

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE *AD HOC* SUR

Accord avec le dispositif de l'ordonnance — Précisions sur la position d'un juge ad hoc — Changement du contenu de la demande de la Belgique en indication de mesures conservatoires non analysé — Nécessité de rendre compte aux Parties des arguments qu'elles ont utilisés — Méthode d'examen par la Cour des conditions préalables à l'exercice de son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires — L'article 41 du Statut de la Cour lui confère un pouvoir autonome non soumis à l'établissement préalable du consentement des parties — Substituer à la pratique actuelle de démonstration positive de la compétence et de la recevabilité prima facie une démonstration négative — Se contenter de constater que la Cour n'est pas manifestement incompétente et que la requête n'est pas manifestement irrecevable — Disparition de l'objet du différend.

1. J'ai voté en faveur de la décision de la Cour dans la présente ordonnance, convaincu, comme la quasi-unanimité de ses membres, que les mesures conservatoires demandées par la Belgique pour assurer que M. Habré demeure sous la surveillance et le contrôle des autorités sénégalaises n'étaient pas nécessaires, pour les motifs indiqués dans la motivation de ladite ordonnance. L'objet de cette opinion individuelle est simplement de préciser quelques points qui touchent d'abord à la position particulière d'un juge *ad hoc*, ensuite à la méthode suivie par la Cour pour la préparation de sa décision, et enfin à la subsistance ou non d'un différend entre la Belgique et le Sénégal dans la présente affaire.

LA POSITION DU JUGE *AD HOC*

2. Un juge *ad hoc* est pleinement un juge, et non le représentant ou l'avocat de la partie qui l'a désigné, mais il est un juge occasionnel, non un juge institutionnel. Comme l'a souligné le juge *ad hoc* Lauterpacht dans son opinion individuelle jointe à l'ordonnance du 13 septembre 1993 rendue par la Cour dans l'affaire de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro))* :

« tout en étant tenu par son devoir d'impartialité, le juge *ad hoc* joue un rôle particulier. Selon moi, il est spécialement tenu de veiller à ce que, dans toute la mesure possible, chacun des arguments pertinents de la partie qui l'a désigné ait été pleinement pris en considération au cours de l'examen collégial et soit, en fin de compte, reflété — à défaut d'être accepté — dans sa propre opinion individuelle ou dis-

sidente.» (*Mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 409, par. 6.*)

Je fais mienne cette analyse. J'ajouterai seulement que, à mon sens, ce n'est pas seulement par l'expression d'une opinion séparée, individuelle ou dissidente qu'un juge *ad hoc* peut aboutir à ce que les arguments présentés par la partie qui l'a désigné soient convenablement entendus et pris en considération, car alors ils ne sont reflétés que dans une opinion jointe à la décision, mais qu'il est de son devoir de faire tous ses efforts pour qu'ils figurent au même titre dans la décision elle-même, quand bien même il n'y serait pas fait droit, et que ce n'est que dans la mesure où il n'y est pas parvenu qu'il est conduit à en faire part de façon personnelle. Plus largement, un juge *ad hoc* se place plus spontanément du point de vue des parties, il est à même de mesurer plus complètement l'impact et la perception d'une décision par celles-ci. Ainsi, il contribue à faire en sorte que, conformément à l'ancien adage, la justice ne soit pas simplement juste, mais encore qu'elle le paraisse.

3. Sur ce point, je n'aurai qu'un regret à émettre: que la Cour ait considéré inutile de souligner le changement de contenu de la demande de la Belgique en indication de mesures conservatoires, et d'en noter la portée. En effet, en substituant l'imposition d'un contrôle des «autorités sénégalaises» à celle des «autorités judiciaires sénégalaises», la Belgique a considérablement modifié la signification de sa demande. Vouloir que le Sénégal place M. Habré sous contrôle judiciaire n'était possible, en droit sénégalais, que sur la base d'une incrimination pénale, et cette incrimination aurait conduit à accorder à la Belgique ce qui fait l'objet de l'une des demandes de sa requête principale, à savoir que des poursuites pénales soient diligentées par le Sénégal contre M. Habré. Faire droit à cette demande aurait donc conduit à accorder à la Belgique dans le cadre de mesures conservatoires ce qu'elle demande sur le fond, préjugant ainsi d'une éventuelle future décision sur le fond, alors même que la Cour ne s'est prononcée que *prima facie* sur sa compétence et sur la recevabilité de la requête. Une telle demande excédait donc manifestement la portée que peuvent revêtir des mesures conservatoires, et cette argumentation, développée à l'audience par le Sénégal, semble avoir conduit la Belgique à modifier les termes de sa demande, en ne sollicitant plus qu'un «contrôle des autorités sénégalaises», ce qui s'entend d'un contrôle et d'une surveillance administratifs. On ajoutera que la «convention contre la torture» invoquée par la Belgique comme fondement de sa demande ne prévoit que des «mesures juridiques nécessaires pour assurer [la] présence» de la personne soupçonnée prises par les États parties, «conformes à la législation» desdits États, et non un contrôle judiciaire (art. 6, par. 1). Comme M. Habré est d'ores et déjà soumis à un tel contrôle administratif, la demande finale revenait à demander sa pérennisation, et non plus une mesure judiciaire nouvelle imposée au Sénégal.

4. La Cour s'est bornée à constater implicitement le changement dans les paragraphes introductifs de sa motivation (ordonnance, par. 15 et 34), où elle décrit les positions des Parties, et à n'examiner que la demande finale de la Belgique, faisant totalement silence dans ses analyses propres (ordonnance, par. 56 à 73) sur l'existence et sur l'importance de cette modification. Or, la motivation ne sert pas seulement à reprendre et à organiser les positions antagonistes telles qu'elles s'expriment dans la procédure écrite et orale, mais doit également retracer les étapes du raisonnement de la Cour et rendre compte aux Parties des arguments qu'elles ont utilisés. L'argumentation présentée par le Sénégal sur la demande initiale au cours des audiences — argumentation qui a selon toute vraisemblance conduit la Belgique à la modifier, encore qu'elle n'ait fourni aucune explication à cet égard — est donc apparemment ignorée. On peut le regretter dans la mesure où il est important, pour la perception par les Parties de la justesse des décisions prises par la Cour, qu'elles rendent objectivement raison de l'ensemble de leurs positions et leur assure qu'il en a bien été tenu compte. Cela est d'autant plus important en l'occurrence que les positions des Parties ont évolué au cours des audiences sur d'autres points, et que les autres évolutions se trouvent reflétées dans la décision. Il aurait à mon sens suffi pour aboutir à ce résultat souhaitable que la Cour notât au paragraphe 60 ou au paragraphe 61 que la modification de la demande de la Belgique au cours des audiences conduisait non plus à imposer une nouvelle attitude du Sénégal par rapport à M. Habré, mais simplement à rendre obligatoire en droit international le maintien de son attitude actuelle; qu'il était loisible à la Belgique de modifier les termes de sa demande et que la Cour statuait sur la demande ainsi modifiée. Dans la mesure où elle apprécie sa compétence par rapport au moment du dépôt de la requête et la demande de mesures conservatoires par rapport au moment du délibéré, cette différence aurait gagné à être rappelée.

LA MÉTHODE SUIVIE PAR LA COUR

5. Cela est d'autant plus important que les demandes en indication de mesures conservatoires tendent à se développer, et que, au-delà de leur contenu propre, elles correspondent fréquemment à une stratégie judiciaire qui permet à une partie, dans l'hypothèse où elles sont accordées, de prendre un avantage, au moins psychologique, pour la suite de l'instance. Cette donnée conduit au demeurant la Cour à peser très soigneusement les conditions dans lesquelles elle décide de telles mesures, dont le caractère obligatoire est maintenant pleinement établi (affaire *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 506, par. 109). Un effort de rationalisation par la jurisprudence des mesures conservatoires face aux demandes croissantes auxquelles la Cour est confrontée, effort amorcé depuis plusieurs années et plusieurs décisions, est heureusement accompli et la méthode utilisée dans la présente ordon-

nance en est une illustration. La Cour a particulièrement veillé aux articulations de son raisonnement et choisi avec le plus grand soin et la plus grande attention les termes qu'elle a utilisés pour indiquer le cheminement qu'il convenait de suivre dans l'exercice de son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires, tel qu'il est établi par l'article 41 de son Statut. Elle s'est plus longuement étendue sur les conditions qu'elle estime préalables et indispensables à l'exercice de son pouvoir que sur ce pouvoir lui-même. C'est ainsi que vingt-deux paragraphes sont consacrés à l'examen des conditions et douze paragraphes à la mise en œuvre du pouvoir en la circonstance.

6. Ce faisant, la Cour a marqué son souci de tenir le plus grand compte du consentement des Etats à sa juridiction, en examinant soigneusement sa compétence et la recevabilité de la requête, même *prima facie*. Elle s'y estime d'autant plus tenue que le caractère obligatoire des mesures conservatoires est désormais incontestable, et qu'elle estime devoir s'assurer que l'exercice de son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires repose sur des bases, au départ, plausibles. Il est cependant permis de s'interroger si, sur ce point, la Cour ne fait pas montre d'une prudence excessive et si cette prudence ne risque pas, en réalité, de la conduire à des résultats qui pourraient ultérieurement apparaître fâcheux pour la manière dont ses décisions sont perçues.

7. Avant d'en venir à cette interrogation, une question préalable: un juge *ad hoc* peut-il émettre une opinion sur des points qui débordent le cas particulier soumis à la Cour et touchent à la jurisprudence? Ne devrait-il pas se cantonner à l'affaire pour laquelle il est désigné sans s'aventurer sur des terrains plus vastes? Sans doute, il le peut, dans la mesure où il est un juge, où l'ensemble de l'affaire examinée par la Cour et la méthode suivie par la Cour pour la traiter le concernent à part entière. Il le peut d'autant plus que son devoir est de ne pas être le représentant de la partie qui l'a désigné, mais de s'élever à l'indépendance et à l'objectivité de tout juge, quand bien même, involontairement sans doute, il est subjectivement conduit à être particulièrement sensible à ce que les positions de cette partie soient prises en considération de façon équitable. Il peut même, pour les opinions générales qu'il émet, être plus libre qu'un juge institutionnel, parce que moins lié à la jurisprudence établie et plus libre d'explorer des voies alternatives.

8. Si l'on revient à la prudence peut-être excessive de la Cour quant aux conditions de l'exercice du pouvoir qu'elle tire de l'article 41, on observera que cet article lui confère un véritable pouvoir autonome qui, en tant que tel, n'est pas soumis à l'établissement préalable du consentement des parties à sa juridiction. En d'autres termes, ce pouvoir dérive du Statut et non du consentement des parties. A cet égard, il est comparable à celui que la Cour tire de l'article 36, paragraphe 6, du Statut, et qui est celui de décider sur sa compétence en cas de contestation par l'une des parties: «En cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est compétente, la Cour décide.» Dans le même esprit, ce que demande à la Cour l'article 41, c'est uniquement de s'assurer que les circonstances de l'espèce

exigent l'indication de telles mesures conservatoires du droit de chacune des parties. Elle peut certes faire rentrer dans ces circonstances la plausibilité de sa compétence et de la recevabilité de la requête, mais rien ne l'y oblige formellement.

9. Sans doute il serait inutile et même dangereux pour la Cour d'indiquer de telles mesures alors qu'elle n'a manifestement pas compétence, par exemple parce que n'existe aucune base formelle, déclaration unilatérale d'acceptation de sa juridiction sur la base de l'article 36, paragraphe 2, ou parce qu'une réserve écarte manifestement sa compétence, ou encore en l'absence de toute clause compromissive dans un traité, ou de la non-acceptation d'une telle clause par une partie : alors son incompetence serait manifeste ; de même serait manifeste l'irrecevabilité d'une requête qui se fonderait sur un traité non en vigueur, ou à l'encontre d'un Etat qui n'y est pas partie et n'a pas accepté les obligations qui en découlent. Mais la Cour pourrait se contenter de constater dans les autres hypothèses qu'elle n'est pas manifestement incompétente, parce qu'elle peut se référer à une base formelle, et que la requête n'est pas manifestement irrecevable pour estimer que ces circonstances la mettent en mesure d'exercer son pouvoir autonome, soit à la demande d'une partie, soit de sa propre initiative. Elle concentrerait alors son examen de la nécessité des mesures conservatoires sur le fond même de la demande et sur les circonstances qui peuvent les rendre indispensables, c'est-à-dire l'urgence, la pertinence des droits à sauvegarder et le risque de préjudice irréparable qui résulterait de l'absence desdites mesures.

10. La Cour substituerait ainsi à sa pratique actuelle, qui repose sur une démonstration positive — sa compétence *prima facie* et la recevabilité *prima facie* de la requête —, une démonstration négative, celle qu'elle n'est pas manifestement incompétente et que la requête n'est pas manifestement irrecevable. On n'aperçoit aucun inconvénient à cette simplification si la Cour devait juger que les mesures conservatoires ne sont pas indispensables, si donc elle écartait une demande éventuelle. Mais qu'en est-il au cas où elle déciderait de telles mesures, au risque de ne pas ultérieurement se reconnaître compétente ou d'estimer la requête principale irrecevable ? La situation ne serait pas différente de celle qui prévaut actuellement, puisqu'un examen *prima facie* qui conduit à des conclusions provisoirement positives peut très bien ne pas être ultérieurement confirmé. L'inconvénient serait toutefois moindre, puisque la Cour se serait moins engagée, et ne courrait pas le risque d'être perçue comme ayant pris des positions contradictoires.

11. Sans doute un examen *prima facie* ne préjuge pas de la suite, et la Cour le rappelle régulièrement — ainsi, au paragraphe 74 de la présente ordonnance. Mais, d'une part, il n'est pas aisé, et à plus forte mesure il devient difficilement compréhensible pour des non-spécialistes, de distinguer entre ce qui relève de l'examen *prima facie* et ce qui relève d'un examen approfondi. La frontière peut être perçue comme tenue, mobile, circonstancielle, ce qui comporte un double risque : créer en réalité une

présomption de compétence ou de recevabilité si celles-ci sont reconnues *prima facie*; susciter un sentiment de contradiction de jurisprudence si, après les avoir reconnues *prima facie*, la Cour les écarte en définitive. *Mutatis mutandis*, on risquerait de retrouver la situation, à tous égards fâcheuse, qui fut celle de la Cour après l'arrêt dans l'affaire du *Sud-Ouest africain* en 1966 ((*Ethiopie c. Afrique du Sud*; *Libéria c. Afrique du Sud*), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966, p. 292).

12. Se limiter à une simple analyse sommaire, n'écartant la possibilité de mesures conservatoires que si elle s'estimait manifestement incompétente ou si la requête était manifestement irrecevable, permettrait d'autre part à la Cour de se pencher plus longuement et plus attentivement sur l'ensemble des circonstances, de droit et de fait, qui pourraient rendre indispensables ces mesures, répondant pleinement aux prescriptions de l'article 41, au lieu de constituer un premier examen de la compétence et de la recevabilité, dont on sait où il commence mais moins bien où il doit s'arrêter. A la limite, on peut supposer que l'examen de l'incompétence et de l'irrecevabilité manifestes ne serait pas nécessairement très différent de la pratique actuelle. Mais, en prenant une position négative au lieu d'une affirmation provisoire, la Cour écarterait toute contradiction de jugement, voire de revirement de position. Elle agirait en outre de façon plus fidèle aux prescriptions de l'article 41 de son Statut, voire de son Règlement, qui ne mentionne pas davantage les questions de compétence et de recevabilité à propos des mesures conservatoires (articles 73-78 du Règlement). Sa jurisprudence devrait pour cela évoluer — mais le droit des mesures conservatoires a déjà connu de notables évolutions dans un contexte où le rôle des juridictions internationales tend à s'affirmer.

LA DISPARITION DE L'OBJET DU DIFFÉREND

13. Sans maintenant examiner au fond la question de savoir si un différend entre la Belgique et le Sénégal existait au moment du dépôt de la requête, on peut s'interroger sur son maintien au moment de la décision relative à l'ordonnance. Il convient ici de s'intéresser à la notion même de différend justiciable, qu'il est de la mission de la Cour, suivant les termes de l'article 38, paragraphe 1, de son Statut, «de régler conformément au droit international» — c'est-à-dire que la Cour doit se préoccuper du différend concret dont elle est saisie et non dire le droit de façon abstraite et générale, ce dont en toute hypothèse l'autorité relative de chose jugée de ses décisions limiterait la portée. En l'occurrence, la Belgique, tout en soutenant que le Sénégal avait violé la convention contre la torture en ne déclenchant pas des poursuites contre M. Habré à défaut de l'extrader, voire en différant à l'excès ces poursuites, ne demande pas dans sa requête que la Cour constate cette violation alléguée. Ses demandes ont

un caractère déclaratoire et portent sur la reconnaissance par la Cour de l'obligation pour le Sénégal de poursuivre pénalement M. Habré et, à défaut, de l'extrader. Or il est clair que, à supposer que des doutes aient pu exister à ce sujet lors du dépôt de la requête, le débat judiciaire a fait apparaître à mon sens qu'il n'existait pas, ou plus, de différend entre les Parties sur ces points.

14. C'est de façon inappropriée, selon moi, que le paragraphe 48 de l'ordonnance relève :

«que les Parties semblent néanmoins continuer de s'opposer sur d'autres questions d'interprétation ou d'application de la convention contre la torture, telles que celle du délai dans lequel les obligations prévues à l'article 7 doivent être remplies ou celle des circonstances (difficultés financières, juridiques ou autres) qui seraient pertinentes pour apprécier s'il y a eu ou non manquement auxdites obligations; que les vues des Parties, par ailleurs, continuent apparemment de diverger sur la façon dont le Sénégal devrait s'acquitter de ses obligations».

Il s'agit en effet de divergences qui ne font pas l'objet de la demande présentée par la Belgique, mais ne sont que des motifs à l'appui de sa requête. Sans doute peut-on considérer, sur la base de la canonique décision *Mavrommatis*, qu'«[u]n différend est un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes» (*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2*, p. 11). Toutefois, une analyse plus approfondie de la jurisprudence conduit utilement à resserrer la notion de différend, tout au moins sous l'angle judiciaire. Ainsi que l'écrit le professeur Jean Combacau en résumant cette analyse,

«le désaccord, l'opposition ... ne sont constitutifs d'un différend que s'ils se manifestent à l'occasion d'une réclamation adressée par un Etat à un autre et à laquelle celui-ci refuse de faire droit; le contentieux international n'inclut ni les disputes abstraites ... ni même des différences d'appréciation sur la conduite à tenir dans une espèce déterminée: son concept implique l'expression de prétentions, et pas seulement de thèses, contradictoires; et le différend n'apparaît que là où un Etat réclame d'un autre un certain comportement et se heurte au refus de celui-ci» (Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, 8^e éd., 2008, p. 556).

En ce sens, «[i]l faut démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre» (affaire du *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud)*, *exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962*, p. 328).

15. On ne voit dès lors plus en quoi consiste le différend entre la Belgique et le Sénégal. Les deux Etats conviennent que la «convention sur la torture» impose aux Etats qui y sont parties d'établir leur compétence

pénale et de poursuivre les personnes accusées des incriminations qu'elle prévoit, et à défaut de les extradier. Le Sénégal se déclare résolu à exercer ces poursuites comme le réclame la Belgique, qui ne se réfère dans sa requête à aucun délai particulier mais plutôt à une décision de principe. Les mesures prises par le Sénégal pour adapter sa Constitution et sa législation afin d'établir sa compétence pour conduire un tel procès sont concrètes, ont été prises dans un délai raisonnable et manifestent la réalité de son intention; les appuis qu'il a recherchés et continue de rechercher pour permettre la tenue du procès sont patents. Dans ces conditions, et sans qu'il soit souhaitable pour la présente opinion individuelle d'aller plus loin pour ne pas empiéter sur des questions de fond qui pourraient faire l'objet d'étapes ultérieures de la procédure devant la Cour, il apparaît que le différend, à supposer qu'il ait existé, n'existe plus au moment où la présente ordonnance est rendue, puisque la Belgique a obtenu satisfaction sur ses demandes du fait des déclarations réitérées du Sénégal de procéder dès que possible au jugement de M. Habré pour l'ensemble des crimes qui lui sont imputés. A mon sens, la Cour aurait dû le reconnaître et en tirer les conséquences, en déclarant, comme dans les affaires des *Essais nucléaires* ((*Australie c. France*) (*Nouvelle-Zélande c. France*), arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 272), que, la demande étant désormais sans objet, il n'y avait plus rien à juger.

(Signé) Serge SUR.
