humanitarian law have led to a widespread recognition that, with regard to claims arising from an injury suffered by an individual or a community, reparation should accrue to the injured individual or community³³.

³² *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2005*, p. 257, para. 259.

³³ See, for example, United Nations General Assembly, resolution 60/147 of 16 December 2005, “Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law”, UN doc. A/RES/60/147, Annex.

peut, sans motivation, faire de ces considérations l'alpha et l'oméga de l'évaluation du préjudice ou de la détermination de l'indemnité.

36. Ainsi, la décision relative à l'indemnisation qui ne définit ni l'ampleur du préjudice, ni la méthode d'appréciation applicable, ni la mesure dans laquelle d'autres facteurs ont pu influencer la quantification des dommages n'est pas conforme aux exigences de l'article 56 du Statut et peut être considérée comme une décision *ex aequo et bono* au sens du paragraphe 2 de l'article 38. Or, en l'affaire, les Parties n'ont pas consenti à une telle décision.

IV. CONCEPTION ÉTRANGÈRE DES RÉPARATIONS

37. Dans son arrêt de 2005, la Cour a dit ce qui suit :

«Après examen du dossier de l'affaire et compte tenu de la nature des faits internationalement illicites dont l'Ouganda a été reconnu responsable (emploi illicite de la force, violation de la souveraineté et de l'intégrité territoriale, intervention militaire, occupation de l'Ituri, violations du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire, pillage et exploitation des ressources naturelles de la RDC), la Cour considère que ces faits ont entraîné un préjudice pour la RDC, ainsi que pour des personnes présentes sur son territoire.»³²

Cette reconnaissance par la Cour de préjudices causés non seulement à la RDC mais également aux «personnes présentes sur son territoire» aurait dû se manifester, au stade des réparations, par l'octroi de différents types d'indemnités selon la nature et l'ampleur du préjudice et le bénéficiaire visé. Tel n'est malheureusement pas le cas. L'arrêt, qui semble avoir fait un bond dans le passé, reflète une conception des réparations axée sur l'Etat qui rappelle le droit de la protection diplomatique, tout en reconnaissant que les victimes des violations flagrantes du droit relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire commises devraient pouvoir prétendre à une indemnisation ou à d'autres formes de réparation indépendamment de l'Etat. Grâce à l'évolution récente du droit relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire, il est désormais généralement admis que, en cas de réclamation relative à des préjudices causés à des personnes ou à des communautés, c'est au bénéfice de celles-ci que les réparations doivent être accordées³³.

³² *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 257, par. 259.

³³ Voir, par exemple, Nations Unies, Assemblée générale, résolution 60/147 du 16 décembre 2005, doc. A/RES/60/147, annexe, «Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire».

38. In the 2001 Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, the ILC stated in Article 33, paragraph 2, that the provisions of Part Two were “without prejudice to any right, arising from the international responsibility of a State, which may accrue directly to any person or entity other than a State”³⁴. In the commentary to that provision, the ILC referred to the Court’s Judgment in *LaGrand*, and added that,

“[w]hen an obligation of reparation exists towards a State, reparation does not necessarily accrue to that State’s benefit. For instance, a State’s responsibility for the breach of an obligation under a treaty concerning the protection of human rights may exist towards all the other parties to the treaty, *but the individuals concerned should be regarded as the ultimate beneficiaries and in that sense as the holders of the relevant rights*. Individual rights under international law may also arise outside the framework of human rights.”³⁵ (Emphasis added.)

Similarly, in the commentary to Article 28 (titled “Legal consequences of an internationally wrongful act”), the ILC explained that a wrongful act may entail obligations towards other non-State actors:

“Article 28 does not exclude the possibility that an internationally wrongful act may involve legal consequences in the relations between the State responsible for that act and persons or entities other than States. This follows from article 1, which covers all international obligations of the State and not only those owed to other States. Thus, *State responsibility extends, for example, to human rights violations and other breaches of international law where the primary beneficiary of the obligation breached is not a State*. . . . In other words, the provisions of Part Two are without prejudice to any right, arising from the international responsibility of a State, which may accrue directly to any person or entity other than a State, and article 33 makes this clear.”³⁶ (Emphasis added.)

39. More recently, in the Draft Articles on Prevention and Punishment of Crimes against Humanity, the ILC referred to the “right of a victim of a crime against humanity to obtain reparation”, obliging States to have or enact necessary laws, regulations, procedures or mechanisms to enable victims to pursue claims against and secure redress for the harm they

³⁴ *YILC*, 2001, Vol. II, Part Two, p. 94, Art. 33, para. 2.

³⁵ *Ibid.*, p. 95, commentary to Article 33, citing *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2001*, p. 494, para. 77.

³⁶ *Ibid.*, pp. 87-88, commentary to Article 28.

38. Dans les articles de 2001 sur la responsabilité internationale de l'Etat pour fait internationalement illicite, la CDI précisait, au paragraphe 2 de l'article 33, que les dispositions de la deuxième partie étaient « sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'Etat p[ouvai]t faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un Etat »³⁴. Dans le commentaire relatif à cette disposition, la CDI s'est référée à l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *LaGrand*, ajoutant ce qui suit :

« Lorsqu'une obligation de réparation est due à un Etat, la réparation n'est pas nécessairement effectuée au bénéfice de cet Etat. Par exemple, la responsabilité d'un Etat peut être engagée pour la violation d'une obligation conventionnelle concernant la protection des droits de l'homme envers toutes les autres parties du traité en question, *mais les individus concernés doivent être considérés comme les bénéficiaires ultimes et, en ce sens, comme les titulaires des droits en question*. Des droits individuels peuvent aussi, en droit international, naître en dehors du domaine des droits de l'homme. »³⁵ (Les italiques sont de moi.)

De même, dans le commentaire relatif à l'article 28 (intitulé « Conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite »), la CDI explique qu'un fait illicite peut impliquer des obligations à l'endroit d'autres acteurs non étatiques :

« L'article 28 n'exclut pas la possibilité qu'un fait internationalement illicite puisse entraîner des conséquences juridiques dans les relations entre l'Etat responsable de ce fait et des personnes ou des entités autres que des Etats. C'est ce qui découle de l'article premier qui vise toutes les obligations internationales de l'Etat et non pas seulement celles qui sont dues à d'autres Etats. Ainsi, *la responsabilité des Etats s'étend par exemple aux violations des droits de l'homme et autres violations du droit international lorsque le bénéficiaire principal de l'obligation violée n'est pas un Etat...* Autrement dit, les dispositions de la deuxième partie sont sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale d'un Etat peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un Etat et l'article 33 l'indique clairement. »³⁶ (Les italiques sont de moi.)

39. Plus récemment, dans le projet d'articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité, la CDI s'est référée au « droit » qu'ont les victimes d'un crime contre l'humanité « d'obtenir réparation », droit obligeant les Etats à avoir ou à adopter les lois, règlements, procédures ou mécanismes nécessaires pour permettre aux victimes de faire

³⁴ *ACDI*, 2001, vol. II, deuxième partie, p. 101, art. 33, par. 2.

³⁵ *Ibid.*, commentaire relatif à l'article 33, citant *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2001*, p. 494, par. 77.

³⁶ *Ibid.*, p. 93, commentaire relatif à l'article 28.

have suffered from those who are responsible for the harm, be it the State itself or some other actor³⁷. This is further reinforced by resolution 60/147 of the United Nations General Assembly titled “Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law” (hereinafter “Basic Principles and Guidelines”)³⁸. Principle 11 expressly recognized that individual victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law have a “right” to “[e]qual and effective access to justice” and “[a]dequate, effective and prompt reparation for harm suffered”.

40. At the oral hearings, the Co-Agent and counsel for the DRC addressed the arrangements for a fund established by the Government of the DRC in the expectation of compensation for the wrongful acts committed by Uganda, and stated that “the DRC reiterates that it is willing to take due account of any guidance that the Court may wish to provide on the organization and functioning of that fund”³⁹. This request by the DRC offered the Court an opportunity to go beyond the timid dictum in the *Diallo* Judgment⁴⁰ and to state clearly and unequivocally that, for heads of damage such as loss of life, injuries to persons, rape, conscription of child soldiers, destruction of private property and displacement of populations, the individuals and communities that directly suffered the injury are the addressees and beneficiaries of the compensation awarded by the Court for such damages. Instead of making such a clear statement, the Court has adopted again a *Diallo*-like formula in paragraph 408 of the Judgment, taking note of the statements made by the DRC during the oral proceedings. In doing so, the Court has opted for the easy solution, by awarding global sums to the State, totally ignoring the fact that the damage caused by Uganda’s wrongful conduct was, above all, to human beings. This might have been due in part to the overly narrow approach adopted in the Judgment with regard to reparations.

41. Indeed, the one-size-fits-all approach to reparation, adopted in the form of “global sums” with respect to three cumulative heads of damage, does not adequately do justice to the injuries suffered by individuals and

³⁷ ILC, “Draft Articles on Prevention and Punishment of Crimes against Humanity”, UN doc. A/74/10, 15 May 2019, pp. 102 and 106-109, Art. 12, para. 3, and commentary to Article 13, comments (16)-(24).

³⁸ See also United Nations, Commission on Human Rights, *Study concerning the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms: Final report submitted by Special Rapporteur Mr. Theo van Boven*, UN doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8, 2 July 1993, pp. 53-54, paras. 131-135.

³⁹ CR 2021/11, pp. 72-73, para. 20 (Mingashang).

⁴⁰ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 2012 (I)*, p. 344, para. 57 (“[t]he Court recalls that the sum awarded to Guinea in the exercise of diplomatic protection of Mr. Diallo is intended to provide reparation for the latter’s injury”).

valoir des réclamations à raison du préjudice leur ayant été causé par l'Etat ou d'autres acteurs, et d'obtenir réparation à cet égard³⁷. Ce droit est réaffirmé dans les «Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire», annexés à la résolution 60/147 de l'Assemblée générale des Nations Unies³⁸. Le principe 11 reconnaît expressément que les victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme ont «droit» aux garanties suivantes: «[a]ccès effectif à la justice, dans des conditions d'égalité» et «[r]éparation adéquate, effective et rapide du préjudice subi».

40. A l'audience, le coagent et conseil de la RDC a mentionné les arrangements pris au sujet de l'établissement par le Gouvernement congolais d'un fonds en prévision de l'indemnisation des faits illicites commis par l'Ouganda, ajoutant que «la RDC réit[érait] sa disposition à prendre dûment en compte toute orientation que la Cour pourrait être amenée à donner pour ce qui [était] de l'organisation et du fonctionnement de ce fonds»³⁹. Cette demande de la RDC offrait à la Cour la possibilité de ne pas s'en tenir au timide *dictum* de l'arrêt *Diallo*⁴⁰ et d'indiquer clairement et sans équivoque que, pour les chefs de dommages tels que les pertes en vies humaines, les atteintes aux personnes, le viol, le recrutement d'enfants-soldats et les déplacements de population, les personnes et les communautés directement lésées étaient les destinataires et les bénéficiaires de l'indemnisation octroyée par la Cour au titre de ces dommages. Or, au lieu de saisir cette occasion, la Cour a, au paragraphe 408 de son arrêt, usé d'une formule semblable à celle employée dans l'arrêt *Diallo*, en prenant acte des déclarations de la RDC au cours de la procédure orale. Ainsi, elle a choisi la solution de facilité en octroyant des sommes globales à l'Etat, ne tenant aucun compte du fait que ce sont avant tout des êtres humains qui ont souffert des dommages causés par le comportement illicite de l'Ouganda. Il est possible que cela soit dû, en partie, à la conception étriquée des réparations retenue dans l'arrêt.

41. En effet, la solution toute faite consistant à octroyer des «sommes globales» au titre de trois chefs de dommages cumulés ne rend pas dûment justice aux personnes et aux communautés ayant subi les préjudices pour-

³⁷ CDI, «Projet d'articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité», Nations Unies, doc. A/74/10, 15 mai 2019, p. 107 et 112-116, art. 12, par. 3; et commentaire relatif à l'article 13, p. 121-124, par. 16-24.

³⁸ Voir également Nations Unies, Commission des droits de l'homme, *Etude concernant le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales, rapport final présenté par M. Theo van Boven*, rapporteur spécial, doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8, 2 juillet 1993, p. 57-58, par. 131-135.

³⁹ CR 2021/11, p. 72-73, par. 20 (Mingashang).

⁴⁰ *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), indemnisation, arrêt*, C.I.J. Recueil 2012 (I), p. 344, par. 57: «La Cour tient à rappeler que l'indemnité accordée à la Guinée, dans l'exercice par celle-ci de sa protection diplomatique à l'égard de M. Diallo, est destinée à réparer le préjudice subi par celui-ci.»

communities that had been well documented in the 2005 Judgment of the Court. Nor does the fact that the State of the DRC is the sole addressee of the aggregated compensation, awarded under those three “global sums”, ensure that those individuals and communities will be adequately compensated. As the Court stated in the case concerning *Avena and Other Mexican Nationals*,

“[w]hat constitutes ‘reparation in an adequate form’ clearly varies depending upon the concrete circumstances surrounding each case and the precise nature and scope of the injury, since the question has to be examined from the viewpoint of what is the ‘reparation in an adequate form’ that corresponds to the injury”⁴¹.

42. The Judgment does not provide any explanation as to how these “global sums” were arrived at, and what exact figures are to be assigned to their distinct components, except for the estimate with regard to the loss of life. As a result, it is simply impossible to parse through the various heads of loss (at least between the funds intended for the public purse and those intended for private individuals). Consequently, it is not possible to identify, for example, how much money should be assigned to the fund established by the DRC for the purposes of distributing the compensation awarded by the Court to the actual victims or their beneficiaries, for which types of injury, for how many victims, and for how much value. This could have helped the DRC itself to disburse fairly and effectively, through the fund it has established, the compensation allocated to the individuals and communities concerned.

43. It is therefore my view that one of the inadequacies of the reparation awarded by the Court in this case flows from the overly narrow approach to reparations adopted in the Judgment and the lack of consideration of the communities, collectivities and individuals who have directly suffered as a result of the wrongful acts of Uganda through loss of life, personal injuries, destruction of private properties, conscription of child soldiers and the displacement of population. These individuals and communities have not yet recovered from the impact of the violent conflict on their lives. Their plight, therefore, deserved to be taken into account by adopting different forms of reparation that would fit their different circumstances and by clearly indicating that they were the direct addressees of these reparations. To this end, a wide range of forms of reparation, depending on the specific head of alleged injury, was available to the Court and could have been used without necessarily altering the interstate nature of the proceedings. They include individual and collective reparations, compensation, rehabilitation and non-pecuniary satisfaction.

⁴¹ *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2004 (I), p. 59, para. 119, citing *Factory at Chorzów, Jurisdiction*, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9, p. 21.

tant bien établis dans l'arrêt rendu par la Cour en 2005. Le fait que l'Etat congolais soit le seul récipiendaire de l'indemnité constituée de l'agrégat de ces trois «sommes globales» ne permet pas non plus de garantir que ces personnes et communautés recevront une indemnisation satisfaisante. Comme l'a dit la Cour dans l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains*,

«[q]uant à savoir ce qui constitue une «réparation dans une forme adéquate», cela dépend, manifestement, des circonstances concrètes de chaque affaire ainsi que de la nature exacte et de l'importance du préjudice, puisqu'il s'agit de déterminer quelle est la «réparation dans une forme adéquate» qui correspond à ce préjudice»⁴¹.

42. La Cour n'explique nullement comment elle est parvenue à ces «sommes globales», ni quels chiffres exacts correspondent à chaque composante distincte, à l'exception de l'estimation établie pour les pertes en vies humaines. En conséquence, il est tout simplement impossible de ventiler les différents chefs de dommages (du moins entre les fonds destinés à l'Etat et ceux réservés aux particuliers). On ne peut donc déterminer, par exemple, quel montant devrait être alloué au fonds établi par la RDC pour le versement de l'indemnité octroyée par la Cour aux victimes elles-mêmes ou à leurs ayants droit, pour quels types de préjudice, pour combien de victimes et pour quelle valeur. Une telle détermination aurait pu aider la RDC elle-même à distribuer justement et efficacement, au moyen du fonds qu'elle a créé, l'indemnité allouée aux personnes et aux communautés touchées.

43. Dans ces conditions, il me semble que l'une des faiblesses de la réparation adjugée par la Cour en l'espèce tient à la conception étriquée des réparations adoptée dans l'arrêt et au manque de considération à l'égard des communautés, collectivités et personnes ayant directement subi les conséquences des actes illicites commis par l'Ouganda, sous la forme de pertes en vies humaines, d'atteintes aux personnes, de destruction de biens privés, de recrutement d'enfants-soldats ou de déplacements de population. Ces personnes et communautés ne se sont pas encore remises des effets que ce conflit violent a eus sur leur vie. Elles méritaient que l'on retienne des formes de réparation différentes en fonction de leurs situations individuelles, en indiquant clairement qu'elles en étaient les destinataires directs. A cette fin, la Cour disposait de formes de réparation très diverses, selon le chef de préjudice en cause, auxquelles elle aurait pu recourir sans nécessairement modifier le caractère interétatique de la procédure et au nombre desquelles figurent les réparations individuelles et collectives, l'indemnisation, la réadaptation et la satisfaction non pécuniaire.

⁴¹ *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 59, par. 119, citant *Usine de Chorzów, compétence*, arrêt n° 8, 1927, C.P.J.I. série A n° 9, p. 21.

44. The possibility of collective reparations, for example, has been envisaged in the Inter-American System of Human Rights⁴², the ILC in the Draft Articles on Crimes against Humanity⁴³, and the Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Court (“ICC”)⁴⁴. Collective reparations may be most appropriate for the provision of institutionalized assistance, in the form of vocational schools, hospitals, clinics and counselling services in their respective communities, to individuals who suffered 20 or 25 years ago personal injuries, rape and sexual violence, or conscription as child soldiers, as well as for the reconstruction of public buildings such as schools, hospitals and places of worship.

45. With regard to child soldiers, in particular, a set of principles and guidelines on children associated with armed forces or armed groups adopted by UNICEF in 2007 (the “Paris Principles”)⁴⁵, state that “[d]irect cash benefits to released or returning children are not an appropriate form of assistance, as experience has repeatedly shown”⁴⁶. Instead, a better approach might be alternative measures such as “[i]nclusive programming which supports children who have been recruited or used as well as

⁴² Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), *Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Judgment of 31 August 2001 (Merits, Reparations and Costs), para. 167 (providing for works or services of collective interest for the benefit of the Awas Tingni Community in the amount of US\$50,000); see also IACtHR, *Case of the Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala*, Judgment of 19 November 2004 (Reparations), paras. 93, 106-108, 117 and 125 (7) (providing for the free of charge medical treatment required by the victims, a specialized program of psychological and psychiatric treatment, adequate housing to the surviving victims, and communal programmes for the benefit of the entire community).

⁴³ ILC, “Draft Articles on Prevention and Punishment of Crimes against Humanity”, UN doc. A/CN.4/L.935, 15 May 2019, Art. 12, para. 3 (referring to “reparation for material and moral damages, on an individual or *collective* basis, consisting, as appropriate, of . . . *rehabilitation*”; emphases added).

⁴⁴ ICC, Rules of Procedure and Evidence, *Official Records of the Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, First Session, New York, 3-10 September 2002*, Rule 97, para. 1: “Taking into account the scope and extent of any damage, loss or injury, the Court may award reparations on an individualized basis or, where it deems it appropriate, on a *collective* basis or both.” (Emphasis added.) For a summary of the practice of the ICC, see *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Trial Chamber II, corrected version of the “Decision Setting the Size of the Reparations Award for which Thomas Lubanga Dyilo Is Liable” of 21 December 2017 (public redacted version), paras. 33, 36, 192-194, 246-248, 288 and 294-296; *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15, Trial Chamber VIII, Reparations Order of 17 August 2017, operative clause, subpara. 1.

⁴⁵ UNICEF, “The Paris Principles. Principles and Guidelines on Children Associated with Armed Forces or Armed Groups”, February 2007, available at <http://www.refworld.org/docid/465198442.html> (accessed 28 January 2021).

⁴⁶ *Ibid.*, Principle 7.35.

44. La possibilité de recourir à des réparations collectives, par exemple, a été envisagée par le système interaméricain des droits de l'homme⁴², par la CDI dans le projet d'articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité⁴³ et par la Cour pénale internationale (CPI) dans son Règlement de procédure et de preuve⁴⁴. Cette forme de réparation pourrait être la plus indiquée pour fournir une aide institutionnelle, sous forme d'écoles techniques, d'hôpitaux, de dispensaires et de services d'assistance sociopsychologique, dans leurs communautés respectives, aux personnes qui ont subi, il y a 20 ou 25 ans, un préjudice corporel, un viol ou des violences sexuelles, ou qui ont été recrutées comme enfants-soldats, ou pour reconstruire des bâtiments publics tels que des écoles, des hôpitaux et des lieux de culte.

45. En ce qui concerne en particulier les enfants-soldats, un ensemble de principes et de lignes directrices sur les enfants associés aux forces armées ou aux groupes armés (les «Principes de Paris»)⁴⁵, adopté par l'UNICEF en 2007, confirme que, «[c]omme l'expérience l'a maintes fois montré, les prestations en espèces versées directement aux enfants libérés ou retournant chez eux ne constituent pas une forme d'aide appropriée»⁴⁶. Il vaut sans doute mieux recourir à des mesures telles qu'«[u]ne

⁴² Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIADH), *Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, arrêt du 31 août 2001 (fond, réparations et dépens), par. 167, prévoyant que des travaux ou services d'intérêt collectif d'une valeur de 50 000 dollars soient fournis à la communauté Awas Tingni; voir également CIADH, *Case of the Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala*, arrêt du 19 novembre 2004 (réparations), par. 93, 106-108, 117 et 125, al. 7, prévoyant une prise en charge médicale gratuite pour les victimes, un programme spécialisé de suivi psychologique et psychiatrique, des logements décents pour les victimes ayant survécu et des programmes à destination de la communauté dans son ensemble.

⁴³ CDI, «Crimes contre l'humanité — Textes et titres du projet de préambule, des projets d'articles et du projet d'annexe provisoirement adoptés par le Comité de rédaction en deuxième lecture — Prévention et répression des crimes contre l'humanité», doc. A/CN.4/L.935, 15 mai 2019, art. 12, par. 3, faisant référence à la «réparation des dommages matériels et moraux subis, à titre individuel ou collectif, consistant, le cas échéant, en une ... *réadaptation*» (les italiques sont de moi).

⁴⁴ CPI, Règlement de procédure et de preuve, *Documents officiels de l'Assemblée des Etats parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, première session, New York, 3-10 septembre 2002*, règle n° 97, par. 1: «Compte tenu de l'ampleur du dommage, de la perte ou du préjudice, la Cour peut accorder une réparation individuelle ou, lorsqu'elle l'estime appropriée, une réparation collective, ou les deux.» (Les italiques sont de moi.) Pour un aperçu de la pratique de la CPI, voir *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, chambre de première instance II, version publique expurgée, rectificatif de la «Décision fixant le montant des réparations auxquelles Thomas Lubanga Dyilo est tenu», 21 décembre 2017, par. 33, 36, 192-194, 246-248, 288 et 294-296; *Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15, chambre de première instance VIII, ordonnance de réparation, 17 août 2017, point 1 du dispositif.

⁴⁵ UNICEF, «Les principes de Paris — Principes et lignes directrices sur les enfants associés aux forces armées ou aux groupes armés», février 2007, accessible à l'adresse suivante : <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/openssl.pdf?reldoc=y&docid=4a290f862> (dernière consultation, le 28 janvier 2021).

⁴⁶ *Ibid.*, principe 7.35.

other vulnerable children”⁴⁷. This kind of “collective post-conflict reparations” may also be found in the practice of the ICC Trust Fund for Victims with respect to Uganda and the DRC.

46. Thus, despite the inter-State nature of the proceedings, and in light of recent developments with regard to remedies for gross violations of human rights and international humanitarian law, it was possible to envisage different forms of reparation, that take into account the sensitivities involved in these categories of injury, particularly 20 or 25 years after the events, and the need for a fair and effective redress of the harm caused. This approach would have strengthened the performance of the obligation to make reparation in the interest of the beneficiaries of the obligation breached and would effectively enable such reparation to accrue to the injured individuals and communities. In the present case, it would also have given the DRC authorities the guidance that they had formally requested the Court to provide them with on the functioning of the fund they have established.

(Signed) Abdulqawi Ahmed YUSUF.

⁴⁷ See note 45 *supra*, Principle 7.30.

programmation ouverte à tous qui apporte un soutien aux enfants qui ont été recrutés ou employés tout comme aux autres enfants vulnérables»⁴⁷. On retrouve ce genre de «réparations collectives postconflit» dans la pratique du Fonds au profit des victimes de la CPI concernant l'Ouganda et la RDC.

46. Ainsi, en dépit du caractère interétatique de la présente instance et à la lumière de l'évolution récente des voies de droit au titre des violations flagrantes du droit relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire, il était possible d'envisager différentes formes de réparation tenant compte de la nature délicate des préjudices concernés, en particulier 20 ou 25 ans après les faits, et de la nécessité de réparer équitablement et efficacement les dommages causés. Une telle démarche aurait contribué au respect de l'obligation de réparation au profit des bénéficiaires de l'obligation violée et aurait effectivement permis de faire en sorte que cette réparation revienne aux personnes et aux communautés lésées. Elle aurait également fourni, en l'espèce, les orientations formellement demandées à la Cour par les autorités congolaises pour ce qui est du fonctionnement du fonds qu'elles ont établi.

(*Signé*) Abdulqawi Ahmed YUSUF.

⁴⁷ Voir *supra* note 45, principe 7.30.