

## DÉCLARATION DE M<sup>me</sup> LA JUGE DONOGHUE

[Traduction]

*D'accord avec la Cour pour considérer que l'article 7, paragraphe 1, énonce une obligation d'engager des poursuites et non une obligation d'extrader — Extradition libérant un Etat partie de l'obligation d'engager des poursuites — Nul besoin pour la Cour de décider si la qualité pour agir de la Belgique relève de l'article 5, paragraphe 1, les obligations découlant de l'article 6, paragraphe 2 et de l'article 7, paragraphe 1, étant erga omnes partes — Fait que les conclusions relatives aux obligations de fond découlant de la convention sont formulées à propos de la question de la recevabilité plutôt que par rapport au fond n'allant pas de soi — Portée temporelle de l'obligation d'engager des poursuites n'étant pas étendue à des infractions qui auraient été commises avant l'entrée en vigueur de la convention — Sénégal n'étant pas empêché d'exercer une action pénale à l'encontre d'infractions préalables — Analyse de la Cour n'étant pas limitée par les positions des Parties.*

1. J'adhère à l'arrêt rendu par la Cour ce jour et formule la présente déclaration afin de préciser davantage le sens et l'effet de l'article 6, paragraphe 2, et de l'article 7, paragraphe 1, de la convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 (ci-après dénommée la « convention »), qui joue un rôle si important dans le raisonnement de la Cour.

2. Pris conjointement, les articles 4 à 7 de la convention représentent un puissant moyen d'action contre l'impunité. Les articles 4 et 5 énoncent les conditions devant être satisfaites pour que les Etats parties engagent des poursuites contre les auteurs présumés en les obligeant à faire de la torture une infraction au regard de leur droit pénal et à établir leur compétence à l'égard des actes de torture dans des contextes précis. Aux fins de la présente affaire, il est particulièrement important que les dispositions de l'article 5, paragraphe 2, obligent un Etat partie à établir sa compétence à l'égard d'un auteur présumé découvert sur son territoire, même si les actes de torture allégués se sont produits en dehors de ce territoire et si ni l'auteur présumé ni les victimes ne sont ses ressortissants. Mais les Etats parties ne sont pas seulement tenus de créer les conditions qui leur permettront d'engager des poursuites à l'encontre des auteurs présumés d'actes de torture. Conformément aux articles 6 et 7, ils sont aussi tenus de prendre une série de mesures précises et interdépendantes s'ils trouvent un auteur présumé sur leur territoire, notamment le mettre en détention, procéder immédiatement à une enquête et engager des poursuites s'ils n'extradent pas l'intéressé. La question de savoir si le Sénégal a satisfait à ces obligations, en particulier celles énoncées à l'article 6, paragraphe 2, et à l'article 7, paragraphe 1, est au cœur de la présente affaire.

3. Les obligations incombant à l'Etat sur le territoire duquel un auteur présumé est découvert — en particulier l'obligation énoncée à l'article 7, paragraphe 1 — sont souvent résumées par la formule «extrader ou poursuivre» ou «*aut dedere aut judicare*». Cette formule est trompeuse car elle laisse entendre une obligation d'extrader. Je pense, comme la Cour, que cette interprétation de l'article 7, paragraphe 1, n'est pas la bonne et que l'obligation qui y est énoncée est celle de poursuivre.

4. Aux termes de l'article 7, paragraphe 1 :

«L'Etat partie sur le territoire sous la juridiction duquel l'auteur présumé d'une infraction visée à l'article 4 est découvert, s'il n'extrade pas ce dernier, soumet l'affaire, dans les cas visés à l'article 5, à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale.»

Il ressort clairement du seul texte que l'exercice de l'action pénale et l'extradition ne sont pas sur le même plan. En vertu de cette disposition, un Etat partie est tenu de «soumettre l'affaire ... à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale». L'extradition libère l'Etat partie de cette obligation. L'option de l'extradition au lieu de l'exercice de l'action pénale est un élément important des dispositions de lutte contre l'impunité énoncées dans la convention ; dans bien des cas, l'extradition pourrait être le moyen le plus efficace de traduire un auteur présumé en justice. Elle n'est cependant rendue obligatoire ni par cette disposition, ni par toute autre disposition de la convention.

5. En l'espèce, les Parties ont accordé une attention considérable aux demandes d'extradition de la Belgique et au fait que, à ce jour, le Sénégal n'a pas extradé M. Habré. Il convient toutefois de souligner que la Cour ne parvient à aucune conclusion relativement à ces demandes.

6. L'obligation contenue à l'article 7, paragraphe 1, étant de soumettre l'affaire aux autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, il importe d'examiner ce qui l'entraîne. Aux termes de l'article 7, paragraphe 1, l'Etat sur le territoire sous la juridiction duquel l'auteur présumé est découvert, «s'il n'extrade pas ce dernier», soumet l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale. Cela signifie-t-il que cette obligation est subordonnée à l'existence d'une demande d'extradition? Je le répète, le fait que les Parties ont accordé beaucoup d'attention aux demandes d'extradition de la Belgique pourrait donner à penser que l'obligation du Sénégal d'engager des poursuites à l'encontre de M. Habré résulte de ce que ce dernier n'a pas été extradé, mais, comme la Cour, ce n'est pas la conclusion à laquelle je parviens. Bien au contraire, j'adhère à la conclusion de la Cour selon laquelle l'obligation d'engager des poursuites est indépendante d'une demande d'extradition.

7. Les obligations contenues dans les articles 6 et 7, qui sont étroitement liées, découlent de la présence de l'auteur présumé sur le territoire de l'Etat partie. En vertu de l'article 6, lorsqu'un Etat partie découvre un auteur présumé sur son territoire, il est tenu de le placer en détention, de procéder immédiatement à une enquête préliminaire pour établir les faits

et d'aviser les autres Etats parties auxquelles les dispositions de la convention donneraient le droit d'exercer leur compétence. Il y a lieu de noter que l'obligation de placer l'auteur présumé en détention ne vaut que « pendant le délai nécessaire à l'*engagement* de poursuites pénales ou d'une procédure d'extradition » (art. 6, par. 1 ; les italiques sont de moi). Il est donc clair que les obligations énoncées à l'article 6 existent avant le début de toute procédure d'extradition. Si l'article 7 prévoyait l'exercice de l'action pénale après la demande d'extradition, la mise en détention de l'intéressé et la conduite d'une enquête préliminaire en l'absence d'une telle demande seraient vides de sens.

8. La conclusion de la Cour selon laquelle les obligations découlant des articles 6 et 7 sont indépendantes d'une demande d'extradition joue un rôle important dans l'analyse que celle-ci fait de la qualité pour agir de la Belgique. Les obligations du Sénégal au titre des articles 6 et 7 résultent non pas des demandes d'extradition de la Belgique, mais de la présence au Sénégal d'un individu présumé responsable d'actes de torture. La Cour n'a donc nul besoin de décider si la qualité pour agir de la Belgique relève de l'article 5, paragraphe 1, de la convention (qui prévoit qu'un Etat peut établir sa compétence « quand la victime est un ressortissant dudit Etat »). C'est la raison pour laquelle, en examinant la question de la qualité pour agir, la Cour n'a pas à se préoccuper du fait que, dans la procédure sous-tendant les demandes d'extradition de la Belgique, aucun des plaignants ne possédait la nationalité belge au moment de la commission des infractions présumées.

9. La Cour formule un certain nombre d'observations importantes en parvenant à la conclusion que la Belgique a qualité pour invoquer la responsabilité du Sénégal. Après avoir établi que l'obligation de poursuivre résulte de la présence de l'auteur présumé (et ne dépend donc pas d'une demande d'extradition), la Cour se penche sur la question de savoir envers qui cette obligation existe. Comme elle, je pense que le Sénégal a l'obligation envers tous les Etats parties de conduire une enquête préliminaire et d'engager des poursuites pénales contre M. Habré. Il est important, là aussi, d'avoir à l'esprit l'ensemble des obligations énoncées dans les articles 4 à 7 de la convention.

10. Les articles 4 et 5 imposent incontestablement aux Etats parties le devoir de mettre en place la législation nécessaire. Ce devoir doit correspondre à un droit de la part de certains ou de tous les autres Etats parties, ce qui est inhérent aux relations conventionnelles. Le respect par un Etat partie de ce devoir de légiférer ayant des conséquences pour tous les autres Etats parties, on voit mal pourquoi il serait tenu de s'en acquitter envers certains seulement. En outre, en vertu de l'article 6, un Etat partie a le devoir de placer la personne présumée responsable d'actes de torture en détention et de procéder immédiatement à une enquête préliminaire dans tous les cas où cette personne se trouve sur son territoire, quel que soit le lieu où l'infraction aurait été commise, ou la nationalité de la victime ou de l'auteur présumé. Je le répète, une violation de ces obligations a des conséquences pour tous les Etats parties. Pour chacune de ces dis-

positions, on peut donc dire que l'Etat sur le territoire duquel l'auteur de l'infraction est découvert a des devoirs qui correspondent à des droits de tous les autres Etats parties.

11. Si l'on considère le texte de l'article 7, paragraphe 1, indépendamment des obligations énoncées aux articles 4, 5 et 6, il serait possible de faire valoir que l'obligation contenue à l'article 7, paragraphe 1, est due non pas à tous les Etats parties mais seulement à certains d'entre eux. En particulier, l'article 7, paragraphe 1, stipule que des poursuites doivent être engagées «dans les cas visés à l'article 5». On pourrait en déduire que l'obligation d'engager des poursuites n'est due qu'aux Etats visés par l'article 5: l'Etat sur le territoire duquel l'infraction aurait été commise; l'Etat dont l'auteur présumé est ressortissant et l'Etat dont la victime est ressortissante (si cet Etat exerce sa compétence sur la base de la nationalité d'une victime). Cette approche plus restrictive réduirait considérablement l'efficacité des obligations connexes énoncées aux articles 4 à 7 de la convention. Il en résulterait, par exemple, que l'Etat où se trouve l'auteur présumé n'a d'obligations envers aucun autre Etat dans le cas où les actes de torture présumés se sont produits sur son territoire et où la victime et l'auteur présumé sont ses ressortissants. L'Etat sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé serait libre de lui accorder l'impunité. Le problème serait le même si l'auteur présumé s'enfuyait dans un autre Etat. L'Etat sur le territoire duquel l'infraction aurait été commise (qui, dans cet exemple, est aussi celui dont l'auteur présumé et la victime sont ressortissants) pourrait décider de ne pas invoquer la responsabilité de l'Etat sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé. Si ce dernier n'a pas d'obligation envers un autre Etat partie, l'auteur présumé bénéficiera précisément du type de refuge que la convention vise à supprimer. Ces situations sont hypothétiques, mais elles ne sont pas irréalistes. Elles montrent que les obligations en cause pourraient être entièrement vides de sens si elles ne sont pas *erga omnes partes*.

12. Pour ces raisons, je considère que les obligations imposées par l'article 6, paragraphe 2 et l'article 7, paragraphe 1, de la convention sont des obligations *erga omnes partes*, ce qui n'est peut-être pas le cas de toutes les dispositions de cet instrument. De plus, une disposition «extrader ou poursuivre» dans un autre instrument créerait une obligation envers un Etat particulier si, en fait, celui-ci demandait l'extradition.

13. Ayant établi que les obligations énoncées à l'article 6, paragraphe 2, et à l'article 7, paragraphe 1, sont dues à tous les Etats parties, la Cour conclut que la Belgique a qualité pour invoquer la responsabilité du Sénégal pour ce qui est de la violation alléguée de ses obligations. La Cour intègre en une même étape son interprétation des règles primaires énoncées dans la convention, leur caractère *erga omnes* et les règles secondaires de la responsabilité des Etats (à savoir que la Belgique peut invoquer la responsabilité du Sénégal). A tous égards, l'analyse de la Cour est centrée sur le droit matériel.

14. Ces questions de droit matériel pourraient fort bien avoir été examinées dans le cadre de l'analyse au fond. Dans l'arrêt, toutefois, la Cour

leur donne pour cadre la question de la qualité pour agir qu'elle traite ensuite comme un aspect de la recevabilité. Comme elle l'a indiqué précédemment,

«normalement, une exception à la recevabilité consiste à affirmer que, quand bien même la Cour serait compétente et les faits exposés par l'Etat demandeur seraient tenus pour exacts, il n'en existe pas moins des raisons pour lesquelles il n'y a pas lieu pour la Cour de statuer au fond» (*Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 177, par. 29).

On peut citer, entre autres, la constatation «qu'il n'a pas été satisfait aux règles régissant la nationalité des réclamations, que les voies de recours internes n'ont pas été épuisées, que les parties sont convenues de recourir à un autre mode de règlement pacifique des différends, ou que la demande est sans objet» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 456, par. 120).

15. Il ne va pas de soi que le contenu de certaines obligations imposées par la convention ou la question de savoir à quels Etats parties ces obligations sont dues entrent dans cette catégorie d'obstacles à l'exercice de la compétence de la Cour. La décision de la Cour d'examiner ces questions au titre de la recevabilité n'a pas d'effet pratique dans la présente affaire, dans laquelle compétence, recevabilité et fond ont été examinés au même stade de la procédure. Il sera peut-être nécessaire d'analyser plus avant et de mieux cerner la question à l'avenir en cas de requête fondée sur des obligations *erga omnes partes*.

16. Pour ce qui est de la question de la qualité pour agir, j'ai également réfléchi au fait que la clause compromissive de la convention permet aux Etats de se soustraire à la compétence de la Cour (voir art. 30, par. 2.). Il a été observé que la souplesse de ce mécanisme de règlement des différends affaiblit la conclusion selon laquelle les obligations d'un Etat de procéder immédiatement à une enquête préliminaire et d'engager des poursuites pénales sont des obligations *erga omnes partes*. Ce raisonnement vaudrait pour bien des instruments relatifs aux droits de l'homme qui autorisent une certaine souplesse dans les mécanismes de règlement des différends. Je ne suis pas convaincue que ce type de dispositions nuisent au caractère *erga omnes partes* d'obligations particulières.

17. Lorsque la Cour a conclu que le caractère *erga omnes* d'une norme ne pouvait pas en lui-même être la base de sa compétence, elle a fait observer que «l'opposabilité *erga omnes* d'une norme et la règle du consentement à la juridiction [étaient] deux choses différentes» (*Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 102, par. 29; voir aussi *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 32, par. 64). Le caractère *erga omnes partes* des dispositions de la convention contre la torture définit les devoirs de tous les

Etats parties, en tant que question de droit matériel. Tous les Etats parties ont une obligation de s'acquitter de ces devoirs de bonne foi, indépendamment du mécanisme de règlement des différends associé à l'instrument en question. Je ne vois donc pas comment la souplesse des mécanismes de règlement des différends pourrait altérer quant au fond les obligations conventionnelles d'un Etat. Il s'agit, là encore, de «deux choses différentes». Que la Cour ait choisi d'analyser les droits substantiels de la Belgique comme une question de recevabilité ne modifie pas cette conclusion.

18. Je voudrais formuler une dernière observation en ce qui concerne l'interprétation de l'article 7 paragraphe 1, relatif à la portée temporelle de l'obligation d'engager des poursuites. Je pense, comme la Cour, que l'obligation du Sénégal de soumettre l'affaire de M. Habré à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale ne s'étend pas aux infractions qui se seraient produites avant l'entrée en vigueur de la convention. Comme la Cour le fait observer, les conventions ne sont pas interprétées comme liant les parties pour des faits commis préalablement à leur entrée en vigueur à moins qu'une intention différente ne soit établie. Cette présomption revêt une importance particulière dans le cas des dispositions conventionnelles qui imposent des obligations dans le domaine du droit pénal. L'obligation de poursuivre ne peut être interprétée comme s'appliquant à des actes qui auraient été commis avant l'entrée en vigueur de la convention que si celle-ci exige aussi de l'Etat partie qu'il érige la torture en infraction pénale rétroactivement (art. 4) et qu'il établisse sa compétence rétroactivement (art. 5). Rien dans la convention ni, à ma connaissance, dans les travaux préparatoires n'indique pareille intention.

19. Il existe cependant une distinction importante entre la conclusion selon laquelle le Sénégal n'est pas tenu par la convention d'engager des poursuites pour des infractions qui auraient été commises avant l'entrée en vigueur de celle-ci et la question de savoir s'il a latitude pour le faire. Comme la Cour le relève, rien dans la convention n'empêche le Sénégal d'engager des poursuites pour des infractions commises avant l'entrée en vigueur de la convention. Si l'on se réfère à d'autres instruments, l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 énonce une interdiction générale des lois pénales rétroactives, qui existe également dans bien des systèmes juridiques nationaux. Le pacte prévoit cependant des exceptions dans le cas d'infractions qui avaient été précédemment qualifiées de crimes. Un Etat pourrait donc décider de poursuivre un auteur présumé pour des actes de torture commis avant l'entrée en vigueur d'une loi donnée parce qu'il considère que le comportement en cause était passible de sanctions pénales même avant l'adoption de cette loi. Mais la perspective de la licéité d'une telle application rétroactive de la loi ne signifie pas que la convention *oblige* un Etat partie à mettre en œuvre des lois pénales rétroactives. Comme la Cour, je pense que la convention ne peut être interprétée comme imposant *sub silentio* une obligation d'adopter des lois pénales rétroactives.

20. Je relève aussi que la conclusion de la Cour concernant la portée temporelle de l'article 7, paragraphe 1, ne libère pas le Sénégal de l'obli-

gation de poursuivre M. Habré, car certaines des allégations dont ce dernier fait l'objet portent sur nombre d'infractions graves qui auraient été commises après le 26 juin 1987, comme le font clairement apparaître les plaintes déposées devant des juridictions sénégalaises et belges.

21. Le dispositif de l'arrêt rendu ce jour ne lie que les Parties. Néanmoins, l'interprétation que la Cour donne d'un instrument multilatéral (ou de droit international coutumier) peut avoir des incidences pour d'autres Etats. La portée considérable des questions juridiques posées par cette affaire ressort du nombre de questions posées par les membres de la Cour pendant la procédure orale. Aussi celle-ci serait-elle mal avisée de se limiter aux conclusions juridiques formulées par les deux Etats qui se trouvaient être parties à l'affaire. Dans l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))* (arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (I), p. 99), par exemple, deux Etats d'une même région ayant une tradition juridique commune se sont entendus sur bien des aspects du droit régissant l'immunité d'un Etat étranger. Mais, parce que ses conclusions avaient des incidences pour d'autres Etats, la Cour a procédé à sa propre analyse du droit international coutumier. En interprétant la convention contre la torture, la Cour, cette fois aussi, a eu la sagesse de ne pas se limiter aux positions avancées par les Parties.

(Signé) Joan E. DONOGHUE.

---