

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

La décision repose sur une logique d'avis consultatif plus que de règlement d'un différend — Compétence de la Cour — Objet et date critique du différend insuffisamment précisés par la Cour ; doutes sur la mise en œuvre effective de la condition préalable d'impossibilité d'organisation d'un arbitrage ; refus infondé de la Cour d'examiner le différend relatif à des règles coutumières — Recevabilité de la requête de la Belgique — Non-pertinence de la compétence pénale passive de la Belgique : la Cour aurait dû se prononcer sur ce point ; inexistence d'une obligation erga omnes partes pouvant fonder la recevabilité de la requête de la Belgique ; irrecevabilité de ladite requête — Fond — Manquement du Sénégal à l'article 6, paragraphe 2, de la convention contre la torture ; extinction du différend relatif à l'article 5 de la convention ; absence de manquement du Sénégal à l'article 7, paragraphe 1 ; obligation permanente du Sénégal de saisir ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale ; absence de droit de la Belgique d'obtenir du Sénégal l'extradition sur la base de la convention : silence du dispositif sur ce point regrettable.

1. A mon grand regret, je n'ai pu approuver plusieurs éléments du dispositif de l'arrêt et des points fondamentaux de sa motivation. Je joins donc à la décision de la Cour dans la présente affaire une opinion dissidente.

2. L'esprit général de cette opinion repose sur une interrogation relative à la manière dont la Cour a conçu sa mission, qui est de régler un différend juridique entre Etats conformément au droit international. Je me demande si elle n'a pas plutôt entrepris de répondre à une demande d'avis consultatif sur la nature et l'autorité de la convention contre la torture en elle-même, et non d'examiner de façon égale et équilibrée les positions et comportements des Parties.

3. Sans doute, à l'inverse, certains avis ne sont pas éloignés du règlement indirect d'un contentieux inavoué ou implicite, et la mission consultative comme la mission contentieuse relèvent toutes deux de la mission judiciaire de la Cour. Il n'en demeure pas moins que le règlement judiciaire n'est qu'un substitut du règlement diplomatique, et qu'à mon sens il doit apporter une réponse complète, équilibrée et précise à l'ensemble des arguments et demandes des parties. Ceci d'autant plus que la compétence de la Cour est facultative, et que les parties doivent être convaincues qu'elles ont bien été entendues et prises en considération.

4. Dans la présente affaire, j'ai le sentiment que la Cour est allée au plus pressé et que, dès lors qu'une majorité était constituée sur la solution retenue, la motivation était de moindre importance — sauf pour affirmer quelques principes relatifs à la convention contre la torture, principes dont l'interprétation par la Cour me semble aussi hâtive que manquant de bases juridiques. Elle semble s'être attribué une mission de dire le droit,

DISSENTING OPINION OF JUDGE *AD HOC* SUR

[*Translation*]

The decision relies on the reasoning of an advisory opinion rather than that of the settlement of a dispute — Jurisdiction of the Court — Subject-matter and critical date of the dispute are not sufficiently determined by the Court; doubts as to the satisfaction of the precondition that it has proved impossible to organize arbitration; unfounded refusal of the Court to examine the dispute relating to customary rules — Admissibility of Belgium's Application — Irrelevance of Belgium's passive criminal jurisdiction: the Court should have ruled on that point; absence of an obligation erga omnes partes on which Belgium's Application could be founded; inadmissibility of the said Application — Merits — Senegal's breach of Article 6, paragraph 2, of the Convention against Torture; disappearance of the dispute relating to Article 5 of the Convention; no breach of Article 7, paragraph 1, by Senegal; Senegal has a permanent obligation to refer the case to its competent authorities for the purpose of prosecution; Belgium is not entitled to obtain extradition from Senegal on the basis of the Convention: regrettable silence of the operative clause on this point.

1. Much to my regret, I could not endorse several parts of the Judgment's operative clause and some fundamental points of its reasoning. I am therefore appending a dissenting opinion to the Judgment of the Court in the present case.

2. The general purpose of this opinion is to raise a question mark over the way in which the Court has conceived of its task, which is to settle a legal dispute between States in accordance with international law. I wonder if the Court has not in fact set about responding to a request for an advisory opinion on the nature and authority of the Convention against Torture, rather than examining in a fair and balanced way the arguments and conduct of the Parties.

3. On the other hand, of course, some opinions are not unlike indirect settlements of unspoken or implicit disputes, and the Court's advisory role is as much a part of its judicial mission as its role in contentious cases. However, the fact remains that a judicial settlement is only a substitute for a diplomatic one, and in my view it must offer a full, balanced and clear response to all of the parties' arguments and claims. This is especially important given the non-compulsory nature of the Court's jurisdiction and the need for the parties to trust that their views have been heard and taken into consideration.

4. In this case, it is my impression that the Court had to work as quickly as possible and that, so long as a majority was achieved in respect of the solution adopted, the reasoning was of lesser importance, except in order to confirm certain principles — the Court's interpretation of which seems to be as hurried as it is lacking in legal basis — relating to the Convention against Torture. The Court appears to have given itself the task

voire de faire le droit de façon abstraite et générale, avec le souci de se placer en autorité privilégiée au cœur du système juridique international. Un exemple en est fourni avec la mention du *jus cogens* dans la motivation, mention parfaitement superfétatoire, qui n'apporte rien à la solution du différend, comme on le verra. Cet *obiter dictum* a pour but de saluer une notion contestée, au contenu toujours incertain, et de lui apporter un soutien judiciaire. Le différend est ainsi utilisé à d'autres fins, comme pierre d'attente en attendant d'autres développements qui lui seront extérieurs.

5. Cette observation générale peut être démultipliée sur trois plans : la compétence de la Cour, la recevabilité de la requête de la Belgique, qui est à mon sens au cœur du différend, enfin le fond de l'affaire.

I. COMPÉTENCE DE LA COUR

6. Le Sénégal n'a pas soulevé d'exceptions préliminaires, de sorte que les questions liées à la compétence ont été tranchées en même temps que le fond. La Belgique s'est fondée à la fois sur l'article 30 de la convention contre la torture, qui est une clause de règlement arbitral ou judiciaire, et sur la convergence des déclarations unilatérales des deux Parties acceptant la compétence facultative de la Cour. A mes yeux, trois questions n'ont été ni examinées ni réglées de façon satisfaisante par l'arrêt. La première a trait à l'objet du différend et à sa date critique ; la deuxième, à la condition préalable d'impossibilité de recourir à l'arbitrage, prévue par l'article 30 de la convention ; la troisième, à la compétence de la Cour relativement aux règles coutumières invoquées par la Belgique.

Objet et date critique du différend

7. La Cour n'a pas en réalité pris position sur ces points, de telle sorte que ceux-ci restent en partie flottants. Objet et date critique sont liés, dans la mesure où le différend résulte d'une réclamation adressée par une Partie à l'autre Partie, à laquelle celle-ci refuse de faire droit. Ces réclamations peuvent évoluer, de sorte que le différend ainsi constitué peut être évolutif, en partie réglé, en partie maintenu, voire en partie modifié sur certains points. Il convient donc que la Cour fixe, en même temps que son objet, la date critique du différend, ou qu'elle indique la pluralité des dates critiques qui pourraient jaloner les étapes d'un différend évolutif.

8. Quel est donc l'objet du différend ? Porte-t-il sur l'interprétation de la convention contre la torture, comme le pose la Belgique et comme l'exclut le Sénégal ? La Belgique considère que la convention impose au Sénégal l'obligation d'établir sa compétence pénale pour juger les personnes soupçonnées d'infractions à la convention qui se trouvent sur son territoire, de procéder à une enquête immédiate sur les faits invoqués et de saisir ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, ou à

of stating the law, if not making the law in an abstract and general way, in order to ensure its prime position at the heart of the international legal system. By way of example, let us take the reference to *jus cogens* which appears in the reasoning, a reference which is entirely superfluous and does not contribute to the settlement of the dispute, as will be seen. The purpose of this *obiter dictum* is to acknowledge and give legal weight to a disputed notion, whose substance has yet to be established. Thus, the dispute is used for other ends, namely as a starting-point for further developments outside of its scope.

5. These general observations can be divided into three parts: the jurisdiction of the Court, the admissibility of Belgium's Application, which, in my view, is at the heart of the dispute, and finally the merits of the case.

I. JURISDICTION OF THE COURT

6. Senegal did not raise preliminary objections, and so the questions relating to jurisdiction were ruled on at the same time as the merits. Belgium relied on both Article 30 of the Convention against Torture — an arbitral and judicial settlement clause — and the joint effect of the unilateral declarations of acceptance by the two Parties of the optional jurisdiction of the Court. In my view, there are three questions which were neither examined nor resolved satisfactorily by the Judgment. The first relates to the subject-matter of the dispute and its critical date; the second to the precondition that the recourse to arbitration provided for in Article 30 of the Convention has proved impossible; and the third to the Court's jurisdiction in relation to the customary rules invoked by Belgium.

Subject-Matter and Critical Date of the Dispute

7. In fact, the Court has not adopted a position on these points and thus some aspects remain up in the air. Subject-matter and critical date are linked to the extent that the dispute derives from a request made by one party to the other, to which the latter refuses to accede. These requests may evolve, in such a way that the resulting dispute may also change: parts of it may be resolved and parts may persist; certain aspects may even be altered in some measure. That is why it is necessary for the Court to fix the critical date of the dispute at the same time as its subject-matter, or to indicate all of the critical dates which may exist across the various stages of a dispute which is still evolving.

8. So, what is the subject-matter of the dispute? Does it concern the interpretation of the Convention against Torture, as claimed by Belgium and rejected by Senegal? Belgium contends that the Convention obliges Senegal to establish its criminal jurisdiction so that it may try persons suspected of violating the Convention who are present in its territory; to immediately make an inquiry into the facts invoked; and to submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution, if it does

défaut de les extradier. La Belgique considère que le Sénégal a manqué à ces quatre obligations, en ne modifiant pas en temps utile sa législation pénale interne, en ne procédant pas à l'enquête préliminaire prescrite, en ne saisissant pas ses autorités compétentes et à défaut en n'extradant pas Hissène Habré, les demandes successives présentées en ce sens ayant toutes été rejetées par les juridictions sénégalaises saisies. La Belgique considère surtout qu'elle a le droit d'en réclamer l'exécution au Sénégal et d'engager sa responsabilité s'il y manque.

9. En dehors de ce droit propre qu'allègue la Belgique, le Sénégal ne conteste aucune de ces obligations de principe. Il se déclare de façon constante résolu à organiser le procès de Hissène Habré, il conseille à la Belgique de renouveler sa demande d'extradition pour la rendre conforme au droit sénégalais, il observe que ses règles internes, constitutionnelles et législatives, ont été modifiées pour permettre la tenue d'un procès au Sénégal. Il considère que les démarches accomplies auprès d'instances africaines régionales pour obtenir une assistance à l'organisation d'un procès ne constituent pas une renonciation de sa part à exercer des poursuites, d'autant moins que la Belgique elle-même a soutenu ces efforts par la promesse d'une assistance financière.

10. *A priori* donc, le différend ne porte pas sur l'interprétation de la convention, dans la mesure où, à tort ou à raison, les deux Etats semblent s'accorder sur le contenu même des obligations qu'elle comporte — poursuivre ou extradier. Mais est-ce bien le cas, alors que la convention demande simplement la saisine des autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale et qu'il n'est pas établi, comme la Cour le constate avec raison, que poursuivre ou extradier constituent une alternative et doivent être placés sur le même plan ? Si toutefois l'on retient cette interprétation qui semble commune aux deux Parties, il n'existe pas de différend entre elles, mais bien plutôt un différend sur un retard allégué dans leur mise en œuvre et dans leur application par le Sénégal. C'est là une question de fond, et en partie une question d'appréciation des faits et comportements pertinents sur lesquels je reviendrai ultérieurement. Telle n'est pas la position de la Cour, qui retient sa propre définition du différend, même si elle ne la formule pas de façon synthétique, et si elle en analyse les composantes sans l'avoir clairement identifié au départ, avec sa ou ses dates critiques successives.

11. A ce sujet, il me faut constater que les circonstances ont évolué entre 2009, date à laquelle a été examinée la demande de mesures conservatoires de la Belgique, et 2012, date de l'arrêt. En 2009, j'ai estimé que le différend n'avait plus d'objet dès lors que le Sénégal avait confirmé son engagement d'organiser un procès, d'exercer ainsi sa compétence pénale conformément à la convention, que ce soit en saisissant ses juridictions internes ou en concourant à l'établissement d'un tribunal *ad hoc*. Trois ans plus tard, les efforts entrepris n'ont pas abouti. Il est donc légitime de s'interroger sur les raisons qui peuvent justifier ce retard. Dans ces conditions, j'estime qu'il existe donc bien un différend. Toutefois, si l'on en

not extradite the individual concerned. Belgium considers that Senegal has breached these four obligations by failing to amend in a timely manner its domestic criminal legislation ; by failing to make the necessary preliminary inquiry ; by failing to submit the case to its competent authorities ; and by failing to extradite Hissène Habré — the successive requests made to this end all having been rejected by the Senegalese courts to which they were referred. In particular, Belgium claims that it has a right to demand that Senegal perform these obligations and to invoke the latter's responsibility if it fails to do so.

9. Beyond that direct right which is claimed by Belgium, Senegal does not dispute any of these obligations in principle. It has continually stated that it is committed to organizing the trial of Hissène Habré ; it advises Belgium to re-issue its extradition request so that it complies with Senegalese law ; and it points out that its domestic rules, both constitutional and legislative, have been modified to allow for a trial to be held in Senegal. It considers that the approaches it has made to the regional African authorities so as to receive help with the organization of a trial do not constitute an abandonment of its efforts to institute proceedings, especially given the fact that Belgium has itself supported these efforts with the promise of financial assistance.

10. *A priori*, therefore, the dispute does not concern the interpretation of the Convention since, rightly or wrongly, both States appear to agree on the content of the obligations contained therein — to prosecute or extradite. But are they correct, when the Convention simply requires that the case be submitted to the competent authorities for the purpose of prosecution and when, as the Court correctly points out, it is not established that prosecution and extradition are alternatives, or that the two should be given equal weight? If we accept this interpretation, however, which both Parties seem to share, there is no dispute between them, but there is one over an alleged delay by Senegal in the implementation and performance of these obligations. This is a question on the merits and, to some extent, involves an assessment of the relevant facts and conduct, to which I shall return later. Such is not the view taken by the Court, which adopts its own definition of the dispute, although it fails to set out exactly what that definition is and proceeds to examine aspects of the dispute without first having clearly identified it, together with its critical date or successive critical dates.

11. On this subject, I must point out that the circumstances changed between 2009, when Belgium's request for the indication of provisional measures was examined, and 2012, the year of the Judgment. In 2009, I believed that the dispute no longer had any object, since Senegal had confirmed that it was committed to organizing a trial and to exercising its criminal jurisdiction in accordance with the Convention, either by submitting the case to its domestic courts or by working towards the creation of an *ad hoc* tribunal. Three years later, those efforts have been unsuccessful. It is legitimate, therefore, to question the reasons for this delay. In the light of this, it is my view that a dispute does exist. However, keeping to

reste à la position commune des Parties, il me semble *a priori* porter davantage sur le retard dans l'application par le Sénégal de la convention contre la torture que sur son interprétation.

12. Telle n'est pas la position de la Cour, qui retient bien un différend relatif à l'interprétation de la convention, mais en un sens qui lui est propre. Elle ne pose pas une définition générale du différend, mais suit plutôt une démarche analytique. Celle-ci la conduit par exemple à constater que la composante du différend relative à l'absence d'établissement de la compétence pénale du Sénégal à l'égard de personnes soupçonnées présentes sur son territoire a pris fin en 2007, date de l'adoption des mesures en cause. Elle écarte implicitement une autre composante, celle des difficultés financières mentionnées par le Sénégal, dans la mesure où il ne les a jamais invoquées comme une justification propre à écarter un manquement à ses obligations. Mais la Cour substitue aux positions apparemment convergentes des Parties sa propre interprétation de la convention contre la torture, sur deux points au moins : d'abord sur le caractère *erga omnes partes* des obligations posées dans la convention ; ensuite sur la différence de nature entre obligation de saisine des autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale d'un côté et obligation d'extrader de l'autre. Ce faisant, elle sort de la logique des Parties pour développer sa propre interprétation. Elle s'appuie donc bien sur une divergence d'interprétation, mais cette divergence l'oppose plutôt aux Parties qu'elle ne divise les Parties elles-mêmes.

13. La Cour est parfaitement fondée à le faire, puisqu'il lui revient d'établir l'objet du différend. Pour autant, l'interprétation de la convention comme établissant une obligation *erga omnes partes* de saisir les autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale est loin de me convaincre. Elle m'apparaît davantage soit comme un artifice pour établir la recevabilité d'une requête belge plus que douteuse, soit comme un moyen de parvenir à une autre fin que le règlement du différend : donner à la convention contre la torture un caractère général de norme *erga omnes*. Les deux peuvent même s'épauler, être à la fois l'outil et le but d'une sorte de sacralisation de la convention. C'est en ce sens notamment qu'il me semble que la logique de la Cour est davantage celle d'un avis consultatif, à portée abstraite et générale, que celle du règlement d'un différend singulier et limité entre Etats. Dans ce cadre, il devient secondaire de définir précisément ce différend et sa ou ses dates critiques. Je reviendrai sur ce point à propos du fond, puisque la ou les dates critiques conditionnent l'appréciation du retard dans l'application par le Sénégal de la convention.

Arbitrage

14. La Cour n'a pas retenu l'argument du Sénégal suivant lequel une condition préalable à sa compétence, l'impossibilité d'organiser un arbitrage entre les Parties, était remplie en l'occurrence. Elle se contente d'ob-

the Parties' common position, that dispute seems to concern, *a priori*, the application of the Convention against Torture and Senegal's delay in this respect, rather than its interpretation.

12. Such is not the view of the Court, which finds that there is a dispute — of which it has its own reading — relating to the interpretation of the Convention. Rather than defining the dispute in general terms, the Court considers it in parts. This leads it to find, for example, that the part of the dispute relating to Senegal's failure to establish its criminal jurisdiction in respect of suspects present in its territory ended in 2007, on the date of the adoption of the measures concerned. It implicitly dismisses another part of the dispute — that relating to the financial difficulties mentioned by Senegal — since Senegal has never invoked these as justification for a breach of its obligations. However, the Court substitutes the Parties' apparently convergent positions with its own interpretation of the Convention against Torture in respect of at least two points: first with regard to the *erga omnes partes* character of the obligations laid down in the Convention, and then to the difference in nature between the obligation to submit the case to the competent authorities for the purpose of prosecution and the obligation to extradite. In so doing, it departs from the Parties' reasoning in order to develop its own interpretation. Thus, although the Court relies on a difference of interpretation, it is in fact its interpretation which differs from that of the Parties, rather than the Parties' interpretations which differ from each other.

13. The Court is perfectly founded in so doing, since it falls to it to determine the subject-matter of the dispute. Nevertheless, I am far from convinced by the interpretation that the Convention establishes an *erga omnes partes* obligation to submit the case to the competent authorities for the purpose of prosecution. What is more, it seems to me that this interpretation is either a deliberate tactic to establish the admissibility of a questionable Belgian Application, or a means of achieving an end other than the settlement of the dispute, namely, to give the Convention against Torture the status of an *erga omnes* norm. The two things may even go hand-in-hand: one being the object of a sort of sacralization of the Convention, the other being the means by which to achieve it. It is in this respect in particular that the Court's reasoning seems to me to be more like that of an advisory opinion, abstract and general in its application, than that of the settlement of an individual dispute limited to specific States. In that context, establishing the exact nature of the dispute and its critical date or dates becomes of secondary importance. I shall return to this point in connection with the merits, since the critical date or dates determine how Senegal's delay in the implementation of the Convention is assessed.

Arbitration

14. The Court did not uphold Senegal's argument that one of the conditions of its jurisdiction, namely, that it has proved impossible to organize arbitration between the Parties, has not been met in this instance. It

server que la Belgique a indiqué au Sénégal qu'elle souhaitait y recourir et que cette demande est restée sans suite, le Sénégal se bornant à en prendre acte. Il est vrai que ce rejet de l'argument du Sénégal est conforme à la jurisprudence antérieure, et que la Cour n'est pas formaliste sur ce point. On peut le regretter, car un formalisme minimal permettrait de lever toute équivoque en la matière. Lorsqu'elle expose la démarche de la Belgique au sujet de l'arbitrage, la Cour lui attribue une continuité, une cohérence et une clarté que les documents fournis à la Cour sont loin de confirmer. Tout au contraire, ils laissent le sentiment d'un embrouillamini, volontaire ou involontaire, qui ne permet pas de dégager de façon incontestable la position des Parties à ce sujet, et surtout la continuité de la position de la Belgique.

15. Dans ses communications avec le Sénégal, la Belgique a toujours poursuivi de front trois types de démarches : la négociation, autre préalable à la saisine de la Cour, et dont il n'est pas contestable qu'elle a eu lieu en fait, sans perspective d'aboutissement ; l'entraide judiciaire, prévue à l'article 9 de la convention contre la torture, qui est de nature différente ; la demande d'arbitrage, qui n'a été suivie d'aucune précision complémentaire, telle que l'indication de l'objet du différend à soumettre au tribunal arbitral, des propositions relatives à sa composition, les règles de fond à examiner. Or la demande d'arbitrage a été parfois accompagnée, souvent suivie et comme recouverte par d'autres démarches de la Belgique qui relevaient de la poursuite de la négociation ou de propositions d'assistance judiciaire, de sorte que le Sénégal pouvait s'interroger de bonne foi sur le point de savoir si la demande d'arbitrage était maintenue ou supplantée par un retour à la coopération judiciaire ou par la négociation, c'est-à-dire par un autre mode de règlement, voire de prévention, du différend allégué. Le Sénégal a quant à lui pris acte de la demande d'arbitrage, mais celle-ci n'a été suivie d'aucune proposition concrète de la Belgique relative aux conditions pratiques de l'organisation de l'arbitrage. La convention distingue pourtant ces deux phases.

16. Si, en définitive, j'adhère à la solution retenue par la Cour lorsqu'elle pose que, l'arbitrage n'ayant pu être organisé, cette condition préalable à sa compétence est remplie, je regrette néanmoins qu'elle n'ait pas saisi l'occasion de préciser la condition en cause. La Cour aurait pu indiquer que, pour prévenir toute confusion en la matière, une demande d'arbitrage devait être présentée de façon autonome, distincte et séparée à l'autre partie, à l'exclusion de toute autre communication étrangère à la demande, et qu'elle devait comporter clairement l'indication du différend en cause ainsi que les modalités essentielles d'organisation dudit arbitrage. Alors le refus de la partie sollicitée, ou son silence pendant une période déterminée, ou l'échec d'une négociation sur l'organisation de l'arbitrage seraient sans ambiguïté. Cela ne me semble pas le cas en l'occurrence, surtout dès lors que les objets du différend — extradition, retard à adopter les mesures internes pour permettre l'exercice de la compétence pénale du Sénégal, retard à saisir les autorités pour déclen-

simply observes that Belgium made known to Senegal that it wished to have recourse to arbitration and that this request went unanswered, Senegal merely taking note of it. It is true that this rejection of Senegal's argument is in keeping with earlier jurisprudence and that the Court is not formalistic on this point. Regrettably so, perhaps, since a minimal amount of formalism would avoid any ambiguity in the matter. When the Court sets out Belgium's approaches on the subject of arbitration, it attributes to them a continuity, coherence and clarity that is far from evident in the documents furnished to the Court. On the contrary, these are somewhat confusing, intentionally or otherwise, making it impossible clearly to discern the Parties' positions in this respect and the continuity of Belgium's position in particular.

15. In its communications with Senegal, Belgium has always pursued three approaches in parallel: negotiations — another precondition to the seisin of the Court —, and there is no question that these have taken place, with no prospect of success; judicial co-operation, as provided for in Article 9 of the Convention against Torture, which is of a different nature; and the request for arbitration, which was not followed by any additional details, such as an indication of the subject-matter of the dispute to be submitted to the arbitral tribunal, proposals relating to the composition of that tribunal or the substantive rules to be examined. The request for arbitration was, however, sometimes accompanied, often followed, and as such obscured, by other approaches from Belgium concerning the continuation of negotiations or proposals of judicial co-operation, in such a way that Senegal might question in good faith whether the request for arbitration was still valid, or whether it had been superseded by proposals of a return to judicial co-operation or negotiations, that is to say, by another means of settling, or even preventing, the alleged dispute. For its part, Senegal took note of the request for arbitration, but this request was not followed by any concrete proposals from Belgium regarding the practical details of its organization. The Convention, however, makes a clear distinction between these two stages.

16. Although, in fact, I subscribe to the Court's finding that, since arbitration could not be organized, this precondition of its jurisdiction has been met, I am nevertheless disappointed that the Court did not take this opportunity to clarify the condition in question. The Court could have stated that, in order to avoid any confusion in the matter, a request for arbitration should be put to the other party in an autonomous, distinct and separate way, with no other communication extraneous to the request, and should clearly set out the dispute in question and the essential organizational arrangements of the said arbitration. There would therefore be no ambiguity about a refusal by the party approached or its silence over a given period, or about the failure of negotiations concerning the organization of the arbitration. In my view, this is not true of the present proceedings, especially since the subjects of the dispute — extradition, delay in adopting the domestic measures to enable Senegal to exercise its criminal jurisdiction, delay in referring the case to the competent

cher des poursuites — sont demeurés indéterminés jusqu'au dépôt de la requête devant la Cour.

Règles coutumières

17. La Cour a considéré qu'elle n'était pas compétente pour se prononcer sur les violations par le Sénégal d'autres règles de droit international alléguées par la Belgique, spécialement d'une règle éventuelle de droit coutumier comportant l'obligation de poursuivre ou d'extrader, qui a donné son intitulé au présent arrêt. Cette compétence était fondée sur une autre base, les déclarations convergentes de la Belgique et du Sénégal d'acceptation de la compétence de la CIJ. Selon moi, la Cour n'a en aucune façon justifié son refus. Il ne me semble donc pas fondé en droit et ne pas faire justice à la demande de la Belgique à ce sujet. Le Sénégal méritait au demeurant lui aussi d'être éclairé sur ce point.

18. Je regrette de constater que cette déclaration d'incompétence semble résulter d'un double souci. D'une part, éviter de s'engager dans une longue discussion qui aurait pu retarder l'examen de l'affaire, simplifier ainsi le différend en le limitant à la convention contre la torture. D'autre part, éviter d'avoir à constater que la règle coutumière invoquée par la Belgique n'existait pas, afin de ne pas entraver sa consécration coutumière ultérieure éventuelle, laisser donc planer le doute sur ce point en attendant d'autres développements. En dépit du silence de la Cour, peut-être même à cause de ce silence, il semble clair qu'une obligation coutumière de poursuivre ou d'extrader, voire simplement de poursuivre, ne peut être établie en droit positif. Il convenait de le déterminer pour répondre à la demande de la Belgique. La Cour aurait à mon sens dû se déclarer compétente sur ce point et l'examiner au fond. J'estime qu'elle n'a pas pleinement exercé à cet égard sa mission de règlement du différend. J'ai donc voté contre cet élément du dispositif.

II. RECEVABILITÉ DE LA REQUÊTE DE LA BELGIQUE

19. Là est à mes yeux le point central de l'affaire, et là réside l'aspect de la décision de la Cour dont je me sens le plus éloigné. La Belgique est-elle fondée à demander au Sénégal l'exécution des obligations qu'elle invoque de la convention? Quel droit peut-elle faire valoir? Est-elle un Etat lésé par un manquement éventuel, de sorte qu'elle puisse demander la constatation du manquement allégué et sa réparation? Elle fait valoir à ce titre deux types d'arguments. Sa compétence pénale passive d'un côté, des ressortissants belges ayant déposé plainte contre Hissène Habré en Belgique, ce qui a justifié une demande d'extradition de sa part. C'est même son argument principal. Sa situation de partie à la convention d'autre part, qui justifierait en soi la demande d'exercice de poursuites par le Sénégal, et à défaut l'extradition vers la Belgique, en tant qu'Etat non

authorities for the institution of proceedings — remained undetermined until the filing of the Application with the Court.

Customary Rules

17. The Court found that it did not have jurisdiction to rule on Belgium's allegations that Senegal had breached other rules of international law, in particular a possible customary rule containing the obligation to prosecute or extradite, which has given its title to the present Judgment. It had jurisdiction on another basis: the convergent declarations of Belgium and Senegal recognizing the jurisdiction of the ICJ. In my view, the Court has completely failed to justify its refusal. It seems to me, therefore, that this refusal is unfounded in law and that proper consideration has not been given to Belgium's claim in this respect. Senegal also deserved clarification on this point.

18. I am sorry to note that this declaration of lack of jurisdiction appears to be the result of a twofold concern. On the one hand, to avoid being drawn into a lengthy discussion which might delay the deliberation in the case, and thus to simplify the dispute by confining it to the Convention against Torture; on the other, to avoid having to find that the customary rule invoked by Belgium did not exist, so as not to hinder its possible subsequent establishment in customary law, and thus to maintain the uncertainty surrounding this point, pending further developments. Despite the Court's silence — perhaps even on account of it — it seems clear that the existence of a customary obligation to prosecute or extradite, or even simply to prosecute, cannot be established in positive law. It was necessary to determine that in order to respond to Belgium's claim. To my mind, the Court should have declared that it had jurisdiction over this issue and considered it on the merits. In this respect, I believe that it has failed fully to carry out its task of settling the dispute. For that reason, I voted against this part of the operative clause.

II. ADMISSIBILITY OF BELGIUM'S APPLICATION

19. This, to my mind, is the central point of the case, and the aspect of the Court's decision with which I find it hardest to agree. Is Belgium entitled to request that Senegal perform obligations which the former claims are incumbent upon it under the Convention? What right can it assert? Is it a State injured by a possible breach, meaning that it may seek the finding of the alleged breach and reparation for it? Belgium puts forward two arguments to this effect. On the one hand, it argues that it has passive criminal jurisdiction, since Belgian nationals have filed complaints against Hissène Habré in Belgium, which justifies its extradition request. This is in fact its principal argument. On the other hand, it contends that its status as a party to the Convention is, in itself, grounds for requesting as a non-injured State that Senegal should initiate pro-

lésé. Cette deuxième approche s'est renforcée au cours de la procédure devant la Cour, elle a même tendu *in fine* à se substituer à la première, ce qui témoigne au demeurant du fait que la Belgique avait été conduite à mesurer sa faiblesse.

20. Dans le présent arrêt, la Cour a écarté l'examen de la compétence pénale passive de la Belgique, qui a pourtant fondé tout son comportement au cours du différend et même constitué un argument essentiel de sa requête. La Cour recourt à une économie de moyens que l'on peut regretter, parce qu'elle ne répond pas à l'ensemble des arguments des Parties, positifs ou négatifs. Elle évite aussi de constater que ce fondement, la compétence pénale passive de la Belgique, ne peut être invoqué en l'occurrence. La Cour ne retient qu'une autre base de recevabilité, l'existence d'une obligation *erga omnes partes*, qui n'a été invoquée que tardivement, dont le fondement est pour le moins incertain et qu'à mon sens elle ne justifie nullement.

Non-pertinence de la compétence pénale passive de la Belgique

21. La Belgique a d'abord fondé sa demande d'extradition ainsi que son droit de demander que l'affaire soit soumise aux autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale au Sénégal sur sa compétence pénale passive, en raison de la nationalité belge de victimes alléguées. Mais les nationaux belges en cause n'avaient acquis cette nationalité que de longues années après les faits, de sorte que l'opposabilité de cette naturalisation au Sénégal faisait difficulté. En effet, le Sénégal ne reconnaît sa compétence passive qu'à l'égard de victimes qui possédaient sa nationalité au moment des faits. Or l'établissement de la compétence pénale des parties requise par la convention contre la torture est en effet facultative pour ce qui est de leur compétence pénale passive, de sorte que les autres parties ne sont pas tenues de la reconnaître, surtout dès lors que leur propre droit pénal ne la prévoit pas. La demande d'extradition devenait dès lors irrecevable, de même que le droit de la Belgique de demander au Sénégal d'exercer lui-même sa compétence pénale, puisqu'elle n'avait plus de droit propre à invoquer en tant qu'Etat lésé.

22. L'invocation par la Belgique de sa compétence pénale passive n'était pas seulement théorique. Elle correspond à son comportement constant tout au long de l'affaire. Ce n'est en effet qu'après avoir enregistré et traité les plaintes en Belgique des victimes alléguées, cinq ans après le dépôt des plaintes, que la Belgique transmet une demande d'extradition au Sénégal. C'est alors qu'elle estime avoir un droit propre à faire valoir pour obtenir l'extradition ou pour que des poursuites soient engagées au Sénégal. Le fondement en est les plaintes déposées en Belgique. Ce comportement démontre à lui seul que la Belgique n'a pas alors envisagé de se fonder sur un autre argument que cette compétence pénale passive. Elle semblait à l'origine du différend, elle en était la base dans la requête initiale de la Belgique, si même elle n'était pas à l'origine de la ratification

ceedings and, if it fails to do so, should extradite Mr. Habré to Belgium. It was this second argument that was pushed to the fore during the proceedings before the Court and which, in the end, appeared to take precedence over the first, thereby demonstrating that Belgium had been forced to take account of the weakness of that first argument.

20. In the present Judgment, the Court decided not to examine Belgium's passive criminal jurisdiction, despite the fact that this served as the basis of the latter's conduct throughout the dispute, and was indeed a fundamental argument in its Application. The Court resorts to an economy of means, regrettable in that it fails to address all of the Parties' arguments, whether positive or negative. The Court also avoids noting that this basis, i.e., the passive criminal jurisdiction of Belgium, cannot be relied upon in this case. The Court simply upholds another basis of admissibility: the existence of an obligation *erga omnes partes*, which was invoked only belatedly, whose foundation is doubtful to say the least and which, in my view, the Court fails to justify in any way.

Irrelevance of Belgium's Passive Criminal Jurisdiction

21. Belgium initially founded its extradition request, and its right to request that the case be submitted to the competent authorities for the purpose of prosecution in Senegal, on its passive criminal jurisdiction, on account of the Belgian nationality of some of the alleged victims. However, the Belgian nationals in question had only acquired that nationality several years after the facts, and thus relying on this naturalization vis-à-vis Senegal raised difficulties, since Senegal only recognizes Belgium's passive jurisdiction in respect of victims who possessed Belgian nationality at the time of the facts. Under the Convention against Torture, the parties are not obliged to establish their passive criminal jurisdiction, meaning that the other parties are not obliged to recognize it, in particular when their own criminal law makes no provision for it. Accordingly, Belgium's request for extradition became inadmissible, as did its right to request that Senegal exercise its criminal jurisdiction, since it no longer had a direct right to invoke as an injured State.

22. Belgium's reliance on its passive criminal jurisdiction was not simply theoretical. It can be seen in its unwavering conduct throughout the case. Indeed, it was only after having registered and addressed in Belgium the complaints of the alleged victims, five years after the filing of those complaints, that Belgium transmitted an extradition request to Senegal. That is when it considered that it had a direct right entitling it to seek extradition or the institution of proceedings in Senegal. The basis for that entitlement is the complaints filed in Belgium. This conduct alone demonstrates that Belgium did not, therefore, envisage relying on any basis other than this passive criminal jurisdiction. It was this which it cited at the outset of the dispute and which was the basis of its initial Application, even if it was not the reason behind its belated ratification of

tardive de la convention contre la torture par la Belgique. Naturalisation, ratification, dépôt de plaintes en Belgique se sont en effet enchaînés en quelques mois avec une rapidité, presque une simultanéité propices.

23. Si la demande adressée par la Belgique en 2005 avait été fondée sur un droit ou sur un intérêt spécial qu'elle tirait de la convention au seul titre d'Etat partie, sur la base d'une obligation *erga omnes partes* supposée, c'est dès qu'elle y est devenue partie, en 1999, qu'elle aurait dû la formuler. Elle aurait dû réclamer dès ce moment l'engagement de poursuites au Sénégal, poursuites qui lui auraient été dues en dehors de toute plainte et simplement en sa qualité de partie à la convention contre la torture. Surtout, dès lors que la Belgique considère que la violation alléguée remonte à 2000, c'est-à-dire lors de l'échec au Sénégal de plaintes contre Hissène Habré, c'est dès ce moment qu'elle aurait dû soulever la question. Elle aurait même été fondée à le faire, je le rappelle, dès qu'elle est devenue partie à la convention, puisque la présence de Hissène Habré sur le territoire du Sénégal était de notoriété publique, ainsi que les soupçons dont il faisait l'objet.

24. L'abstention de la Belgique à ce stade démontre qu'elle n'a pas alors retenu cette interprétation de la convention. Si en effet une plainte d'un particulier non suivie d'engagement de poursuites pénales est nécessaire à l'existence d'un différend interétatique et à la réclamation de l'exécution de la convention, cela revient à privatiser une obligation *erga omnes partes* qui doit peser, si elle existe, directement et exclusivement sur les Etats parties. En revanche, si le titre invoqué est la compétence pénale passive, il est justifié que des plaintes soient nécessaires pour qu'une demande d'extradition soit articulée. En d'autres termes, une compétence *erga omnes partes* s'exerce immédiatement et n'est pas conditionnée par des plaintes individuelles. En revanche, le titre de compétence pénale spécifique invoqué par une partie à l'encontre d'une autre partie suppose que les victimes ou leurs ayants droit en aient déclenché l'exercice et que l'Etat qui dispose de ce titre le revendique auprès de l'Etat sollicité. Je reviendrai sur ce point, négligé par la Cour, en examinant l'existence ou non dans la convention contre la torture d'une obligation *erga omnes partes* de soumettre une affaire aux autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, à défaut d'extrader.

25. Ainsi, tout le comportement de la Belgique jusqu'à la procédure orale incluse a été fondé sur l'invocation de sa compétence pénale passive. Elle a par exemple à ce titre demandé à plusieurs reprises, et tout récemment encore, l'extradition de Hissène Habré, toujours sur la base des plaintes de victimes alléguées. La Cour n'est certes pas liée par cette argumentation. Dans la détermination et l'interprétation des règles qu'elle applique, elle peut invoquer d'autres éléments et fonder sa conviction sur ses propres conceptions. C'est en réponse à une question posée par un juge que la Belgique a mis l'accent à titre principal sur la situation particulière de la Belgique en tant qu'Etat non lésé, qui fonde la décision positive de la Cour sur la recevabilité de la requête. Encore faut-il que la Cour explique et justifie juridiquement sa position. Selon moi, elle se borne à

the Convention against Torture. Naturalization, ratification, the filing of complaints in Belgium: they all followed on from one another within the space of a few months with propitious speed, indeed almost simultaneously.

23. Although Belgium founded the request it made in 2005 on a right or special interest which it claimed to enjoy under the Convention by sole virtue of its capacity as a State party, on the basis of an alleged obligation *erga omnes partes*, it should have made that request as soon as it became a party to the Convention, in 1999. It should have called at that time for the opening of proceedings in Senegal, proceedings which would have been owed to it irrespective of any complaints and simply in its capacity as a party to the Convention against Torture. Above all, since Belgium considers that the alleged breach dates back to 2000, that is to say, to the point when complaints against Hissène Habré failed in Senegal, it should have raised the matter then. It would even have been justified in so doing, I would reiterate, as soon as it became a party to the Convention, since the presence of Hissène Habré in Senegalese territory was common knowledge, as were the allegations against him.

24. Belgium's lack of action at that stage demonstrates that it did not hold this interpretation of the Convention at the time. If a complaint by an individual which has not resulted in proceedings being brought is necessary for an inter-State dispute to exist and for implementation of the Convention to be required, that amounts to "privatizing" an *erga omnes partes* obligation which, if it exists, must be borne directly and exclusively by the States parties. On the other hand, if the title invoked is passive criminal jurisdiction, there is justification for complaints being a pre-requisite for extradition requests. In other words, *erga omnes partes* jurisdiction takes effect immediately and is not dependent on individual complaints, whereas a title of specific criminal jurisdiction invoked by one party against another supposes that the exercise of such jurisdiction was initiated by victims or their dependants and that the State having that title claims it in respect of the State addressed. I shall return to this point, overlooked by the Court, when examining whether or not there is an *erga omnes partes* obligation in the Convention against Torture to submit a case to the competent authorities for the purpose of prosecution, failing extradition.

25. Thus, Belgium's entire conduct up to and including the oral proceedings was founded on its passive criminal jurisdiction. For example, it is on this ground that it requested on several occasions, including quite recently, the extradition of Hissène Habré, each time on the basis of complaints of alleged victims. The Court, of course, is not bound by this reasoning. In determining and interpreting the rules that it applies, it may invoke other elements and base its finding on its own considerations. It was in response to a question put by one of the judges that Belgium focused on its particular position as a non-injured State, which is the basis for the Court's positive ruling on the admissibility of the Application. The Court should explain and justify its position legally. In my view, it merely asserts that there is an *erga omnes partes* obligation incumbent

l'affirmation prétorienne d'une obligation *erga omnes partes* pesant sur le Sénégal, obligation *erga omnes partes* dont l'analyse montre la faiblesse, sinon l'absence de bases juridiques dans la convention elle-même.

Inexistence de l'obligation erga omnes partes invoquée

26. L'obligation pour les parties, dès lors que l'auteur présumé d'une infraction définie sur la base de la convention est découvert sur un territoire sous leur juridiction, de saisir leurs autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale aux fins de poursuite est une obligation de procédure mais non de fond, puisqu'en définitive les poursuites peuvent ne pas avoir lieu pour des raisons qui ne nous intéressent pas ici. La Cour estime que cette obligation vaut *erga omnes partes*, de sorte que toutes les parties sont fondées à en réclamer l'exécution indépendamment de tout lien particulier avec des victimes alléguées. Elle affirme ainsi de façon générale et indifférenciée trois principes, ou trois présupposés, dont aucun n'est véritablement démontré, qui même semblent contredits par l'analyse de la convention.

27. Les trois présupposés en cause sont les suivants. Premièrement, il existe certains traités établissant des obligations *erga omnes partes*. Deuxièmement, c'est le cas pour la convention contre la torture, parce qu'elle rentre dans une catégorie particulière de traités, catégorie au passage ignorée par la convention de Vienne sur le droit des traités qui codifie le droit coutumier en la matière. Troisièmement que les obligations de la convention rentrent toutes dans cette catégorie, et spécialement l'obligation de saisir les autorités compétentes pour le déclenchement de poursuites pénales. Je mentionne rapidement la première affirmation parce que, à supposer qu'elle soit exacte en droit positif, il n'en résulte nullement que la convention contre la torture réponde aux conditions posées, et surtout la convention dans son intégralité.

28. a) Sur ce premier point, la Cour invoque le *dictum* de l'affaire de la *Barcelona Traction (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970)* relatif aux obligations *erga omnes*. Il n'est guère pertinent en l'espèce, puisque ce qui est en cause, ce sont des obligations d'origine conventionnelle et non coutumières, et qu'au surplus la Cour s'est déclarée incompétente pour connaître des règles coutumières dans le cadre du présent différend. La Cour invoque également un *dictum* dans l'avis consultatif sur les *Réserves (Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, C.I.J. Recueil 1951)*, qui concernait en effet un traité, la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide, et donc des obligations *erga omnes partes*. Mais en l'occurrence la Cour relevait que les règles concernées étaient coutumières, obligatoires indépendamment de la participation à la convention. Elle utilisait en outre cette considération pour assouplir le droit d'émettre des réserves opposables aux autres Etats en énonçant le critère de la compatibilité avec l'objet et le but de la convention. Il est paradoxal que l'on invoque

on Senegal, an examination of which demonstrates the weakness, if not lack, of legal bases in the Convention itself.

Non-Existence of the Obligation Erga Omnes Partes Which Is Invoked

26. The obligation for the parties, as soon as the alleged perpetrator of an offence as defined in the Convention is discovered in territory under their jurisdiction, to submit the case to their competent authorities for the purpose of prosecution is a procedural obligation, but not a substantive one, since it may be that proceedings cannot take place, for reasons which are not of interest to us here. The Court considers that this obligation is valid *erga omnes partes*, meaning that all parties may call for its performance, regardless of whether they have a specific connection to the alleged victims. To this end, it puts forward three general and undifferentiated principles or presuppositions, none of which is truly demonstrated, and which even appear to be contradicted by an examination of the Convention.

27. The three presuppositions in question are the following. First, there are certain treaties establishing obligations *erga omnes partes*. Second, the Convention against Torture is one of these, because it falls into a particular category of treaties, a category which, incidentally, is overlooked by the Vienna Convention on the Law of Treaties codifying customary law on the subject. Third, all of the obligations contained in the Convention fall into this category, in particular the obligation to submit the case to the competent authorities for the institution of criminal proceedings. I shall refer briefly to the first assertion because, supposing it to be true in positive law, it would in no way imply that the Convention against Torture, particularly the Convention in its entirety, meets the conditions that are laid down.

28. (a) On this first point, the Court invokes the dictum of the *Barcelona Traction* case (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970*) relating to *erga omnes* obligations. This is of no relevance to the present case because it pertains to obligations of conventional, not customary origin and because, moreover, the Court has ruled that it does not have jurisdiction to take cognizance of customary rules in the context of the present dispute. The Court also invokes a dictum from its Advisory Opinion on the *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (I.C.J. Reports 1951)*, which concerned a treaty, the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, and therefore obligations *erga omnes partes*. In those proceedings, however, the Court noted that the rules in question were customary ones that were obligatory irrespective of participation in the Convention. What is more, it used this finding to temper the right to make reservations having effect for other States, by stipulating that the reservation must be compatible with the object and purpose of the Convention. It is a para-

une sorte d'ordre public international pour justifier que des réserves y soient apportées — mais en toute hypothèse cela exclut le caractère *erga omnes partes* des stipulations sur lesquelles peuvent porter les réserves.

29. Dans les deux cas, il s'agit soit d'un *obiter dictum*, soit d'une considération qui n'était pas essentielle pour le règlement du différend ou pour la réponse à la question. Ici, à l'inverse, l'effet *erga omnes partes* est au cœur de la recevabilité, et demande donc à être examiné avec soin. On aurait déjà pu se demander si la règle invoquée par la Belgique était de nature coutumière, au-delà de sa base conventionnelle. Mais la Cour ne peut se prononcer sur ce point en raison de sa déclaration d'incompétence. En toute hypothèse, il convient de distinguer les obligations de leur support normatif, conventionnel ou coutumier. Un traité peut en effet comporter des obligations de nature différente, et l'existence d'une obligation *erga omnes partes* ne peut être ni présumée ni inférée pour l'ensemble du traité de la présence d'une obligation *erga omnes partes* en son sein.

30. *b)* S'agissant du second point, on doit en conséquence considérer les stipulations de la convention de façon analytique, distinguer entre celles qui sont *erga omnes* et celles qui ne le sont pas. Raisonner autrement relève d'une approche plus idéologique que juridique de la question. Considérer la convention comme un bloc, alors même que les réserves y sont autorisées, y compris sur la définition même de la torture, que certaines stipulations sont optionnelles et d'autres facultatives, que certaines reflètent des règles coutumières et d'autres non, ne me semble pas juridiquement fondé. Le problème juridique est dès lors celui de l'interprétation de la convention contre la torture, et non de son inscription par affirmation prétorienne dans une catégorie spécifique de traités qui créeraient des obligations *erga omnes partes* par nature. Implicitement, la Cour se fonde sur le projet d'articles de la Commission du droit international (la «CDI») sur la responsabilité internationale des Etats. Or il est loin d'être reconnu comme formulant en la matière des règles de droit international coutumier, et l'adoption d'une convention de codification de la responsabilité internationale des Etats n'a jamais été sérieusement envisagée, faute d'accord à ce sujet. Comment en tirer sans autre explication une norme de droit positif?

31. La CDI elle-même a estimé que les articles relatifs aux «*Etats autres que les Etats lésés*» relevaient du développement progressif, c'est-à-dire n'appartenaient pas au droit coutumier en temps que *lex lata*. Le souci de la Cour d'apporter un appui à leur consécration l'emporte en l'occurrence, je le crains, sur la considération objective d'un différend qu'elle doit régler «*conformément au droit international*», suivant les termes de l'article 38 de son Statut. C'est sur cette base très douteuse que la Cour établit cependant la recevabilité de la requête de la Belgique, à l'encontre même du comportement concret de l'Etat dans la présente affaire. Il convient en effet non de partir d'un présupposé général, mais d'interpréter la stipulation en cause de la convention sur la torture, celle qui prévoit l'obligation pour tout Etat partie de soumettre «*à ses autori-*

dox to invoke some form of international public order so as to justify making reservations to it — and, in any event, that disregards the *erga omnes partes* character of the provisions to which such reservations may be made.

29. These two cases involved either an *obiter dictum* or a finding that was not essential to the settlement of the dispute or the response to the question. Here, by contrast, the *erga omnes partes* effect is crucial to admissibility, and thus must be considered carefully. It might have been possible to consider whether the rule invoked by Belgium was customary as well as conventional. However, the Court cannot rule on this point because of its declaration that it lacks jurisdiction. In any event, obligations should be distinguished from their normative, conventional or customary framework. A treaty may contain obligations of differing natures, and the *erga omnes partes* character of a treaty as a whole cannot be presumed or inferred from the presence of an *erga omnes partes* obligation therein.

30. (b) With respect to the second point, the provisions of the Convention must therefore be considered one by one, in order to distinguish between those which have an *erga omnes* character and those which do not. To reason otherwise would be to adopt an approach to the question that is more ideological than legal. In my view, regarding the Convention as a unit — even though reservations may be made to it, including in respect of the very definition of torture, even though some requirements are optional and others discretionary, and even though certain stipulations reflect customary rules while others do not — has no legal basis. The legal issue is thus the interpretation of the Convention against Torture and not its inclusion by declaration of the Court in a specific category of treaties said to create *erga omnes partes* obligations by their nature. The Court relies implicitly on the draft Articles of the International Law Commission (the “ILC”) on Responsibility of States. However, it is far from accepted that these express international customary law in the matter, and the adoption of a convention codifying the international responsibility of States has never been seriously envisaged, due to a lack of agreement on the subject. How can a norm of positive law be drawn from this without further explanation?

31. The ILC itself believed that the articles relating to “*States other than injured States*” fell within the realm of progressive development, i.e., that they were not part of customary law as *lex lata*. In this case, I fear that the Court’s desire to support their establishment has taken precedence over the objective consideration of a dispute which it has to settle “*in accordance with international law*”, under the terms of Article 38 of its Statute. It is on this very questionable basis, however, that the Court finds the admissibility of Belgium’s Application, even though this contradicts the actual conduct of the latter in the present case. It is essential not to start from a general presupposition, but to interpret the relevant provision of the Convention against Torture which lays down the obligation for every State party to submit “*to its competent authorities for the*

tés compétentes pour l'exercice de l'action pénale» toute personne soupçonnée des infractions visées et trouvée sur son territoire.

32. Cette stipulation ne saurait être confondue avec celles qui prévoient des mesures visant à empêcher la torture ou l'établissement de la compétence pénale des parties en la matière. Renforcer la lutte contre la torture passe d'abord par des mesures prévoyant son interdiction absolue, en toutes circonstances et sous aucun prétexte, comme le fait l'article 2 de la convention contre la torture. La prévention est l'essentiel, parce que, lorsque doivent intervenir des poursuites pénales, il est déjà trop tard. L'interdiction universelle de la torture est ainsi une règle coutumière, ce qui n'est pas le cas de l'obligation de déclencher des poursuites. Il ne me semble pas contestable que cette interdiction de la torture est également une « obligation intransgressible » au sens de l'avis consultatif de la Cour sur la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé* (C.I.J. Recueil 1996 (I)). Mais ce caractère ne s'étend pas nécessairement, et ne s'étend ni en droit ni en fait à toutes les autres obligations résultant de la convention.

33. Pour ce qui est de l'interdiction de la torture, la notion d'« obligation intransgressible » est certainement préférable à une référence au *ius cogens*, parce que celui-ci est censé annuler des traités contraires. Imagine-t-on un traité par lequel des Etats s'autoriseraient mutuellement à pratiquer la torture ? C'est bien plutôt par des actes matériels que l'obligation se trouve violée. En toute hypothèse, elle vise des comportements physiques ou psychologiques, voire des ordres donnés, des instructions, des planifications suivies des comportements en cause, plus que des traités internationaux. Cela résulte en particulier des termes mêmes de l'article 2 de la convention. C'est une répression pénale individuelle qu'appellent de tels actes et l'ascension normative internationale de leur condamnation de principe n'offre d'autre conséquence concrète que la satisfaction morale de ceux qui la prononcent.

34. c) S'agissant du troisième point, la stipulation établissant l'obligation de soumettre l'affaire aux autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale est précisément d'une nature différente de l'interdiction de la torture elle-même. Son interprétation doit s'appuyer sur la règle générale d'interprétation formulée dans la convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats, unanimement considérée et appliquée par les Etats, y compris ceux qui ne sont pas partie à ladite convention, comme reflétant le droit coutumier. Cette règle est incontestablement plus solide que celle qui tente de faire accepter les droits des « Etats autres que les Etats lésés ». La règle générale d'interprétation en cause se réfère au texte du traité suivant le sens naturel et ordinaire de ses termes, en tenant compte de son contexte, dont la pratique suivie par les parties dans l'application du traité, de l'intention des parties, et de son objet et de son but.

35. La Cour ne semble pas avoir tenu compte de ces prescriptions. Elle a en réalité retenu une interprétation téléologique, construisant à partir d'un but posé par elle comme gouvernant l'ensemble des prescriptions, une obligation *erga omnes partes* qui ne trouve ni base dans le texte, ni

purpose of prosecution” any person suspected of committing the offences referred to in the Convention present in its territory.

32. This provision should not be confused with those which call for measures aimed at the prevention of torture or the establishment of the parties’ criminal jurisdiction in the matter. Furthering the fight against torture begins with measures providing for its absolute prohibition, in all circumstances and under any pretexts, as laid down in Article 2 of the Convention against Torture. Prevention is key: if prosecution is necessary, it is already too late. The universal prohibition of torture is thus a customary rule; the same is not true of the obligation to prosecute. In my view, there is no question that the prohibition of torture is also an “*intransgressible obligation*”, in the sense of the Court’s Advisory Opinion on the *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict* (I.C.J. Reports 1996 (I)). However, this definition does not automatically apply; nor does it extend in either law or fact to all other obligations in the Convention.

33. With regard to the prohibition of torture, the notion of an “*intransgressible obligation*” is certainly preferable to a reference to *jus cogens*, since the latter is supposed to render incompatible treaties null and void. Is a treaty in which States would mutually authorize the practice of torture really conceivable? It is rather by material actions that the obligation is breached. In any case, the obligation relates to physical and psychological conduct, in other words, the orders and instructions given and the premeditated acts in question, rather than to international treaties. This is clear from the terms of Article 2, in particular. Such acts call for individual criminal sanctions, and the raising of their systematic condemnation to the level of an international norm has no tangible effect other than the moral satisfaction of those pronouncing it.

34. (c) As for the third point, the provision establishing the obligation to submit the case to the competent authorities for the purpose of prosecution is clearly of a different nature to the prohibition of torture itself. Its interpretation must be based on the general rule of interpretation as set forth in the Vienna Convention on the Law of Treaties between States, which is considered and applied by all States, including those not party to it, as reflecting customary law. This rule is unquestionably better established than that which seeks recognition of the rights of “*States other than injured States*”. The general rule of interpretation refers to the text of the treaty according to the natural and ordinary meaning of its terms, while also taking account of its context, including the practice followed by States in the application of the treaty, the intention of the parties, and the treaty’s object and purpose.

35. The Court does not appear to have taken account of these directives. Rather, it has adopted a teleological interpretation, constructing, on the basis of a purpose which is said by it to govern all of the provisions, an obligation *erga omnes partes* which is not substantiated by the

dans l'intention des parties, et encore moins dans leur pratique. Surtout, elle n'a même pas entrepris leur examen, se bornant à des affirmations de principe sans démonstration. L'objet et le but de la convention, tels que construits par la Cour, ont absorbé et comme aboli toutes les autres considérations. La Cour semble à cet égard soucieuse de refléter l'air du temps, de ne pas se couper de certaines juridictions, notamment de l'esprit des juridictions pénales internationales, et de ne pas apparaître comme retardataire par rapport à elles. Mais en l'occurrence il s'agit d'interpréter une convention, non de conduire un procès.

36. Si l'on considère d'abord *le texte* de la convention contre la torture, on observe que toutes les parties sont loin d'appartenir à un ensemble homogène qui assumerait les mêmes obligations et pourrait revendiquer les mêmes droits. Toutes les parties ne sont par exemple pas obligées d'établir leur compétence pénale dans les mêmes conditions. L'obligation générale n'existe que pour la compétence à l'égard des personnes trouvées sur le territoire des parties, que l'on dénomme compétence universelle de façon excessive puisqu'elle ne concerne que les parties. La compétence pénale passive, on l'a dit, n'est que facultative. Seules les parties qui détiennent elles-mêmes un titre de compétence pénale opposable aux autres parties sont fondées à obtenir l'extradition sur la base de la convention. Voici déjà un premier type de différenciation des droits et obligations.

37. S'y ajoute que la convention comporte un mécanisme particulier, prévu par ses articles 17 à 24, qui prévoient l'existence d'un Comité contre la torture. L'article 21 de la convention autorise spécifiquement les Etats parties à saisir ce comité des manquements à l'application de ses stipulations. Aucun intérêt subjectif de l'Etat qui agit dans ce cadre n'est requis. On peut en effet estimer qu'alors un intérêt commun, collectivement protégé et garanti, est reconnu et établi. Mais cette procédure spéciale ne concerne pas toutes les parties. Elle est subordonnée à leur acceptation expresse. Elles peuvent en outre la retirer unilatéralement à tout moment (art. 21, par. 2).

38. On serait donc bien en peine d'y trouver un argument en faveur d'un droit de toutes les parties de demander l'exécution d'une obligation *erga omnes partes* de saisir les autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale. Cette procédure n'est applicable que sur la base de stipulations spéciales, dont l'acceptation par les parties demeure facultative et dont elles peuvent s'exonérer à tout moment après y avoir consenti. Elle ne peut être mise en œuvre qu'entre ces parties seulement. Si l'obligation était *erga omnes partes*, la participation à la procédure de l'article 21 ne serait pas facultative mais obligatoire, et elle donnerait un contenu précis à ce caractère *omnes partes*. Tout au contraire, l'existence même d'une telle procédure facultative traduit l'absence d'un droit général d'action extérieur et indépendant de la défense d'un droit propre de l'Etat partie. Son objet est même de compenser l'absence d'un tel droit, et du même coup de la révéler.

39. S'ajoute enfin que la compétence de la Cour ou le recours à l'arbitrage, prévus par l'article 30 de la convention, ne sont également que

text or the intention of the parties, and even less so by their practice. Furthermore, the Court does not even attempt to consider the above directives, confining itself to unfounded assertions of principle. The object and purpose of the Convention, as determined by the Court, have superseded and removed all other considerations. In this respect, the Court seems anxious to appear up to date, in touch with certain courts, notably the international criminal courts, and not outmoded by comparison. However, what is involved here is interpreting a convention, not conducting a trial.

36. If one first considers *the text* of the Convention against Torture, it can be observed that the parties do not form a single homogeneous group which assumes the same obligations and can claim the same rights. For example, the parties are not all obliged to establish their criminal jurisdiction on the same basis. A general obligation exists only for jurisdiction in respect of persons present in the parties' territory; this is termed universal jurisdiction — which is an overstatement, since it concerns only the parties. Passive criminal jurisdiction, as has been pointed out, is optional. Only those parties which themselves have a title of criminal jurisdiction opposable to other States may request extradition on the basis of the Convention. Here is already an area in which rights and obligations are differentiated.

37. It should be added that the Convention contains a particular mechanism, set forth in Articles 17 to 24, which make provision for the establishment of a Committee against Torture. Article 21 of the Convention specifically authorizes States parties to refer to that Committee failures to give effect to the provisions of the Convention. A State acting in this context need not have a subjective interest. It may thus be considered that a common interest, collectively protected and guaranteed, is accepted and established. However, this special procedure does not concern all parties. It is dependent upon their express consent. Moreover, they can unilaterally withdraw this consent at any point (Art. 21, para. 2).

38. It would be very difficult, therefore, to argue that the parties all have the right to request performance of an *erga omnes partes* obligation to seize the competent authorities for the purpose of prosecution. That procedure can only be applied on the basis of specific provisions, the parties' acceptance of which is optional and may be withdrawn at any time. It can only be implemented between those parties which have consented to it. If the obligation were *erga omnes partes*, participation in the procedure provided for in Article 21 would not be optional but compulsory, giving a specific substance to that *omnes partes* character. On the other hand, the very existence of such an optional procedure demonstrates the lack of a general right of action outside and independent of the protection of a direct right of a State party. Its object is even to compensate for the absence of such a right, while at the same time drawing attention to that absence.

39. Finally, it should be added that the Court's jurisdiction and the recourse to arbitration provided for in Article 30 of the Convention are

facultatifs, ce qui crée une nouvelle distinction entre les parties, entre celles qui peuvent revendiquer le respect de leurs droits devant des instances indépendantes et celles qui ne le peuvent pas. Qu'on le déplore ou non, il est bien difficile sur ces bases d'établir un ordre public *erga omnes partes*, d'introduire de la verticalité dans un système par nature horizontal, dans lequel droits et obligations des parties doivent s'apprécier non pas de façon abstraite et indifférenciée mais partie par partie, en fonction des engagements acceptés et des situations propres à chacune.

40. Si enfin il y a obligation *erga omnes partes*, comme le pose la Cour, cette obligation est indépendante de toute plainte individuelle, comme je l'ai relevé plus haut. Elle pèse sur les autorités publiques des parties, c'est à elles qu'il appartient de déclencher l'action publique, et si elles ne le font pas elles montrent du même coup qu'elles ne sont nullement tenues de le faire. Le paragraphe 1 de l'article 7 de la convention est clair à ce sujet : « [l']Etat partie ... soumet l'affaire... ». Il en est ainsi spécialement pour l'obligation de mener immédiatement une enquête préliminaire sur les faits incriminés, obligation qui pèse directement sur les parties et peut être conduite indépendamment de toute plainte. En attendant en pratique que des plaintes soient déposées pour mettre en jeu l'ensemble du mécanisme des poursuites prévues par la convention, les parties montrent bien qu'elles ne se sentent pas tenues par une obligation *erga omnes partes*.

41. Pour ce qui est plus largement de la *pratique des parties*, elle pourrait compenser ces limites du texte par l'indication d'une conception commune de la convention, par l'exercice concret d'un droit perçu et accepté comme tel de revendiquer la saisine des autorités compétentes lorsqu'une personne soupçonnée est sur le territoire d'une partie. La convention est en vigueur depuis vingt-cinq ans, et la pratique ne devrait pas manquer. Malheureusement, rien ne vient le confirmer. C'est plutôt l'inverse. Quelles parties, et quand, ont réclamé à un autre Etat partie abritant sur son territoire des personnes soupçonnées de tortures la saisine de ses autorités compétentes ? Qui par exemple a saisi les Etats-Unis, ou d'autres Etats parties à la convention, de réclamations relatives à la poursuite de nombreux actes de torture dont l'existence n'était même pas contestée, voire était justifiée aux yeux des Etats en cause par des impératifs de sécurité ? La Belgique elle-même a renoncé à la compétence pénale universelle, précisément sous la pression des Etats-Unis. Il est permis de supposer qu'elle a ici tenté de la ressaisir à l'encontre du Sénégal, ce qui est sans doute plus facile.

42. Dans le cadre du présent différend en particulier, quelles sont les parties à la convention qui ont réclamé au Tchad des poursuites contre les auteurs ou complices des actes de torture incriminés, alors que les victimes sont pour l'essentiel tchadiennes, ainsi que les auteurs, et que la plupart demeurent sur son territoire ? Cent cinquante parties, suivant la logique de la Cour, auraient été en mesure de le faire. La Belgique elle-même s'en est-elle inquiétée ? A-t-elle réclamé au Tchad des poursuites contre les personnes soupçonnées ? La Cour ne semble pas s'être occupée de cette pratique, ou plutôt de cette pratique négative, pourtant perti-

also optional, which creates a further distinction between the parties, between those who may claim respect for their rights before independent courts and those who may not. Regrettable or not, it is very difficult to establish an *erga omnes partes* public order on such bases, to introduce verticality into a system which is by nature horizontal, in which parties' rights and obligations must be considered not in a general and abstract way, but on a party-by-party basis, according to the commitments they have made and their individual circumstances.

40. Lastly, if an obligation *erga omnes partes* does exist, as the Court states, this obligation is not dependent on complaints by individuals, as noted above. It is incumbent on the parties' government authorities; it falls to them to initiate public proceedings, and where they do not take action, they are at the same time showing that they are in no way obliged to do so. Article 7, paragraph 1, of the Convention is clear on this subject: "The State Party . . . shall . . . submit the case." This is particularly true of the obligation immediately to make a preliminary inquiry into the allegations, an obligation which is incumbent directly on the parties and which may be carried out independently of a complaint. By waiting, in practice, for complaints to be filed before they turn to the mechanisms for prosecution provided for by the Convention, the parties show that they do not consider themselves to be bound by an obligation *erga omnes partes*.

41. More broadly, the *practice of the parties* could compensate for these limitations of the text by pointing to a common understanding of the Convention and by exercising a perceived and accepted right to demand that the competent authorities be seised when a suspect is present in a party's territory. The Convention has been in force for 25 years and practice should not be lacking. Unfortunately, there is no evidence to support this. If anything, it is the opposite. Which parties have demanded that another State party which is sheltering individuals suspected of torture in its territory should seise its competent authorities, and when? Who, for example, has protested to the United States, or to other States parties to the Convention, regarding the continuation of numerous acts of torture whose existence was not disputed but indeed justified in the eyes of the States in question on grounds of security? Belgium itself rejected the notion of universal criminal jurisdiction, following pressure from the United States. It may be supposed that it has attempted to resurrect it here, vis-à-vis Senegal, undoubtedly a much easier prospect.

42. In the context of this dispute in particular, which parties to the Convention have called for Chad to prosecute the perpetrators of or accomplices in alleged acts of torture, even though the majority of the victims — and the perpetrators — are of Chadian origin and, for the most part, still in Chadian territory? According to the Court's logic, 150 parties would have been in a position to do so. Has Belgium troubled itself to do this? Has it requested that Chad prosecute the persons suspected? The Court does not seem concerned by this practice, or rather negative practice, which is nevertheless pertinent for establishing the

nente pour établir l'existence d'un droit au profit d'« *Etats autres que les Etats lésés* ». Cela démontre encore au passage que la Belgique n'a concrètement fondé son comportement que sur une situation alléguée d'Etat lésé, en vertu de sa compétence pénale passive.

43. Le Tchad est quant à lui partie à la convention contre la torture depuis le 9 juillet 1995, soit avant la Belgique. L'obligation de poursuivre les auteurs ou complices des infractions correspondantes lui est pleinement applicable, puisque la compétence pénale est rétroactive, quand bien même les incriminations ne le sont pas. Il ressort du dossier que la Belgique a requis et obtenu la coopération judiciaire du Tchad à condition que les poursuites se déroulent ailleurs et ne l'impliquent pas. Lorsque donc la Belgique déclare se préoccuper des victimes, elle semble davantage en pratique se soucier d'un procès contre le Sénégal, alors que cet Etat cherche quant à lui à organiser un procès de Hissène Habré qui ne le met en cause que de façon très indirecte.

44. Ma conclusion est donc que l'obligation *erga omnes partes* à laquelle la Cour se réfère sort comme un lapin d'un chapeau magique. Il n'est nullement établi que la convention contre la torture crée une obligation *erga omnes partes* de saisir les autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, et, partant, un droit pour chacune des parties d'en réclamer la mise en œuvre indépendamment d'un titre spécial permettant de le faire, à savoir une atteinte à son droit propre d'exercer des poursuites en vertu de sa propre compétence. La requête de la Belgique ne saurait donc se fonder sur un droit appartenant à toutes les parties et non plus sur sa compétence passive, que la Cour n'a même pas prise en considération. La requête de la Belgique contre le Sénégal n'est donc pas à mon sens recevable, et la décision de Cour n'établit nullement cette recevabilité. Le Sénégal a certes l'obligation de saisir ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, et il ne le conteste pas, mais cette obligation n'est pas due à la Belgique.

45. Quels sont alors les Etats parties juridiquement fondés à réclamer à une ou d'autres parties la saisine de leurs autorités compétentes aux fins de poursuites, si ce droit n'appartient pas à toutes les parties du seul fait de leur participation à la convention contre la torture? A mon sens, il s'agit de ceux qui sont tenus d'établir leur compétence pénale en vertu de l'article 5, paragraphe 1, de la convention, soit parce que les actes incriminés ont été commis sur leur territoire, soit parce que les personnes soupçonnées possèdent leur nationalité. Le droit de demander la prise en considération de poursuites dans le for d'autres parties en est le complément et la contrepartie, un droit qui complète leur propre obligation.

46. Elles sont également fondées à demander l'extradition sur la base de leur propre compétence pénale, sans que celle-ci soit automatiquement accordée, puisque l'Etat saisi n'y consentira que suivant certaines conditions précisées dans la convention. La Belgique ne remplit pas ces conditions et ne peut obtenir l'extradition de Hissène Habré sur la seule base de sa compétence pénale passive. Je regrette que la Cour ne l'ait pas clairement indiqué dans le dispositif de l'arrêt, alors qu'elle l'indique dans la

existence of a right belonging to “*States other than injured States*”. This further demonstrates that, in reality, Belgium has founded its conduct on nothing more than its purported status as an injured State, by virtue of its passive criminal jurisdiction.

43. For its part, Chad has been a party to the Convention against Torture since 9 July 1995, before Belgium even. The obligation to prosecute the perpetrators of or accomplices in the corresponding crimes fully applies to it, since criminal jurisdiction is retroactive, even when the accusations are not. It is clear from the case file that Belgium sought and obtained the judicial co-operation of Chad on the condition that prosecution take place elsewhere, without the involvement of the latter. Moreover, when Belgium therefore declares that it is worried about the victims, in practice it appears more concerned about putting Senegal on trial; for its part, Senegal is seeking to organize a trial for Hissène Habré which involves it only very indirectly.

44. It is therefore my conclusion that the obligation *erga omnes partes* to which the Court refers has been produced like a rabbit from a magician’s hat. It has not been established that the Convention against Torture creates an *erga omnes partes* obligation to seize the competent authorities for the purpose of prosecution and, consequently, a right enabling every party to demand its performance regardless of whether it has a special title to do so, i.e., an infringement of its direct right to prosecute under the terms of its own jurisdiction. Accordingly, Belgium’s Application cannot be based on a right belonging to all the parties or on its passive jurisdiction, which was not even taken into consideration by the Court. In my view, therefore, Belgium’s Application against Senegal is not admissible, and the Court’s decision in no way makes it so. Senegal undoubtedly has an obligation to seize the competent authorities for the purpose of prosecution, and it does not deny that, but this obligation is not owed to Belgium.

45. Which States parties, therefore, are legally entitled to demand that one or more parties seize their competent authorities for the purpose of prosecution, if not every party has that right solely on the basis of their participation in the Convention against Torture? To my mind, it is those which are obliged to establish their criminal jurisdiction under Article 5, paragraph 1, of the Convention, either because the offences in question were committed in their territory, or because the persons suspected possess their nationality. The right to ask other parties to consider prosecution is the balance to and compensation for that obligation, the complement to their own obligation.

46. They are also entitled to seek extradition on the basis of their own criminal jurisdiction, without this being granted automatically, since the requested State will only consent to it under certain conditions as laid down in the Convention. Belgium does not meet those conditions, and cannot obtain the extradition of Hissène Habré solely on the basis of its passive criminal jurisdiction. I am disappointed that the Court has failed to make this clear in the operative clause of the Judgment, even though it

motivation. C'était pourtant une demande formelle de la Belgique dans ses conclusions. Là encore, en s'abstenant de statuer, la Cour n'a qu'incomplètement réglé le différend, ce qui nous conduit au fond.

III. FOND

47. Je me suis prononcé en faveur de la compétence de la Cour, en dépit des réserves que j'ai exprimées au sujet de la procédure alternative d'arbitrage, à laquelle il n'a pas été selon moi entièrement satisfait. Cependant, la présente opinion devrait en bonne logique s'arrêter ici, puisque, dès lors que je considère comme irrecevable la requête de la Belgique, il n'est plus nécessaire de considérer les questions de fond. Je me suis prononcé sur le fond pour trois raisons. D'abord parce que je respecte la décision de la Cour. Ensuite parce que telle est la pratique ordinaire, les juges votant point par point de façon indépendante. Enfin parce que les règles applicables ne prévoient pas l'abstention, et obligent à voter par «oui» ou par «non». J'aurais scrupule à voter négativement sur des points du dispositif que j'estime fondés. Je présenterai donc quelques observations sur le fond, en tant qu'explications de vote.

Article 6, paragraphe 2, de la convention contre la torture

48. Je pense en particulier que le manquement du Sénégal à l'obligation, prévue par l'article 6, paragraphe 2, de la convention contre la torture, de mener immédiatement «une enquête préliminaire en vue d'établir les faits» lorsqu'une personne soupçonnée d'infractions est découverte sur son territoire est établi. Cette obligation est indépendante de toute mesure d'établissement en droit interne de la compétence requise par la convention, et donc ne suppose aucune condition supplémentaire à la ratification de ladite convention. Il me semble que, même si l'on estime que l'enquête préliminaire requise peut dépendre en droit interne de la saisine d'une autorité judiciaire à cet effet, l'obligation est formulée en termes clairs et précis qui ne comportent ni équivoque ni échappatoire. L'enquête peut en particulier fournir des éléments utiles si l'Etat partie se voit saisi d'une demande d'extradition alors qu'il n'a pas l'intention d'organiser lui-même un procès. J'ai donc voté en faveur de cette constatation d'un manquement du Sénégal à cette stipulation (point 4 du dispositif).

Article 5 de la convention contre la torture

49. J'approuve également la position de la Cour lorsqu'elle considère que le différend relatif à l'établissement de la compétence du Sénégal en application de l'article 5 de la convention contre la torture est éteint dès lors que le droit interne sénégalais a été adapté pour permettre la tenue éventuelle d'un procès, ce qui a été réalisé en pratique avant même le dépôt de la requête belge. Il y a eu là un acte préparatoire indiquant clai-

states it in its reasoning. It was, however, one of Belgium's formal requests in its submissions. Here too, by failing to rule on this point, the Court has only partially resolved the dispute, which leads us on to the merits.

III. MERITS

47. I voted in favour of the Court's jurisdiction, despite the reservations I have expressed on the subject of the alternative arbitration procedure, a condition which, in my view, was not entirely satisfied. Logically, this opinion should end here, because, since I consider Belgium's Application to be inadmissible, there is no longer any need to consider the questions on the merits. I voted on the merits of the case for three reasons. First, because I respect the decision of the Court. Second, because it is the usual practice to do so — judges vote on each point individually, in an independent fashion. And, finally, because the applicable rules make no provision for abstentions and require that either a "yes" or "no" vote be cast. I would have misgivings about voting against some points in the operative clause which I consider to be well founded. I shall therefore set out some observations on the merits, by way of explaining my votes.

Article 6, Paragraph 2, of the Convention against Torture

48. In particular, I am of the view that Senegal's breach of its obligation, laid down in Article 6, paragraph 2, of the Convention against Torture, immediately to make "a preliminary inquiry into the facts" when a person suspected of offences is discovered in its territory, is established. This obligation is not dependent on measures establishing in domestic law the jurisdiction required by the Convention, and therefore does not entail any conditions additional to the ratification of the said Convention. It appears to me that, even if one considers that the necessary preliminary inquiry may depend under domestic law on the seisin of a judicial authority, the obligation is formulated in clear and precise terms which offer neither ambiguity nor an escape route. In particular, the inquiry may furnish useful information should the State party find itself seised of an extradition request when it has no intention of organizing a trial itself. Therefore, I voted in favour of the finding that Senegal has breached this obligation (point 4 of the operative clause).

Article 5 of the Convention against Torture

49. I also agree with the Court's finding that the dispute relating to the establishment of Senegal's jurisdiction under Article 5 of the Convention against Torture ceased to exist when Senegalese domestic law was modified to enable the holding of a trial, which in practice occurred even before the filing of Belgium's Application. This was a preparatory act, clearly indicating Senegal's intention to exercise its criminal jurisdiction,

rement que le Sénégal entendait exercer sa compétence pénale, puisque l'adaptation du droit sénégalais a été réalisée à la suite de la transmission du mandat d'arrêt par la Belgique.

50. Je suis en revanche en désaccord avec l'idée suivant laquelle l'adaptation du droit interne à une obligation conventionnelle devrait être immédiate, contemporaine de la ratification, voire simultanée. Il me semble que tout dépend du droit interne considéré. Ce que les règles coutumières internationales relatives au droit des traités prescrivent, c'est que les adaptations nécessaires soient opérées dans un délai raisonnable. La pratique des Etats et leur *opinio juris* semblent bien établies en ce sens. Il est vrai que la formulation de la Cour est sur ce point équivoque, et qu'elle maintient une prudente expectative, justifiée dans la mesure où ce point n'est guère pertinent pour le présent différend.

Article 7, paragraphe 1, de la convention contre la torture

51. Je ne peux pas adhérer au point 5 du dispositif, qui constate un manquement du Sénégal à l'obligation de saisir les autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale. La Cour rétablit parfaitement le sens exact de cette obligation, en rejetant la prétention d'y voir une « obligation de poursuivre », puisque la convention laisse à cet égard jouer les prescriptions des droits internes des parties. Il convient donc que les autorités compétentes soient saisies, mais il n'en résulte nullement que des poursuites soient engagées, soit en raison de preuves insuffisantes, soit en fonction de l'opportunité des poursuites pour les droits internes qui reposent sur ce principe.

52. Ainsi que je l'ai indiqué à propos de la compétence de la Cour, l'objet du différend est selon moi le retard mis par le Sénégal à saisir ses autorités compétentes pour le déclenchement de l'action pénale. Les deux Parties s'opposent nettement sur ce point, qui est à l'origine du différend. La question est donc de savoir si le retard imputé au Sénégal peut être ou non justifié. Il l'est à mes yeux, pour les raisons suivantes.

53. D'abord, une comparaison avec l'attitude de la Belgique : après le dépôt des plaintes en Belgique, cinq ans ont été nécessaires pour instruire l'affaire et pour saisir le Sénégal, en 2005. Ensuite, l'attitude du Sénégal à la suite de cette saisine. Il a immédiatement engagé les réformes nécessaires de son droit interne, réalisées en 2007, a maintenu Hissène Habré sous résidence surveillée avec interdiction de quitter le territoire et s'est préoccupé d'organiser un procès. La Belgique a contribué à ces efforts en apportant une promesse financière à cette organisation. Le temps écoulé depuis la demande de la Belgique n'est pas supérieur à celui qui s'est écoulé depuis lors, de sorte que l'appréciation de la situation n'est pas nécessairement défavorable au Sénégal.

54. On peut également relever qu'il ne ressort pas du dossier que le Tchad aurait informé le Sénégal de la levée de l'immunité pénale de Hissène Habré, alors qu'il l'a fait pour la Belgique. Or la convention ne prévoit pas, à la différence par exemple du Statut de Rome, que l'immunité

given that the modification of Senegalese law was carried out following the transmission of the arrest warrant by Belgium.

50. On the other hand, I disagree with the idea that modifying domestic law to meet a treaty obligation must be carried out immediately and contemporaneously — or even simultaneously — with ratification. It seems to me that it all depends on the domestic law in question. What the international customary rules relating to the law of treaties stipulate is that the necessary modifications should be carried out within a reasonable time-limit. The practice of States and their *opinio juris* appear well established in this respect. It is true that the Court retains some ambiguity in its form of words on this point and that it adopts a prudent wait-and-see approach — and rightly so, since this point is hardly relevant to the present dispute.

Article 7, Paragraph 1, of the Convention against Torture

51. I cannot subscribe to point 5 of the operative clause, which finds that Senegal has breached the obligation to submit the case to the competent authorities for the purpose of prosecution. The Court recalls the exact sense of that obligation perfectly, rejecting the contention that it contains an “obligation to prosecute”, since the Convention gives free rein to the provisions of the parties’ domestic laws in this respect. The competent authorities should therefore be seised, but this does not necessarily result in the instigation of proceedings, either because there is insufficient evidence, or in the light of the desirability of prosecution under the domestic laws based on this principle.

52. As I indicated in respect of the Court’s jurisdiction, the subject-matter of the dispute is, in my view, Senegal’s delay in referring the case to its competent authorities for the purpose of prosecution. Both Parties fervently disagree on this point, which is at the heart of the dispute. The question is therefore whether or not Senegal’s delay can be justified. In my eyes, it is, for the following reasons.

53. First, a comparison with Belgium’s conduct: once complaints had been filed in Belgium, it took five years for the latter to investigate the case and to refer it to Senegal, in 2005. Second, Senegal’s conduct following that referral: Senegal immediately initiated the necessary reforms of its domestic law, which were carried out in 2007; it kept Hissène Habré under house arrest, preventing him from leaving its territory, and concerned itself with organizing a trial. Belgium contributed to these efforts, promising financial support for the holding of such a trial. The time which elapsed between then and the filing of Belgium’s Application is no greater than the time which has elapsed since, meaning that an appraisal of the situation is not necessarily unfavourable to Senegal.

54. It may also be noted that it is not clear from the case file whether or not Chad informed Senegal of the lifting of Hissène Habré’s immunity from criminal proceedings, as it did Belgium. However, unlike the Rome Statute for example, the Convention does not state that the immunity of public

des autorités publiques n'est pas opposable aux poursuites engagées devant les juridictions internes. J'ajoute que la notion d'« *autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale* » peut être interprétée de façon assez large, puisque la convention contre la torture ne prescrit ni n'implique qu'il doit s'agir d'une autorité judiciaire. Lorsque les autorités publiques du Sénégal, au niveau gouvernemental, prennent des mesures concrètes pour mettre sur pied un procès, demandent et obtiennent à cet égard une coopération internationale à cette fin, peut-on dire que l'exercice de l'action pénale n'est pas en cours? Constaté un manquement du Sénégal sur ce point méconnaît l'existence d'un processus en cours au lieu de l'encourager.

55. La date à laquelle est intervenue la présente décision n'a pas permis à la Cour de prendre en considération les développements les plus récents de l'attitude du Sénégal. Le Sénégal a fait connaître par diverses communications postérieures à la procédure écrite et orale devant la Cour diverses décisions de ses autorités publiques qui sont autant d'actes préparatoires d'un procès. La Cour ne les a pas examinées, et n'y a pas donné suite, sans doute parce qu'elles étaient tardives et n'avaient pas été soumises au principe du contradictoire, la Belgique n'ayant pas pris position à leur sujet. Mais il dépendait de la Cour qu'il en soit ainsi et que le principe du contradictoire soit respecté. Au surplus, la Belgique était destinataire de ces communications et était en mesure de faire connaître son opinion par ses propres communications, à l'instar du Sénégal.

56. Rien n'aurait été plus facile que d'attendre quelques semaines supplémentaires à cet effet, de solliciter le cas échéant le point de vue de la Belgique et de constater l'engagement en principe programmé des poursuites requises. Je regrette qu'il n'en ait pas été ainsi, en rappelant que le règlement judiciaire est un substitut du règlement diplomatique. C'est pourquoi je ne peux souscrire à l'idée que le Sénégal aurait d'ores et déjà manqué à son obligation de déclencher des poursuites, alors que leur engagement est décidé dans son principe, assorti d'un délai très bref pour l'engagement concret de l'action judiciaire. Si ce délai n'avait pas été respecté, alors j'aurais concouru à la décision constatant le manquement. Je ne suis pas certain en revanche que sa constatation immédiate soit de nature à accélérer la procédure, puisque après tout le différend est désormais considéré comme réglé sur le plan judiciaire international.

57. Je pense donc que la Cour, dans le cadre de sa mission de règlement du différend, aurait pu retenir une appréciation plus substantielle que formelle ou procédurale de l'affaire Hissène Habré et du différend. Ce qui compte en effet pour respecter l'objet et le but de la convention contre la torture, c'est qu'un procès ait lieu et que justice soit rendue aux victimes. S'il est un procès à organiser, c'est celui de Hissène Habré, non celui du Sénégal. Et s'il est un Etat qui peut être mis en cause, c'est à mon sens le Tchad beaucoup plus que le Sénégal. Il aurait été à mon sens plus constructif de tenir compte et d'encourager les efforts du Sénégal depuis la première demande de la Belgique tendant à l'organisation d'un procès.

authorities is unenforceable in proceedings instituted before domestic courts. I would add that the notion of “*competent authorities for the purpose of prosecution*” may be interpreted in a fairly broad manner, since the Convention against Torture neither prescribes nor suggests that this must be a judicial authority. When the Senegalese Government authorities are taking concrete measures towards the organization of a trial and, in that connection, have requested and obtained international co-operation towards that end, can it be said that criminal jurisdiction is not being exercised? Finding that there has been a breach by Senegal in this respect ignores the existence of what is an ongoing procedure, instead of encouraging it.

55. The date on which the present decision was made did not allow the Court to take account of the most recent developments in Senegal’s position. Senegal has made known in a number of communications, following the written and oral proceedings before the Court, the various decisions of its Government authorities in preparation for a trial. The Court did not examine or follow up on these, probably because they were introduced late and had not been subject to challenge, Belgium not having commented on them. But it was for the Court to decide whether that should be the case and whether the adversarial principle should be applied. Moreover, Belgium received these communications and was in a position to make its views known in its own communications, in the same way as Senegal.

56. Nothing would have been easier than to wait a few weeks longer for this purpose, to seek Belgium’s point of view where appropriate, and to take note of the planned institution, in principle, of the necessary proceedings. I regret that this was not done, and would recall here that judicial settlement is a substitute for diplomatic settlement. That is why I cannot support the finding that Senegal is already in breach of its obligation to submit the case for prosecution, when prosecution has been decided upon in principle and a very short time-limit fixed for the opening of judicial proceedings. If that time-limit had not been respected, I would have supported the finding that there had been a breach. However, I am not convinced that making such a ruling here and now will speed up the proceedings, since the dispute is now effectively considered to have been settled at the international judicial level.

57. I am therefore of the view that, in the context of its task of settling the dispute, the Court could have focused on the substance of the *Hissène Habré* case and of the dispute, rather than considering them from a formal or procedural point of view. What actually matters, in order to fulfil the object and purpose of the Convention against Torture, is that a trial should take place and that justice is delivered for the victims. If there is a trial to organize, it is that of Hissène Habré, not that of Senegal. And if there is a State about which questions may be asked, then in my view that State is Chad, far more so than Senegal. To my mind, it would have been more constructive to take account of and encourage the efforts which Senegal has made since Belgium’s first request regarding the organization of a trial.

L'obligation permanente de saisir les autorités judiciaires du Sénégal

58. Je suis en revanche pleinement d'accord avec la majorité sur la constatation, au point 6 du dispositif, que le Sénégal, différend ou non, décision de la Cour ou non, a l'obligation de saisir ses autorités judiciaires aux fins de poursuite. Il s'agit là non d'une conséquence d'un manquement et d'une condition de sa cessation, mais d'une application ordinaire et non contentieuse d'une obligation primaire résultant d'un engagement du Sénégal. Elle est indépendante de la constatation d'un manquement. Le Sénégal a en toute hypothèse l'obligation de respecter et d'appliquer cette obligation, et il se déclare lui-même décidé à le faire à très bref délai.

L'absence de droit de la Belgique d'obtenir l'extradition sur la base de la convention contre la torture

59. Enfin, je regrette qu'aucun élément du dispositif ne concerne la demande, présentée par la Belgique dans ses conclusions, relative à l'extradition de Hissène Habré en Belgique. La Cour a justement relevé que l'obligation de saisir les autorités compétentes et l'obligation d'extradition alléguée par la Belgique n'étaient pas sur le même plan et ne constituaient pas une alternative. L'extradition, si elle est accordée, libère certes l'Etat concerné de son obligation de saisir ses autorités, mais aucun Etat n'est tenu d'accorder l'extradition en dehors d'un droit propre de l'Etat qui la réclame, sur la base soit d'un engagement international de l'Etat saisi, soit de son droit interne. Il en résulte que, sur la base de la convention, la Belgique n'est pas en l'occurrence en droit d'obtenir l'extradition.

60. A mon sens, ce point aurait dû figurer dans le dispositif, puisqu'il s'agissait d'une demande de la Belgique à la Cour dans ses conclusions. Il est cependant clair dans la motivation que la Belgique, qui n'est pas un «Etat lésé», ne dispose pas d'un droit qu'elle puisse opposer au Sénégal pour obtenir l'extradition de Hissène Habré. Mais il n'est pas répondu à cette demande de la Belgique dans le dispositif. Là encore, le différend peut paraître n'être qu'incomplètement réglé. Il est cependant une pratique de la Cour qui consiste à rejeter les conclusions infondées. Elle aurait pu ici être suivie avec avantage.

(Signé) Serge SUR.

Permanent Obligation to Seize the Senegalese Judicial Authorities

58. On the other hand, I fully subscribe to the majority's finding, in point 6 of the operative clause, that Senegal has an obligation to refer the case to its judicial authorities for the purpose of prosecution, irrespective of whether or not there is a dispute and irrespective of the Court's decision. This is not the corollary of a breach and a condition of its cessation, but the normal and undisputed application of a primary obligation resulting from a commitment by Senegal. It is not dependent on the finding of a breach. Senegal must in any event respect and perform this obligation, and it declares itself committed to do so in the very near future.

*Belgium Does Not Have the Right to Obtain Extradition
on the Basis of the Convention against Torture*

59. Finally, I am disappointed that there is nothing in the operative clause about the request concerning the extradition of Hissène Habré to Belgium, made by the latter in its submissions. The Court has rightly noted that the obligation to seize the competent authorities and the obligation to extradite, as alleged by Belgium, should not be given the same weight and are not alternatives. Although extradition, if granted, undoubtedly relieves the State concerned of its obligation to seize its competent authorities, no State is obliged to agree to extradition unless the State seeking it has a direct entitlement, either on the basis of an international commitment of the requested State or under its domestic law. Consequently, Belgium is not entitled to obtain extradition in this instance on the basis of the Convention.

60. In my view, this point should have been included in the operative clause, given that it relates to a request made to the Court by Belgium in its submissions. It is nevertheless clear in the reasoning that Belgium, which is not an "injured State", does not have a right to exercise vis-à-vis Senegal in order to obtain the extradition of Hissène Habré. But this request made by Belgium is not addressed in the operative clause. Here too, it may be noted that the dispute has only partially been resolved. It is nonetheless the Court's practice to reject unsubstantiated submissions. That could usefully have been done here.

(Signed) Serge SUR.
