

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

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. »

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-

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.

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.

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. 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 Erythrée-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 :

«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. 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.

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;

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.

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.

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.

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

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 ÉTRIFIÉE 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. 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.

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.»

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 «sommés 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 «sommés 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. 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/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4a290f862> (dernière consultation, le 28 janvier 2021).

⁴⁶ *Ibid.*, principe 7.35.

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.