

# Juge Rafaâ Ben Achour

## Opinion partiellement dissidente

1- L'affaire *Kennedy Owino Onyachi et Charles Jahm Mwanini Njoka c. la République-Unie de Tanzanie* tranchée par arrêt sur le fond du 28 septembre 2017 relativement à la compétence, à la recevabilité et au fond, revient devant la Cour, sur la question des réparations, presque six ans après son enrôlement.

2- En effet, dans son arrêt ci-dessus visé la Cour avait décidé de traiter la question des réparations dans un arrêt séparé comme l'y autorise son Règlement intérieur (article 63 du RI de 2010<sup>1</sup> et 68 § 3 du RI de 2020<sup>2</sup>). En effet, dans le paragraphe 165 de l'arrêt au fond la Cour déclare :

En l'espèce, la Cour entend statuer sur certaines formes de réparations dans le présent arrêt et sur d'autres formes de réparation à un stade ultérieur de la procédure.

3- Dans le point (viii) du dispositif, le Cour :

Accorde aux requérants, conformément à l'article 63 du règlement de la Cour, un délai de 30 jours pour déposer leurs observations sur la demande de réparation et à l'Etat défendeur d'y répondre dans les trente jours (30) suivants les observations des requérants.

4- Ainsi, il aura fallu à la Cour, pratiquement, quatre ans pour statuer sur les demandes de réparation, ce qui est excessif et dépasse toutes les limites raisonnables.

5- Les causes de tant de retard pour rendre cet arrêt sur les réparations semble imputable à une souplesse bienveillante de la Cour à l'égard de l'Etat de fondeur. Ce dernier a bénéficié des plusieurs prorogations de délais pour déposer ses observations. En effet, le Greffe a adressé de l'Etat défendeur plusieurs rappels à cet effet, rappels souvent très espérés dans le temps (07 janvier 2019 ; 19 septembre 2019 et 25 mars 2020). Malgré cela l'Etat défendus n'a pas dépassé ses observations sur le demande de requérants.

6- Dans le présent arrêt, la Cour a rejeté toutes les demandes de réparation du préjudice matériel présentées par les requérants au motif que les Requérants n'ont pas produit les preuves suffisantes à l'appui de leurs demandes.

---

<sup>1</sup> « La Cour statue sur la demande de réparation introduite en vertu de l'article 34.5 du présent Règlement, dans l'arrêt par lequel elle constate une violation d'un droit de l'homme ou des peuples, ou si les circonstances l'exigent, dans un arrêt séparé ».

<sup>2</sup> « La Cour statue sur la demande de réparation introduite en vertu de la règle 40, alinéa 4 du présent Règlement, dans l'arrêt par lequel elle constate une violation d'un droit de l'homme et/ou des peuples, ou, si les circonstances l'exigent, dans un arrêt séparé ».

7- Dans son arrêt la Cour a soit purement et simplement ignoré certains éléments de preuves produites par les requérants (I) soit estimé que ces preuves n'ont pas été produites du tout (II). Pour es deux raisons, j'exprime la présente opinion dissidente.

## **I - Le rejet des déclarations sous serment (*Affidavit*)**

8- Dans les paragraphes 30 et 31 de l'arrêt, la Cour déclare :

30. La Cour rappelle que pour que les demandes de réparations soient accordées, un requérant doit démontrer le lien de causalité entre la violation alléguée et le préjudice subi, ainsi que prouver celle-ci en apportant des éléments de preuve. En l'espère, la Cour relève que les Requérants n'ont pas établi le lien entre les violations constatées et le préjudice matériel qu'ils présentent avoir subi. En outre, bien qu'ils aient déposé des déclarations sous serment, ils n'ont fourni aucune autre preuve documentaire de l'existence des entreprises qu'ils prétendaient avoir eues avant leur arrestations et condamnations.

31. En conséquence, la Cour rejette les demandes des Requérants à la réparation pécuniaire pour le préjudice matériel qu'ils allèguent avoir subi du fait de la déclaration de leur culpabilité et de la peine prononcée à leur encontre.

9- Dans le paragraphe 30, la Cour admet que les Requérants ont déposé des déclarations sous serment en vertu desquels ils déclarent avoir perdu leurs entreprises du fait de leur emprisonnement et qu'avant leur arrestation ils dirigeaient des sociétés enregistrées.

10- Cette attitude de la Cour de rejet des déclarations sous serment est à mon avis critiquable. Il me semble en effet que la juridiction continentale des droits de l'homme aurait dû, au minimum, discuter la force probante de telles déclarations et s'assurer de leur véracité et non pas les traiter comme si elles n'avaient aucune valeur.

11- Une déclaration sous serment (*affidavit*)<sup>3</sup> est en effet définie comme étant une affirmation une communication ou une proclamation faite par « l'intéressé ou un témoin devant l'autorité interne compétente (huissier, notaire, personne assermentée, etc.) portant sur certains faits ou sur l'authenticité de certains documents sur lesquels s'appuie la demande »<sup>4</sup>. Il ne s'agit certes pas d'une preuve authentique, mais pour la rejeter il faut s'appuyer, soit sur la preuve contraire apportée par l'autre partie au procès, soit sur des éléments qui ressortent du dossier et qui contredisent la véracité de

---

<sup>3</sup> « The "Affidavit" is a statement or declaration, made by an individual, which has been reduced to writing and acknowledged by him before a Notary Public or other public official authorized by the State or federal laws of the United States of America to administer an oath and to take an acknowledgment. An "Affidavit" should show the purpose for which it was made and must state the place where and the public official before whom the acknowledgment was taken ». Italian-United States Conciliation Commission, *Amabile Case*—Decision N°. 11 25 June 1952, *Reports of international arbitral awards*, Volume XIV pp. 115-132/

<sup>4</sup> Jean Salmon (Sous la Direction de). Dictionnaire de droit international public, Bruxelles/Paris, Bruylant/AUF, 2001, p : 47.

la déclaration. Ainsi par exemple : dans l'affaire Amabile objet de la sentence arbitrale du 25 juin 1952, la Commission de conciliation italo-américaine a reconnu l'admissibilité des *affidavit* dans la procédure arbitrale internationale les comme étant une coutume en droit international arbitral (Voir Annexe).

12- Ainsi, la Cour de céans aurait pu se fonder sur la déclaration sous serment pour admettre que les Requérants dirigeaient des sociétés et qu'en conséquence, la période passée en détention a été à l'origine d'un préjudice matériel consistant en la perte de leur projet de vie.

## **II Le rejet des demandes de réparations pour absence de preuves**

13- Sur les réparations matérielles demandées par les requérants au profit des victimes indirectes, la Cour a eu la même attitude de refus au motif que les requérants n'ont pas produit de preuves, et quand cela leur a été demandé ils ont répondu qu'ils étaient l'impossibilité matérielle de les produire en raison des circonstances liées à la pandémie de la Covid 19. Dans ce sens, la Cour note, au paragraphe 36 de l'arrêt :

[q]ue pour réclamer des réparations du préjudice matériel, les victimes indirectes doivent présenter des preuves de filiation avec un requérant et la preuve du préjudice allégué mais aussi un lien de cause à effet entre le préjudice et la violation constatée. Dans la présente affaire, les requérants n'ont déposé aucune preuve de filiation avec les victimes indirectes susmentionnées ni apporté d'autres éléments de preuve, telle que des factures médicales ou des reçus de paiement pour le transport, la nourriture et l'assistance juridique, afin d'étayer les allégations selon lesquelles les victimes indirectes ont effectivement subi un préjudice matériel. Les Requérants n'ont pas non plus démontré l'existence d'un lien de causalité entre les violations des droits de l'homme constatées et le préjudice matériel que les victimes indirectes auraient subi.

14 – S'il est établi en doctrine et en jurisprudence internationale que la réparation du préjudice matériel doit reposer sur des éléments factuels certains, la Cour aurait pu accepter les justifications avancées par les Requérants et considérer que les circonstances liées à la pandémie de la Covid 19, constituent un cas de force majeure et montrer ainsi une certaine compréhension de la situation voire une certaine souplesse à l'égard des Requérants.

15 – Il y a lieu de noter que cette affaire a traîné depuis le prononcé de l'arrêt au fond pendant plus de trois ans. Comme rappelé ci-dessus, la Cour a adressé des lettres de rappel à l'Etat défendeur à trois reprises, mais n'a rien fait de tel à l'égard des Requérants, ce qui constitue un traitement discriminatoire.

16- En tant que juridiction chargée de la protection des droits de l'homme et des peuples sur le continent africain on s'attendait à ce que la Cour demande aux Requérants de produire les preuves relatives aux liens unissant les Requérants aux

victimes indirectes. En ne le faisant pas et en rejetant la demande des Requérants la Cour a failli à sa mission.

17- Les critiques adressées à la Cour concernant les victimes indirectes me semblent valables également concernant le refus de remboursement des frais d'avocats tant en première instance que devant la Haute Cour De Tanzanie. La Cour déclare en effet dans le paragraphe de l'arrêt que :

En l'espèce, la Cour rappelle que dans son arrêt sur le fond, elle a conclu que les Requérants avaient été représentés par des avocats tant en première instance que devant la Haute Cour. La violation du droit à l'assistance judiciaire n'a été constatée qu'en ce qui concerne le défaut de représentation des Requérants devant la Cour d'appel. Toutefois, les Requérants n'ont produit aucune pièce justificative de leurs réclamations, tels que des mandats de représentation en justice, des reçus de paiement d'honoraires ou des virements bancaires, pour étayer leurs demandes.

18 - A mon avis la Cour aura dû faire diligence auprès des Requérants pour réclamer les pièces justificatives de telles dépenses. Ne l'ayant pas fait, et ayant rejeté la demande de remboursement elle a également failli à sa mission de protection des droits de l'homme.

19 - Enfin, la démarche de la Cour a été la même concernant la preuve attestant le lien matrimonial ou de filiation avec les membres des familles des Requérants. Cette attitude est également critiquable pour les mêmes raisons développées ci-dessus. Dans le paragraphe 59 la Cour affirme que :

En l'espèce, les Requérants n'ont fourni à la Cour aucun élément de preuve attestant de leur lien matrimonial ou de filiation avec les individus qu'ils ont nommé identifiés. La Cour souligne, à cet égard, qu'il ne suffit pas d'énumérer les victimes indirectes présumées pour qu'elle accorde des réparations. En outre, les Requérants auraient dû fournir des preuves de leur filiation, notamment des actes de naissance, des actes de mariage ou tout autre document attestant de leur lien de parenté avec les victimes indirectes.

\*\*\*

20- En conclusion, dans sa démarche en matière de réparation des dommages matériels consécutif à une/des violations de droits garantis par la Charte ou tout autre instrument pertinent des droits de l'homme, la Cour devrait accorder plus d'attention à la situation des victimes concernant leurs demandes et surtout concernant le régime des preuves de dommages subis.

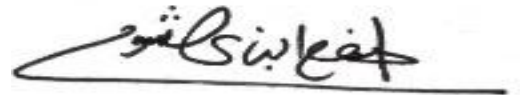
21- Il reste que dans cet arrêt la Cour apporte u bémol à tous les rejets de demandes de réparations mentionnées dans cette opinion. En effet, la Cour a trouvé que les violations

des droits de l'homme constatées dans son arrêt au fond sont si importantes et fondamentales qu'elle a décidé d'ordonner la remise en liberté des Requérants, mesure à mettre au crédit de la CAfDHP qui n'hésite plus à ordonner la libération chaque fois qu'il y a une cascade de violations graves et importantes. Au paragraphe 65, la Cour affirme en effet que :

Il ressort du dossier devant la Cour que les Requérants sont toujours en prison et que, ayant été incarcérés depuis dix-huit (18) ans, ils ont purgé près des deux tiers de leur peine de trente (30) ans de réclusion. Compte tenu de ce fait et des circonstances spécifiques de l'affaire, notamment la nature des violations constatées et le fait que les Requérants sont incarcérés dans un pays étranger, loin de leurs foyers et de leurs familles, la Cour estime qu'il existe des raisons impérieuses d'ordonner à l'État défendeur de les remettre en liberté.

Fait à Tunis, ce dix-huitième jour du mois d'octobre de l'an deux mil vingt-et-un, en anglais et en français, le texte français faisant foi.

Juge Rafaâ Ben Achour

A handwritten signature in Arabic script, written in black ink, positioned below the name of the judge. The signature is fluid and cursive, with a long horizontal stroke at the end.

# ANNEXE

## *Amabile Case*

(Extraits)<sup>5</sup>

The "*Affidavit*" is a statement or declaration, made by an individual, which has been reduced to writing and acknowledged by him before a Notary Public or other public official authorized by the State or federal laws of the United States of America to administer an oath and to take an acknowledgment. An "Affidavit" should show the purpose for which it was made and must state the place where and the public official before whom the acknowledgment was taken. The *Atto di Notorietà* (translated literally as "Act of Notoriety") is a written certification, prepared by a Notary Public or other public official authorized by the laws of the Italian Republic to administer an oath and to execute such a certificate, of the statements or declarations made under oath and in his presence by the four persons named therein. To execute an *Atto di Notorietà*, four persons must appear before the Notary or other public official, assert that they are each qualified to act as a witness, and that they are not otherwise interested in the subject-matter; and thereafter while under oath, separately and in the presence of each other, and before said Notary or other public official, assert that it is public knowledge and notorious, as well as to the personal knowledge of each of them, that certain facts are true, which statements or declarations are then reduced to writing by the public official before whom they were made, and attested to by each of the four witnesses and by the public official. A "Signed Statement", as this term is used in this decision, consists simply of a written instrument which an individual has declared to be his own by affixing his signature thereto in the customary manner. A "Signed Statement" is not made under the legal or moral bonds of an oath administered by any qualified public official. It is pertinent here for the Commission to comment on the many similarities which exist between the form and use of the Affidavit in the legal practice of the United States of America and in the form and use of the *Atto di Notorietà* in the legal practice of Italy. Both an Affidavit and an *Atto di Notorietà* are in the form of an ex parte statement or declaration and, while each is used extensively in the administrative proceedings of the respective countries, neither can be used ordinarily as evidence to establish an allegation of a material fact in a controverted legal proceeding before a domestic court of law either in the United States of America or Italy. ] t is not disputed that a Notary or other public official only verifies as true that which has actually occurred in his presence, and does not verify that the statements made by the dependents under oath in the Affidavit or in the *Atto di Notorietà* are in fact true. Moreover, the opportunity to challenge the statements of the dependents in an Affidavit or in an *Atto di Notorietà* does not exist at the time such statements are made. The Commission has noted particularly that the Federal laws of the United States of America provide for the criminal punishment of every person wilfully and corruptly committing perjury in an Affidavit by taking a false oath before a duly qualified and commissioned Consular Officer of the United States of America (22 U.S.C.A., Sec. 1203) and of every person knowingly and wilfully swearing or affirming falsely in any proceeding pending before an international tribunal or commission established pursuant to any agreement between the United States of America and any foreign government (22 U.S.C.A., sec. 270); similarly, the laws of the Republic of Italy provide for criminal punishment for perjury committed by a private person in a public document, for perjury in a private document, or for the use of a false document (Italian Penal Code, Articles 483, 485 and 489). Obviously, under paragraph 3 of Article 83 of the Treaty of Peace with Italy, *supra*, the Commission is empowered to determine its own procedure and rules of evidence. It

---

<sup>5</sup> *REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS ; RECUEIL DES SENTENCES ARBITRALES* ;; Decision No. 11, 25 June 1952, VOLUME XIV, pp. 124-128.

has not been the purpose of this Commission to promulgate any new principles or rules of evidence nor to derogate from those principles and rules of evidence generally recognized and accepted in international law. The Commission has noted that the arguments of the Agents of the two Governments on the admissibility of certain evidence reflect in a large measure the fundamental differences in the domestic legal systems and customs of the two Countries. It is an essential fact to be remembered, however, that the Conciliation Commission is an international arbitral body, charged with the duty of performing those functions attributed to it by the Treaty of Peace with Italy and the Agreements supplemental thereto and interpretative thereof. Unlike a domestic court of law, the Commission is not obliged to exclude all evidence which does not meet the criterion recognized by the legal system under which a domestic court of law functions; on the contrary, the Commission has been empowered by the Treaty of Peace to employ the widest possible latitude in receiving and evaluating evidence in its search for the truth; and, in adopting such a criterion, the Commission is only conforming to the customary practice followed in international arbitral claims procedures. No reference in the Treaty of Peace with Italy, or in the Agreements supplemental thereto or interpretative thereof, precludes acceptance by this Commission of ex parte testimonial instruments as evidence to document a claim. The Rules of Procedure of the Conciliation Commission not only do not preclude the use of such forms of documentary evidence, but recognize the fact that such documentary evidence will be used. International Claims Commissions have customarily adopted a liberal attitude regarding the form, submission and admissibility of evidence (unless restricted by the arbitral agreements). This Commission knows of no rule of international law which would preclude the claimant's use of Affidavits, Atti di Notorielà, signed statements and similar ex parte testimonial instruments as documentary evidence, under the applicable agreements between the United States of America and Italy; and none has been cited. It is general knowledge that non-sequestered personal property in Italy belonging to many United Nations nationals was lost or damaged as a result of the war. To accept the contention of the Agent of the Italian Republic in this case would be equivalent to denying to numerous nationals of the United States of America who sustained loss of or damage to non-sequestered personal property in Italy their rights under Article 78 of the Treaty of Peace. Therefore, in order to give effect to Article 78 of the Treaty of Peace, and more particularly to paragraph 4 (a) thereof, the Commission concludes that Affidavits, Atti di Notorielà, signed statements and similar ex parte testimonial instruments are forms of evidence which may be submitted to the Conciliation Commission to establish the elements of a claim for loss of or damage to personal property in Italy which was not sequestered by the Italian Government, when other forms of evidence are not available. Prompted by the necessity of considering the best available evidence, other international tribunals and commissions have refused to exclude ex parte testimonial instruments submitted in support of international claims. The admissibility of such evidence is sometimes specifically provided in the Convention establishing the tribunal or in the Rules of Procedure governing the tribunal or commission. (See *Article VI, Agreement of August 10, 1922 between the United States of America and Germany*, pp. 1-2, *First and Second Report of Robert C. Morris, Agent of the United States before the German-United States Mixed Claims Commission, Washington, 1923*; and *Article 27, Rules of Procedure of the ItalianMexican Claims Commission adopted December 8, 1930 under the Convention between Italy and Mexico, signed at Mexico City on January 13, 1927*, p. 516, *A. H. Feller, The Mexican Claims Commission, New York, 1935*.) When the Convention or Rules of Procedure are silent, the international tribunal or commission itself must decide the question of the admissibility of ex parte testimonial instruments when this question is presented to it. The practice of admitting Affidavits as evidence, in the absence of any provision relating thereto in the arbitral Convention or in the Rules of Procedure, is widely recognized by international legal authorities. In the book, *L'Organisation Judiciaire, La Procedure, et La Sentence Internationales*, Paris, 1937, p. 255, the French Jurist, J. G. Witenberg, says: D'origine anglo-saxonne, l'affidavit s'est introduit très tôt dans la procédure arbitrale internationale. Et, malgré les contestations dont il a fait l'objet, son admissibilité a fini par y être définitivement admise. On peut, actuellement, considérer

cette admissibilité comme étant de coutume en droit international arbitral. (Footnotes omitted.) {Translation: "The affidavit, which is of Anglo-Saxon origin, was introduced very early in international arbitral procedure, And, notwithstanding the objections which have been raised against it, its admissibility has finally been completely admitted. This admissibility can now be considered as customary in international arbitral law." (Footnotes omitted.)) Also in the book, Evidence before International Tribunals, Chicago, 1939, p. 180, Mr. Durward V. Sandifer states that: "International" Tribunals have uniformly declined to accept the validity of arguments against the admission of affidavits. It seems doubtful whether a tribunal would today refuse to receive affidavits for appropriate consideration unless bound to do so by a provision in the arbitral agreement. . . . The Commission has observed, supra, the many similarities between the Affidavit and the Atto di Notorietà and has noted that questions regarding the admissibility of such ex parte testimonial instruments which have arisen before other international tribunals or commissions have involved particularly Affidavits. Applying the same criterion which permits the use of Affidavits in international arbitral claims proceedings, the Commission finds that there is no logical basis or legal principle in international law which would preclude the use of an Atto di Notorietà as documentary evidence to establish elements of a claim presented under Article 78 of the Treaty of Peace. Therefore, based upon the Treaty of Peace, and the Agreements supplemental thereto and interpretative thereof, and supported by logic and authority, the Commission accepts in evidence the Affidavits, the Atto di Notorietà and the signed statements of witnesses, all of which were submitted in this case as documentary evidence in support of the claimant's sworn Statement of Claim. The Commission has stated, supra, the reason for its acceptance in evidence of the claimant's letter of September 4, 1951, which was attached to Annex A to the Brief of the Agent of the United States of America. Although the Commission holds that it is entitled to receive in evidence and to consider Affidavits, Atto di Notorietà and signed statements when submitted in evidence, it must be emphasized and made very clear that the Commission has not thereby established the probative value which it will give to such ex parte testimonial instruments. The question of the evidentiary weight which the Commission will give to such documentary evidence is a separate matter which must be determined in the light of all the circumstances surrounding a particular case; this question will be considered later in this Decision. It is the contention of the United States of America that the submission of a claim based only on ex parte testimonial instruments creates certain responsibilities on the Italian Republic under the Agreements between the two Governments. Preliminary to a consideration of any aspect of this subject, it should be observed that, under Article 78 of the Treaty of Peace, there is no presumption in favour of either the claimant or the Government of the Italian Republic. The claimant must submit sufficient documentary evidence in support of his claim to establish the basis of his rights to assert a claim. It is obvious that the nature of the property and the circumstances surrounding the loss or damage will be determinative in most instances of the type and quantity of evidence which the claimant can furnish to document his claim but, even where the nature of the property and the circumstances surrounding a particular claim have placed a severe limitation on the claimant's means of proof, the claimant is not relieved of the obligation to submit the best available evidence in support of his claim and to make a full and complete disclosure of all the pertinent facts ; where this has not been done, the Commission will be justified in drawing reasonable inferences from the non-production of evidence which it would appear could have been furnished by the claimant, or from the lack of a satisfactory explanation of the claimant's failure to provide such evidence.