

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE CANÇADO TRINDADE

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. OBSERVATIONS LIMINAIRES	2-4
II. LES MESURES CONSERVATOIRES TRANSPOSÉES DANS L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL	5-7
III. LA NATURE ET LES EFFETS JURIDIQUES DES MESURES CONSERVATOIRES DE LA COUR	8-14
IV. LE DÉPASSEMENT DE LA DIMENSION STRICTEMENT INTERÉTATIQUE À TRAVERS LA RECONNAISSANCE DES DROITS À SAUVEGARDER	15-25
V. LE RAISONNEMENT DE LA COUR DERRIÈRE L'INDICATION DE MESURES CONSERVATOIRES	26-29
VI. L'HISTOIRE DES VICTIMES DU RÉGIME HABRÉ DANS LEUR LUTTE OBSTINÉE CONTRE L'IMPUNITÉ	30-45
1. La genèse de l'affaire	32-34
2. La question de la justiciabilité dans cette longue quête de justice	35-45
VII. L'HEURE DES VICTIMES ET CELLE DE LA JUSTICE HUMAINE	46-64
1. Le décalage à combler	46-49
2. La détermination de l'urgence	50-59
3. La détermination du risque de préjudice irréparable	60-64
VIII. LA NATURE JURIDIQUE, LE CONTENU ET LES EFFETS DU DROIT À SAUVEGARDER	65-73
IX. LES MESURES CONSERVATOIRES À INDIQUER	74-91
1. Le facteur temps et l'impériosité de rendre justice	74-77
2. La nécessité d'indiquer des mesures conservatoires dans la présente affaire	78-91
X. LES ENSEIGNEMENTS À TIRER DE LA PRÉSENTE AFFAIRE À CE STADE : DES MESURES CONSERVATOIRES POUR QUE JUSTICE SOIT RENDUE	92-96
XI. OBSERVATIONS FINALES	97-105

1. Je suis au regret de ne pouvoir m'associer à la décision que la majorité de la Cour a prise de ne pas indiquer de mesures conservatoires dans le cas d'espèce, au motif que les circonstances, telles qu'elles se présentaient à elle, ne seraient pas de nature à exiger l'exercice du pouvoir de la Cour à cet effet, en vertu de l'article 41 du Statut. J'estime, au contraire, que les circonstances entourant la présente affaire répondent parfaitement aux conditions justifiant l'indication de mesures conservatoires, des mesures que la Cour aurait donc pu et même dû indiquer. Attachant beaucoup d'importance aux questions soulevées dans l'ordonnance, je me sens tenu de coucher dans la présente opinion dissidente les fondements de ma position en la matière.

I. OBSERVATIONS LIMINAIRES

2. A cette fin, j'axerai mon raisonnement sur une série de points qui sont liés les uns aux autres, mais non sans rappeler tout d'abord qu'il s'agit là de la première affaire portée devant la Cour sur la base de la convention des Nations Unies contre la torture de 1984. C'est également sur la base de cette convention très importante (article 30), qui témoigne de l'évolution considérable du droit international moderne, que, dans la présente ordonnance, la Cour a conclu avoir effectivement compétence *prima facie* (par. 54-55 de l'ordonnance) pour examiner la demande en indication de mesures conservatoires dont elle était saisie. Son ordonnance ne tenant pas compte, à mes yeux, de tous les points qui me semblent pertinents pour bien appréhender les questions soulevées par une telle demande, j'estime devoir analyser ces points, en suivant leur enchaînement logique, afin d'étayer mon opinion dissidente.

3. Ainsi mon raisonnement suivra-t-il les grandes lignes suivantes: *a)* la transposition des mesures conservatoires dans l'ordre juridique international; *b)* la nature et les effets juridiques des mesures conservatoires de la Cour; *c)* le dépassement de la dimension strictement interétatique à travers la reconnaissance des droits à sauvegarder; *d)* les objectifs déclarés des mesures conservatoires de la Cour; *e)* l'histoire des victimes du régime Habré dans leur lutte obstinée contre l'impunité (avec un rappel de la genèse de l'affaire, et une parenthèse sur la question de la justiciabilité dans cette longue quête de justice); *f)* l'heure des victimes et celle de la justice humaine (notamment le décalage à combler, la détermination de l'urgence et celle du risque de préjudice irréparable); *g)* la nature juridique, le contenu et les effets du droit à sauvegarder; *h)* les mesures conservatoires à indiquer (y compris le facteur temps et l'impériosité de rendre justice); et *i)* la nécessité d'indiquer des mesures conservatoires dans la présente affaire.

4. Les jalons ainsi posés me permettront de tirer les enseignements de la présente affaire, pour le stade qui nous occupe (celui des mesures conservatoires à indiquer pour que justice soit rendue), avant de finir en exposant mes conclusions en la matière. Ces observations

liminaires à l'esprit, je vais maintenant approfondir chacun des points précités, autour desquels mon raisonnement s'articule, puisqu'ils fondent mon opinion dissidente par rapport à la décision de la majorité de la Cour.

II. LES MESURES CONSERVATOIRES TRANSPOSÉES DANS L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL

5. Pour appréhender les mesures conservatoires, il faut avant tout garder à l'esprit que, historiquement, il s'agit d'un produit des systèmes juridiques internes qui a été transposé dans l'ordre juridique international. En fait, les mesures de précaution, issues du droit procédural interne, ont inspiré les mesures conservatoires¹ qui se sont ensuite développées dans la sphère du droit procédural international, jusqu'à contribuer de manière décisive à l'autonomie de l'action juridique préventive². Toutefois, cette construction doctrinale à part entière n'est jamais parvenue à s'affranchir d'un certain formalisme juridique, donnant parfois l'impression de faire de la procédure une fin en soi plutôt qu'un moyen d'obtenir justice.

6. Qu'il me soit permis de rappeler que, au niveau de l'ordre juridique interne, le principe de précaution a évolué pour préserver l'efficacité de la fonction judiciaire elle-même. L'action juridique préventive visait initialement à garantir non pas le droit subjectif en tant que tel, mais l'activité juridictionnelle proprement dite. Les mesures de précaution ont fait leur entrée sur la scène internationale (via la pratique internationale arbitrale et judiciaire)³, en dépit de la structure distincte de celle-ci, par rapport à l'ordre juridique interne.

7. La transposition des mesures conservatoires de l'ordre juridique interne vers l'international — toujours en présence d'un «préjudice irréparable» probable ou imminent, et dans le souci ou la nécessité d'assurer la «réalisation future d'une situation juridique déterminée» — a eu pour effet d'étendre la portée de la juridiction internationale, en réduisant du même coup le pré carré de l'Etat, dit son «domaine réservé»⁴. Cette

¹ Il est permis de rappeler ici l'exemple notable de la contribution de la doctrine italienne de la première moitié du XX^e siècle consacrée au droit procédural (voir, par exemple, les célèbres ouvrages de G. Chiovenda, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Naples, 1936; P. Calamandrei, *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelare*, Padoue, 1936; et F. Carnelutti, *Diritto e Processo*, Naples, 1958).

² En tant que *tertium genus*, parallèle aux actions juridiques relatives au fond et à l'exécution.

³ P. Guggenheim, «Les mesures conservatoires dans la procédure arbitrale et judiciaire», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (1932), vol. 40, p. 649-761 et 758-759.

⁴ P. Guggenheim, *Les mesures provisoires de procédure internationale et leur influence sur le développement du droit des gens*, Paris, Libr. Rec. Sirey, 1931, p. 14-15, 174, 186 et 188; cf. également p. 6-7 et 61-62.

transposition n'est pas allée sans difficultés⁵, mais, au fil des ans, l'érosion de la notion de «domaine réservé» (ou de «compétence nationale exclusive») de l'Etat est devenue évidente, ce à quoi la pratique judiciaire internationale a elle-même contribué, y compris dans le domaine qui nous occupe.

III. LA NATURE ET LES EFFETS JURIDIQUES DES MESURES CONSERVATOIRES DE LA COUR

8. C'est à l'article 41 de son Statut (et de celui de sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale) qu'est en fait exposé le pouvoir de la Cour d'«indiquer» des mesures conservatoires — un verbe dont le caractère contraignant a été largement débattu dans la doctrine, ce qui n'a pas empêché une abondante jurisprudence de se développer en la matière (sous la plume tant de la Cour permanente que de la Cour actuelle)⁶. Pourtant, à cause du manque de précision qui a persisté des années durant quant aux effets juridiques des mesures conservatoires indiquées par la Cour, certaines incertitudes, d'ordre théorique et pratique, ont vu le jour à leur égard et perduré plus de cinquante ans, au détriment de leur mise en œuvre⁷.

9. En dépit d'une jurisprudence de plus en plus abondante en la matière⁸, il a fallu attendre plus d'un demi-siècle pour que, dans l'arrêt

⁵ Comme l'illustre, par exemple, la réaction de l'Iran aux mesures conservatoires indiquées par la Cour dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran)* (C.I.J. Recueil 1951) le 5 juillet 1951, dont il est fait état dans M. S. Rajan, *United Nations and Domestic Jurisdiction*, Bombay/Calcutta/Madras, Orient Longmans, 1958, p. 399 et 442, note 2.

⁶ Cf. J. Sztucki, *Interim Measures in the Hague Court — An Attempt at a Scrutiny*, Deventer, Kluwer, 1983, p. 35-60 et 270-280; J. B. Elkind, *Interim Protection — A Functional Approach*, La Haye, Nijhoff, 1981, p. 88-152. S'agissant des aspects juridictionnels, cf. L. Daniele, *Le Misure Cautelari nel Processo dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia*, Milan, Giuffrè, 1993, p. 5-183; B. H. Oxman, «Jurisdiction and the Power to Indicate Provisional Measures», dans *The International Court of Justice at a Crossroads* (dir. publ., L. F. Damrosch), Dobbs Ferry/NY, ASIL/Transnational Publs., 1987, p. 323-354.

⁷ Cf., par exemple, K. Oellers-Frahm, «Anmerkungen zur einstweiligen Anordnung des Internationalen Gerichtshofs im Fall Bosnien-Herzegowina gegen Jugoslawien (Serbien und Montenegro) vom 8 April 1993», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (1993), vol. 53, p. 638-656; E. Robert, «La protection consulaire des nationaux en péril? Les ordonnances en indication de mesures conservatoires rendues par la Cour internationale de Justice dans les affaires *Breard (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique)* et *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*», *Revue belge de droit international* (1998), vol. 31, p. 413-449, et en part. p. 441 et 448; J. G. Merrills, «Interim Measures of Protection in the Recent Jurisprudence of the International Court of Justice», *International and Comparative Law Quarterly* (1995), vol. 44, p. 137-139; cf. également p. 90-146.

⁸ Cf. S. Rosenne, *Provisional Measures in International Law*, Oxford University Press, 2005, p. 22-44, 122-123, 138-141, 174-180 et 189-213; A. G. Koroma, «Provisional Measures in Disputes between African States before the International

du 27 juin 2001, la Cour trouve enfin l'occasion de préciser que ses mesures conservatoires possédaient un caractère obligatoire. Dans cet arrêt, qui concernait les deux frères LaGrand dans le cadre d'une affaire opposant l'Allemagne aux Etats-Unis d'Amérique, la Cour a passé en revue les travaux préparatoires de l'article 41 de son Statut (en français et en anglais, par. 104-107) et, eu égard au paragraphe 4 de l'article 33 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités (par. 101), elle a conclu que l'objet et le but de l'article 41 était de préserver sa propre capacité de s'acquitter de sa mission, à savoir régler les différends internationaux de manière pacifique, d'où le caractère nécessairement contraignant des mesures conservatoires (par. 102-109).

10. Qui plus est, les ordonnances en indication de mesures conservatoires étaient des «décisions» de la Cour auxquelles, selon le paragraphe 1 de l'article 94 de la Charte des Nations Unies, les Etats étaient tenus de se conformer (par. 108). Le caractère obligatoire des mesures conservatoires de la Cour — mis au diapason avec le constat fait par d'autres juridictions internationales contemporaines — découle de cette interprétation par la Cour de l'article 41 de son Statut, lu conjointement avec le paragraphe 1 de l'article 94 de la Charte des Nations Unies; il constitue désormais une *res interpretata*, ouvrant la voie à une évolution qui devrait s'effectuer en ce sens dans les années à venir, du moins je l'espère. Quoi qu'il en soit, les incertitudes qui ont longtemps entouré cette question n'ont enfin plus lieu d'être aujourd'hui.

11. D'ailleurs, à quoi bon *décider* d'indiquer des mesures conservatoires, et leur consacrer des ordonnances, après avoir glané des éléments de preuve *prima facie* (*summaria cognitio*) — et non établis — dans le cadre de documents ainsi que d'audiences publiques, si ces mesures devaient être dépourvues de force contraignante? A quoi bon leur refuser pareil effet si leur but, sans préjuger l'affaire au fond, consistait précisément à protéger l'intégrité des droits en jeu? Ces incertitudes appartiennent désormais au passé; il est aujourd'hui reconnu qu'elles n'ont guère contribué à faire évoluer la dimension préventive du règlement pacifique des différends internationaux pouvant être portés devant une juridiction internationale telle que la Cour.

12. Par le passé, en dépit des incertitudes qui entouraient alors la question, il avait tout de même été tenté, dans la jurisprudence internationale, d'éclaircir la *nature juridique* des mesures conservatoires, qui revêtent un caractère essentiellement préventif et dont l'indication ou l'octroi ne préjuge nullement la décision définitive sur le fond des affaires concernées. Pareilles mesures avaient fini par être indiquées ou ordonnées par les juri-

Court of Justice», dans *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité — Liber Amicorum G. Abi-Saab* (dir. publ., L. Boisson de Chazournes et V. Gowlland-Debbas), La Haye, Nijhoff, 2001, p. 591-602; K. Oellers-Frahm, «Article 41», dans *The Statute of the International Court of Justice — A Commentary* (dir. publ., A. Zimmermann et al.), Oxford University Press, 2006, p. 923-966.

dictions internationales⁹, et même nationales¹⁰, de l'époque. Leur généralisation aux deux niveaux, national et international, avait fait naître dans la doctrine contemporaine une tendance consistant à les assimiler à un véritable *principe général de droit*, commun à presque tous les systèmes juridiques nationaux, et confirmé par la pratique des tribunaux nationaux, arbitraux et internationaux¹¹.

13. Je n'entends pas m'étendre ici sur cet aspect de la question, mais seulement appeler l'attention sur un point précis, avant de passer à d'autres aspects de mon examen du cas d'espèce, toujours dans l'optique de la présente demande en indication de mesures conservatoires. Dans le cadre des procédures juridiques internationales touchant la sauvegarde de droits de l'homme, les mesures conservatoires vont bien plus loin dans le domaine de la protection, laissant entrevoir des perspectives nouvelles et traduisant l'efficacité du droit de recours individuel lui-même à l'échelle internationale; il devient clair que, ici, elles tendent à sauvegarder des droits individuels et semblent posséder un caractère plus que préventif, mais proprement *tutélaire*¹².

14. En matière de contentieux interétatique, le pouvoir d'une instance telle que la Cour d'indiquer des mesures conservatoires dans une affaire en attendant une décision vise à *préserver l'équilibre* entre les droits respectifs des parties en litige¹³, en évitant qu'un préjudice irréparable ne soit porté aux droits en cause sur le plan judiciaire¹⁴. Rompant avec le

⁹ Cf. R. Bernhardt (dir. publ.), *Interim Measures Indicated by International Courts*, Berlin/Heidelberg, Springer-Verlag, 1994, p. 1-152.

¹⁰ Cf. E. García de Enterría, *La Batalla por las Medidas Cautelares*, 2^e éd. [développée], Madrid, Civitas, 1995, p. 25-385.

¹¹ Au sens de l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour; cf. L. Collins, «Provisional and Protective Measures in International Litigation», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (1992), vol. 234, p. 23, 214 et 234.

¹² Cf. R. St. J. MacDonald, «Interim Measures in International Law, with Special Reference to the European System for the Protection of Human Rights», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (1993), vol. 52, p. 703-740; A. A. Cançado Trindade, «Les mesures provisoires de protection dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme», dans *Mesures conservatoires et droits fondamentaux* (dir. publ., G. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss), Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 2005, p. 145-163; *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* (2003), vol. 4, p. 13-25; cf. également, d'une manière générale, A. Saccucci, *Le Misure Provvisorie nella Protezione Internazionale dei Diritti Umani*, Turin, Giappichelli Ed., 2006, p. 103-241 et 447-507.

¹³ Cf. E. Hambro, «The Binding Character of the Provisional Measures of Protection Indicated by the International Court of Justice», dans *Rechtsfragen der Internationalen Organisation — Festschrift für Hans Wehberg* (dir. publ., W. Schätzel et H.-J. Schlochauer), Francfort-sur-le-Main, 1956, p. 152-171.

¹⁴ C'est ce qu'a indiqué la Cour dans les affaires suivantes, par exemple: *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, mesures conservatoires, ordonnance du 17 août 1972, C.I.J. Recueil 1972, p. 16, par. 21, et p. 34, par. 22; *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)*, mesures conservatoires, ordonnance du 15 décembre 1979, C.I.J. Recueil 1979, p. 19, par. 36; pour des affaires ultérieures, voir, entre autres, *Activités militaires et paramili-*

formalisme du droit procédural international qui prévalait naguère, il peut aujourd'hui être reconnu sans risque que le respect des mesures conservatoires a une incidence directe sur les droits invoqués par les parties en litige, des droits qui, dans un contexte comme celui de la présente affaire entre la Belgique et le Sénégal, font eux-mêmes directement écho aux attentes légitimes de milliers d'êtres humains.

IV. LE DÉPASSEMENT DE LA DIMENSION STRICTEMENT INTERÉTATIQUE À TRAVERS LA RECONNAISSANCE DES DROITS À SAUVEGARDER

15. Dans le cadre d'une procédure internationale devant la Cour, seuls les Etats peuvent, en tant que parties en litige, demander l'indication de mesures conservatoires. Ces dernières années, toutefois, les demandes de cet ordre ont mis en jeu des droits qui allaient au-delà de la dimension strictement interétatique. Dans la triade formée par les affaires *Breard*, *LaGrand* et *Avena*, des mesures conservatoires ont été demandées pour éviter qu'un préjudice irréparable ne soit également porté au droit à la vie des personnes déclarées coupables (sursis à exécution), dans le contexte des procédures engagées à leur encontre. Dans son ordonnance du 9 avril 1998 en l'affaire *Breard* (*Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique)*)¹⁵, la Cour, prenant note de l'invocation par l'Etat demandeur du droit à la vie, et en particulier de l'article 6 du pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques (par. 8), a indiqué qu'A. F. Breard, un ressortissant paraguayen, ne devait pas être exécuté jusqu'à ce qu'elle rende sa décision définitive en l'affaire (point I du dispositif).

16. L'année suivante, dans son ordonnance du 3 mars 1999 en l'affaire *LaGrand* (*Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique*)¹⁶, la Cour a une nouvelle fois pris acte de l'argument de l'Etat demandeur tendant, là encore, à invoquer le droit à la vie et l'article 6 du même pacte des Nations Unies (par. 8), et a indiqué que W. LaGrand, un ressortissant allemand, ne devait pas être exécuté tant qu'elle n'aurait pas définitivement statué en l'instance (point I du dispositif). De même, dans

taires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 10 mai 1984, C.I.J. Recueil 1984, p. 179, par. 24, et p. 182, par. 32; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993 et ordonnance du 13 septembre 1993, C.I.J. Recueil 1993, respectivement p. 19, par. 34, et p. 342, par. 35. Cf. également, par exemple, *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, mesures conservatoires, ordonnance du 10 janvier 1986, C.I.J. Recueil 1986, p. 3; *Plateau continental de la mer Egée (Grèce c. Turquie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 11 septembre 1976, C.I.J. Recueil 1976, p. 3; *Essais nucléaires (Australie c. France)* et *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, ordonnance du 13 juillet 1973, C.I.J. Recueil 1973; ou encore *Procès de prisonniers de guerre pakistanais (Pakistan c. Inde)*, C.I.J. Recueil 1973, entre autres.

¹⁵ *Mesures conservatoires*, C.I.J. Recueil 1998, p. 248.

¹⁶ C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 9.

son ordonnance du 5 février 2003 en l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*¹⁷, la Cour a pris note de l'argument de l'Etat demandeur basé sur la reconnaissance par le droit international du «caractère sacré de la vie humaine», en invoquant toujours l'article 6 du même pacte des Nations Unies, et a là encore indiqué que C. R. Fierro Reyna, R. Moreno Ramos et O. Torres Aguilera, trois ressortissants mexicains, ne devaient pas être exécutés avant sa décision finale en l'affaire (point I du dispositif, al. a)).

17. Les individus condamnés étaient censés être les bénéficiaires ultimes de la procédure engagée devant la Cour, et c'est pour eux que les Etats demandeurs avaient plaidé dans l'espoir d'obtenir de celle-ci une ordonnance en indication de mesures conservatoires. A des occasions antérieures, la Cour avait également tâché de protéger la vie humaine dans d'autres contextes. Ainsi, une vingtaine d'années plus tôt, dans son ordonnance du 15 décembre 1979 en l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)*¹⁸, la Cour avait tenu compte des arguments de l'Etat visant à protéger la vie, la liberté et la sécurité personnelle de ses ressortissants (par. 37), et indiqué des mesures conservatoires pour préserver ces droits (point I du dispositif, al. A), après s'être référée aux «obligations impératives» dictées par la convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques et par la convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires (par. 41), et ayant considéré que

«la persistance de la situation qui fai[sait] l'objet de la requête expos[ait] les êtres humains concernés à des privations, à un sort pénible et angoissant et même à des dangers pour leur vie et leur santé et par conséquent à une possibilité sérieuse de préjudice irréparable» (par. 42).

18. Cinq ans plus tard, dans son ordonnance du 10 mai 1984 en l'affaire *Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*¹⁹, la Cour indiqua des mesures conservatoires (point B du dispositif, al. 2) après avoir pris note de l'appel lancé par l'Etat demandeur pour la protection du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité personnelle de certains citoyens nicaraguayens (par. 32). Peu après, dans sa célèbre ordonnance du 10 janvier 1986 en l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*²⁰, auxquelles les parties intéressées se sont dûment conformées, la chambre de la Cour tint compte des craintes exprimées par celles-ci pour l'intégrité et la sécurité des personnes présentes dans la zone contestée (par. 6 et 21). Une dizaine d'années plus tard, dans son ordonnance du 15 mars 1996 en

¹⁷ C.I.J. Recueil 2003, p. 77.

¹⁸ C.I.J. Recueil 1979, p. 7.

¹⁹ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, C.I.J. Recueil 1984, p. 169.

²⁰ C.I.J. Recueil 1986, p. 3.

l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*²¹, la Cour prit acte de la mise en garde formulée par l'Etat demandeur, à savoir que la poursuite des affrontements armés dans la région causait notamment des «pertes irrémédiables en vies et en souffrances humaines et d'importants dommages matériels» (par. 19); en décidant d'indiquer des mesures conservatoires, la Cour considéra que

«il ressort à suffisance des déclarations faites par les deux Parties devant [elle] qu'il y a eu des incidents militaires et que ceux-ci ont causé des souffrances, des pertes en vies humaines — tant militaires que civiles —, des blessés et des disparus, ainsi que des dommages matériels importants; ... [que] les droits en litige dans la présente instance sont des droits souverains que les Parties prétendent avoir sur des territoires, et que ces droits concernent aussi des personnes ... [et, enfin,] que les événements qui sont à l'origine de la demande, et tout spécialement le fait que des personnes aient été tuées dans la presqu'île de Bakassi, ont porté un préjudice irréparable aux droits que les Parties peuvent avoir sur la presqu'île; [et] que les personnes se trouvant dans la zone litigieuse, et par voie de conséquence les droits que les Parties peuvent y avoir, sont exposés au risque sérieux d'un nouveau préjudice irréparable» (par. 38-39 et 42).

19. Une autre ordonnance illustrant ce dépassement de la dimension strictement interétatique, de par la reconnaissance des droits à sauvegarder au moyen de mesures conservatoires, est celle qui a été rendue dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*²², opposant ce dernier à l'Ouganda. Dans son ordonnance du 1^{er} juillet 2000 en l'affaire, la Cour tint compte des «violations ... des droits de l'homme» alléguées par le demandeur — en invoquant des instruments internationaux pour fonder la sauvegarde de ces droits (par. 4-5 et 18-19) — et de l'appel lancé par celui-ci pour la protection de ses habitants (par. 31) ainsi que de ses propres «droits au respect des règles du droit international humanitaire et des instruments relatifs à la protection des droits de l'homme» (par. 40). Reconnaisant le besoin urgent de mesures conservatoires (par. 43-44), la Cour conclut qu'il n'était «pas ... contesté que des violations graves et répétées des droits de l'homme et du droit international humanitaire, y compris des massacres et autres atrocités, [avaie]nt été commises sur le territoire du Congo» (par. 42). Aussi ordonna-t-elle aux deux Parties de, notamment, «prendre toutes mesures nécessaires pour assurer, dans la zone de conflit, le plein respect des droits fondamentaux de l'homme, ainsi que des règles applicables du droit humanitaire» (point 3 du dispositif).

20. Dans son ordonnance du 8 avril 1993 en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de*

²¹ C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 13.

²² C.I.J. Recueil 2000, p. 111.

*génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*²³, la Cour, après avoir constaté l'existence d'un «risque grave» pour la vie humaine, indiqua des mesures conservatoires et rappela les termes de la résolution 96 (I) de l'Assemblée générale du 11 décembre 1946 (déjà cités dans son propre avis consultatif de 1951 sur les *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*), à savoir que le crime de génocide «bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'humanité ... et est contraire à la loi morale ainsi qu'à l'esprit et aux fins des Nations Unies» (par. 49). Dans son ordonnance suivante du 13 septembre 1993 en cette affaire²⁴, la Cour manifesta encore sa volonté de protéger les droits de l'homme et des peuples (par. 38). Enfin, dans sa récente ordonnance du 15 octobre 2008 en l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*²⁵, la Cour a exprimé une nouvelle fois son attachement à la protection de la vie humaine et de l'intégrité de la personne (par. 122 et 142-143).

21. Il ressort de l'analyse ci-dessus que, ces trente dernières années, la Cour est progressivement sortie de la sphère strictement interétatique du fait de la reconnaissance des droits qu'il lui est demandé de sauvegarder au moyen de ses ordonnances en indication de mesures conservatoires. Rivés à leur propre dogmatisme, les nostalgiques du passé peuvent difficilement nier que, de nos jours, les Etats estant devant la Cour ont, en dépit du caractère interétatique de sa procédure contentieuse, admis ne plus avoir l'apanage des droits à protéger, ce qu'ils admettent d'ailleurs volontiers — et c'est tout à leur honneur — lorsqu'ils viennent plaider devant elle pour défendre également des personnes, leurs ressortissants, voire, dans une perspective plus vaste, leur population tout entière.

22. Ce faisant, ils n'exercent pas leur droit de protection diplomatique, car leurs arguments s'inscrivent dans un cadre conceptuel bien plus vaste. De son côté, la Cour a — n'en déplaise aux nostalgiques — rendu à certaines occasions des ordonnances en indication de mesures conservatoires dans lesquelles elle a expressément placé les droits de la personne humaine au même niveau que ceux des Etats (cf. *supra*). C'est donc l'ordre juridique international moderne lui-même qu'il faut repenser, en prêtant une attention plus grande à l'un des éléments constitutifs des Etats, à savoir leur population, et au besoin que celle-ci a d'être protégée, fût-ce par le jeu d'un mécanisme interétatique.

23. Les faits tendent à précéder les normes, qui doivent dès lors être capables de s'étendre aux situations nouvelles qu'elles visent à régler, compte dûment tenu des valeurs supérieures²⁶. Devant la Cour, *ius standi* et *locus standi in iudicio* demeurent certes le propre des Etats, en ce

²³ C.I.J. Recueil 1993, p. 3.

²⁴ *Ibid.*, p. 322.

²⁵ C.I.J. Recueil 2008, p. 353.

²⁶ Cf., notamment, G. Morin, *La révolte du droit contre le code — la révision nécessaire des concepts juridiques*, Paris, Libr. Rec. Sirey, 1945, p. 2, 6-7 et 109-115.

qui concerne les demandes en indication de mesures conservatoires, mais cela ne s'est pas révélé incompatible avec la protection des droits de la personne humaine, couplés à ceux des Etats. Après tout, les bénéficiaires ultimes des droits à sauvegarder ainsi sont, le plus souvent, des êtres humains en même temps que leurs Etats. Réciproquement, les Etats demandeurs eux-mêmes ont, dans leurs exposés devant la Cour, dépassé cette ancienne vision purement interétatique, en invoquant des principes et des normes du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire pour assurer la sauvegarde des droits fondamentaux de la personne humaine.

24. Du point de vue du droit matériel ou des règles de fond, la structure interétatique des procédures de la Cour n'a jamais constitué un obstacle insurmontable empêchant de défendre ainsi le respect des principes et normes du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire, puisque les demandes en indication de mesures conservatoires soumises à la Cour ne sont pas censées se limiter à la sauvegarde des droits des Etats.

25. L'un des éléments constitutifs des Etats — et non le moindre — étant leur population, il n'est guère surprenant que les mesures conservatoires indiquées dans les ordonnances successives de la Cour aient transcendé la dimension interétatique du passé, artificielle, pour en venir à sauvegarder aussi les droits dont l'être humain est le titulaire ultime. Cette évolution rassurante ne souffre aucun recul, puisqu'elle a eu lieu pour répondre à un besoin fondamental et à une aspiration partagés non seulement par les Etats, mais par la communauté internationale moderne tout entière.

V. LE RAISONNEMENT DE LA COUR DERRIÈRE L'INDICATION DE MESURES CONSERVATOIRES

26. Ces dernières dizaines d'années, dans les ordonnances en indication de mesures conservatoires qu'elle a rendues en vertu de l'article 41 de son Statut, la Cour a largement fondé son raisonnement soit sur la nécessité d'éviter ou d'empêcher qu'un préjudice imminent et irréparable ne soit porté aux droits des parties en litige (y compris les droits de la personne humaine), soit, plus généralement, sur la nécessité d'éviter ou de prévenir une aggravation de la situation qui aurait fatalement pour effet de nuire à ces droits ou de leur porter irrémédiablement atteinte. Cela dit, lorsqu'elle rend de telles ordonnances, la Cour ne doit pas nécessairement se limiter ou s'en tenir à un tel raisonnement.

27. Là encore, les faits tendent à précéder les normes, et beaucoup dépendra de la nature et de la teneur des droits à protéger. Dans la présente affaire relative à des questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader, le droit à sauvegarder touche, selon moi, à la *réalisation même de la justice*. Le raisonnement de la Cour doit donc, nécessairement, refléter le but recherché en protégeant ce droit. Dans le

contexte différent d'autres affaires, la Cour s'est déjà montrée consciente de l'impériosité de rendre justice.

28. Ainsi, dans son ordonnance du 10 janvier 1986 en l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*²⁷, la chambre de la Cour indiqua des mesures conservatoires pour éviter une aggravation de la situation, sachant que de telles mesures contribueraient à «assurer la bonne administration de la justice» et à empêcher «la destruction d'éléments de preuve pertinents» pour sa propre décision (par. 19-20). Ce souci de la Cour de préserver les éléments de preuve pertinents aux fins de sa décision en l'instance se retrouve également, en termes exprès, dans son ordonnance du 15 mars 1996 (par. 42) en l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*²⁸.

29. Partant, la volonté de la Cour, lorsqu'elle indique des mesures conservatoires, de *favoriser une bonne administration de la justice* ressort même dans sa propre jurisprudence. Dans l'ordonnance qu'elle a rendue ici en l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, le droit à ce que justice soit faite occupe une place centrale et revêt une importance cardinale, méritant dès lors une attention particulière. J'y reviendrai plus loin dans cette opinion dissidente, après une parenthèse sur la genèse de l'affaire et sur la situation d'impunité qui a régné pendant près d'une vingtaine d'années, des éléments qui, de mon point de vue, ont une incidence réelle et directe sur les conditions requises — l'urgence et l'existence d'un risque de préjudice irréparable pour le droit à sauvegarder — aux fins de l'examen de cette demande en indication de mesures conservatoires.

VI. L'HISTOIRE DES VICTIMES DU RÉGIME HABRÉ DANS LEUR LUTTE OBSTINÉE CONTRE L'IMPUNITÉ

30. Dans le cadre des audiences devant la Cour, la Belgique et le Sénégal ont *tous deux* éprouvé la nécessité de revenir sur les atrocités du régime Habré (1982-1990), dont la présente affaire découle. Dans ses plaidoiries du 6 avril 2009, en effet, la Belgique s'est référée aux conclusions de la Commission tchadienne pour la vérité quant aux pertes en vies humaines ainsi qu'aux 54 000 prisonniers politiques constatés entre 1982 et 1990²⁹. Mieux: le Sénégal lui-même s'est étendu encore davantage sur ces conclusions, dans ses plaidoiries du 8 avril 2009: il a ajouté que, outre ces 54 000 prisonniers politiques, environ 40 000 personnes avaient péri à l'époque du régime Habré, portant le nombre total à «au moins 94 000 victimes directes ou leurs ayants droit» qui étaient «susceptibles d'être concernés par le procès de M. Hissène Habré»³⁰.

²⁷ C.I.J. Recueil 1986, p. 3.

²⁸ C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 13.

²⁹ CR 2009/8, p. 18-19.

³⁰ CR 2009/11, p. 10.

31. Force est de remarquer que les deux Parties, la Belgique et le Sénégal, ont rappelé ces chiffres tragiques au cours de la procédure consacrée aux mesures conservatoires. Dans les circonstances de la présente affaire, il est inévitable de s'attarder sur les atrocités du régime Habré pour répondre à la question du droit que la Cour est priée de protéger par des mesures conservatoires. Il est louable de la part des deux Parties, le Sénégal et la Belgique, d'avoir pris toute la mesure de la gravité de l'affaire et de la tragédie humaine que celle-ci suppose, dans le cadre d'une procédure strictement interétatique devant cette Cour. Ce sont les États intéressés eux-mêmes qui ont mis un point d'honneur à reconnaître la dimension humaine du contentieux qui les oppose ici.

1. *La genèse de l'affaire*

32. Les faits dans lesquels la présente affaire trouve son origine sont, en fait, de notoriété publique, puisqu'ils sont relatés dans, notamment, le rapport de la Commission tchadienne pour la vérité (du 7 mai 1992)³¹, consacré à l'époque du régime de l'ancien président Hissène Habré (du 7 juin 1982 au 1^{er} juin 1990). La Belgique et le Sénégal y ont tous deux fait référence. Au terme de son enquête, la Commission pour la vérité a rendu compte des crimes systématiquement commis contre l'intégrité physique et mentale des personnes et contre leurs biens (partie I) au cours de la période considérée, pour établir le sinistre constat de plus de 40 000 morts, plus de 80 000 orphelins, plus de 54 000 personnes arbitrairement détenues et 200 000 personnes dépouillées et privées de toute assistance morale et matérielle. La commission a clairement indiqué qu'il s'agissait là du résultat d'une politique systématique de l'Etat comprenant détentions arbitraires, torture, conditions inhumaines de détention, exécutions sommaires, arbitraires ou extrajudiciaires, massacres en chaîne ou exécutions en masse, dissimulation de dépouilles, destruction de villages, persécutions, expulsions par la force et pillages³².

33. Le rapport analysait également les détournements de fonds publics (partie II), et précisait que le régime Habré avait délibérément semé la terreur parmi la population. Les piliers de la répression orchestrée par l'Etat étaient, d'après la Commission pour la vérité, la police politique (la Direction de la documentation et de la sécurité (DDS)) et le Service d'investigation présidentiel (SIP), couplés au parti d'Etat. La commission ajoutait que la terrifiante DDS communiquait directement avec le président, sans intermédiaire. Les « politiques d'Etat » conçues au sommet de l'exécutif étaient, pour citer la commission, mises en œuvre avec une « dis-

³¹ La « commission d'enquête sur les crimes et détournements commis par l'ex-président Habré, ses coauteurs et/ou complices » a été établie par le décret du Gouvernement tchadien n° 014/P.CE/CJ/90 du 29 décembre 1990.

³² Cf. Ministère tchadien de la justice, *Rapport de la commission d'enquête nationale — Les crimes et détournements de l'ex-président Habré et de ses complices*, Paris, L'Harmattan, 1993, p. 5-269.

position innée» mêlée de cruauté et un «mépris de la vie humaine»³³. Les exécutions étaient «ordonné[s] directement» par le président³⁴, au bureau duquel étaient directement apportés les biens obtenus par pillage³⁵.

34. En somme, d'après la Commission tchadienne pour la vérité, l'ère Habré se résume à huit années de terreur orchestrée par l'Etat, pendant lesquelles une population complètement sans défense pleura ses morts face à une distorsion abominable des fins de l'Etat, les crimes commis demeurant à ce jour impunis. Le rapport de la Commission tchadienne pour la vérité marquait seulement le début de l'histoire des victimes des atrocités perpétrées au Tchad pendant le régime Habré (1982-1990). Celles-ci ont parcouru un long chemin en quête de justice, tant au niveau national qu'à l'échelle internationale.

2. La question de la justiciabilité dans cette longue quête de justice

35. La question de la justiciabilité pour les graves violations perpétrées pendant les années Habré, à commencer par le droit à sauvegarder en l'espèce, revêt une dimension distincte. Dans le cadre de ses plaidoiries devant la Cour, la Belgique a déclaré, le 6 avril 2009, que son intervention dans la présente affaire «trouv[ait] son origine dans une plainte déposée à Bruxelles, avec constitution de partie civile devant un juge d'instruction, le 30 novembre 2000 par un ressortissant belge d'origine tchadienne»³⁶. Qui plus est — la Belgique a-t-elle ajouté —, ce n'est pas elle mais le Sénégal qui avait été saisi des premières plaintes contre M. H. Habré, en janvier 2000, ce en pure perte puisque

«la chambre d'accusation de la cour d'appel de Dakar avait annulé le procès-verbal d'inculpation délivré par le juge d'instruction sénégalais qui inculpait M. Hissène Habré pour complicité de crimes contre l'humanité, d'actes de torture et de barbarie»³⁷.

36. Le Sénégal a pour sa part soutenu devant la Cour, également le 6 avril 2009, que la présente affaire était partie du dépôt auprès du juge d'instruction, le 25 janvier 2000, d'une plainte (de M. S. Guengueng et de sept autres requérants) à l'encontre de M. H. Habré pour crimes contre l'humanité, torture, actes de barbarie, discrimination, meurtres et disparitions forcées; les huit requérants prétendaient avoir été victimes de crimes contre l'humanité et d'actes de torture au Tchad,

³³ *Op. cit. supra* note 32, p. 18 et 21. La DDS recevait l'aide d'Etats étrangers (p. 28) et parvint rapidement au but recherché, qui était de faire régner la terreur au sein de la population (p. 30-32), par la «prolifération des centres de détention à travers tout le territoire» (p. 43).

³⁴ *Ibid.*, p. 58.

³⁵ *Ibid.*, p. 71.

³⁶ CR 2009/8, p. 17.

³⁷ *Ibid.*, p. 19.

entre juin 1982 et décembre 1990³⁸. Trois ans plus tôt, en 1987, le Sénégal avait ratifié la convention des Nations Unies contre la torture de 1984³⁹.

37. Lorsqu'il a plaidé devant la Cour, le Sénégal a relaté les démarches accomplies par les deux groupes de victimes des atrocités du régime Habré dans leur quête de justice :

«Alors que la Cour de cassation sénégalaise examinait encore l'affaire, une autre plainte a été déposée, en Belgique, par un autre groupe de victimes tchadiennes ou d'origine tchadienne, dont M. Aganaye qui a porté plainte le 30 novembre 2000.

Ce groupe de victimes était différent de celui qui avait porté plainte à Dakar, mais les deux groupes bénéficiaient des mêmes soutiens...

Au Sénégal, le 20 mars 2001, la Cour de cassation ... a rejeté le pourvoi formé par les victimes tchadiennes du groupe Guengueng. Elle a jugé qu'aucun texte de procédure ne donnait une compétence universelle aux juridictions sénégalaises pour connaître des faits dénoncés sur le fondement de la convention de 1984 [contre la torture].»⁴⁰

38. La Belgique a reconnu que le Sénégal avait récemment modifié sa législation (Code pénal et Code de procédure pénale), au mois de février 2007, en y introduisant le principe de la compétence universelle pour réprimer le génocide, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité⁴¹. Dans l'intervalle, toutefois, le 18 avril 2001 — comme le Sénégal a lui-même cru bon de le rappeler à la Cour —, le groupe de victimes conduit par M. Guengueng avait saisi le comité des Nations Unies contre la torture établi par l'article 17 de la convention du même nom⁴².

39. Force est de constater que des années se sont écoulées avant que les victimes de la répression imputée au régime Habré puissent faire valoir leurs droits devant la justice nationale, et qu'il a fallu encore davantage de temps — près d'une vingtaine d'années — pour qu'elles puissent les défendre en vertu de la convention des Nations Unies contre la torture, et maintenant devant la Cour dans le cadre d'une procédure entre Etats. Cela montre que l'heure de la justice humaine n'est assurément pas celle des victimes (cf. *infra*). En outre, si des droits sont aujourd'hui invoqués par des Etats au sujet des atrocités du régime Habré, c'est grâce à l'*initiative des victimes elles-mêmes*, devant les instances nationales (au Sénégal et en Belgique), puis devant le comité des

³⁸ CR 2009/9, p. 10 et 23. Les requérants étaient membres de l'Association des victimes des crimes et répressions politiques au Tchad (AVCRP), établie en 1991; *ibid.*, p. 10.

³⁹ Ainsi que le Sénégal l'a lui-même rappelé devant la Cour; *ibid.*, p. 23.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 24.

⁴¹ CR 2009/8, p. 20.

⁴² CR 2009/9, p. 24.

Nations Unies contre la torture, autant de démarches qui ont conduit au dépôt de la présente affaire devant la Cour.

40. De graves violations des droits de l'homme sont donc à l'origine du présent contentieux interétatique devant la Cour, et il importe de noter que — tout à leur honneur — la Belgique et le Sénégal n'ont pas cherché à le nier lorsqu'ils ont plaidé devant elle. En outre, le Sénégal, dans ses exposés du 6 avril 2009, s'est référé expressément aux *victimes* du régime Habré qui demandent justice (cf. *supra*). Le *droit des Etats* qui est invoqué ici devant la Cour au titre de la convention de 1984 contre la torture est né des *droits des êtres humains* victimes de la répression et de la cruauté d'un régime d'oppression. La présente affaire révèle que la dimension humaine des droits des Etats eux-mêmes peut, dans certaines circonstances, devenir indéniable.

41. Une fois saisi, en 2001, de l'affaire *S. Guengueng et autres*, engagée contre le Sénégal, le comité des Nations Unies contre la torture rendit une mesure provisoire ou conservatoire prescrivant à celui-ci, en tant qu'Etat partie, de ne pas expulser M. H. Habré et de «prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher que ce dernier ne quitte le territoire autrement qu'en vertu d'une procédure d'extradition», et il conclut que le Sénégal s'était conformé à cette demande⁴³. Cinq ans plus tard, dans sa décision du 17 mai 2006 en l'affaire *Suleymane Guengueng et autres c. Sénégal*, le comité concluait notamment que «le délai raisonnable dans lequel l'Etat partie aurait dû remplir» l'obligation inscrite au paragraphe 2 de l'article 5 de la convention des Nations Unies contre la torture «[était] largement dépassé» (depuis déjà huit ans à l'époque)⁴⁴. Il ajoutait que le but de l'article 7 de la convention était «d'éviter l'impunité pour tout acte de torture»⁴⁵ et constatait qu'il avait été manqué à ces deux dispositions, à savoir l'article 7 et le paragraphe 2 de l'article 5 de la convention contre la torture⁴⁶.

42. Le comité des Nations Unies contre la torture, en tant qu'organe chargé de veiller au respect de la convention, ne fut pas le seul à s'associer à la lutte contre l'impunité qui est en jeu dans l'affaire dont la Cour est actuellement saisie, qui a trait à des questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader; une organisation internationale régionale s'en est aussi mêlée: il s'agit de l'Union africaine. En fait, la Belgique⁴⁷ et le Sénégal⁴⁸ ont tous deux reconnu expressément, dans leurs plaidoiries devant la Cour, la contribution de l'Union africaine à l'application du principe de la compétence universelle en l'espèce.

43. Lorsque le Sénégal a porté l'«affaire Hissène Habré» devant l'Union africaine en janvier 2006, celle-ci a mis sur pied un comité d'ém-

⁴³ Nations Unies, doc. CAT/C/36/D/181/2001 du 19 mai 2006, p. 2, par. 1.3.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 15, par. 9.5.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 15, par. 9.7.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 16, par. 9.9, 9.11 et 9.12.

⁴⁷ CR 2009/8, p. 41-42.

⁴⁸ CR 2009/9, p. 27.

nents juristes africains pour examiner le dossier (décision 103 (VI)). Dans son rapport à la conférence des chefs d'Etat et de gouvernement de l'Union africaine (juillet 2006), ce comité a notamment recommandé ce qui suit :

«Tous les Etats africains devraient s'assurer que chacun adhère complètement à la convention contre la torture et au protocole additionnel afin de permettre l'application de la convention sur l'ensemble du continent. Les déclarations pertinentes prévues à l'article 22 doivent aussi être faites pour offrir une protection réelle des droits des citoyens. Cette adhésion est aussi importante pour la prévention de la torture...

Tous les Etats doivent prendre des mesures nécessaires pour adopter des lois sur ces crimes et intégrer la convention contre la torture dans leur législation interne.»⁴⁹

44. Sur la base de ce rapport, la conférence de l'Union africaine, dans sa décision 127 (VII), a chargé le Sénégal «de poursuivre et de faire juger, au nom de l'Afrique, Hissène Habré par une juridiction sénégalaise compétente avec les garanties d'un procès juste»⁵⁰. Le différend entre la Belgique et le Sénégal s'est donc focalisé, dans leurs plaidoiries devant la Cour des 7 et 8 avril 2009, sur un aspect bien précis, à savoir que, pour la Belgique, «si le Sénégal s'estime tenu de ne pas libérer M. Habré, c'est seulement en raison du mandat qui lui a été conféré par l'Union africaine, et non du fait des obligations lui incombant à l'égard de la Belgique en vertu de la convention contre la torture»⁵¹, le Sénégal ayant répondu en rappelant qu'au contraire

«il n'a[vait] jamais considéré que l'obligation de juger Hissène Habré trouv[ait] sa source dans la décision de l'Union africaine et ... [qu']il s'[était] toujours référé à la Convention de 1984 au moment d'apporter les modifications nécessaires à sa législation afin de rendre possible le procès envisagé»⁵².

45. Il convient de noter que l'«affaire Hissène Habré» a été portée à l'attention d'encore une autre instance de l'Organisation des Nations Unies, à savoir le groupe de travail sur l'examen périodique universel (EPU) du Conseil des droits de l'homme. Dans une compilation préparée pour ce groupe de travail par le Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme⁵³, ainsi que dans un projet de rapport (de

⁴⁹ Union africaine, *Rapport du Comité d'éminents juristes africains sur l'affaire Hissène Habré*, 2006, p. 5, par. 36-37.

⁵⁰ Union africaine, *Décisions et déclarations*, Banjul, juillet 2006, décision 127 (VII), p. 1, par. 5 *ii*).

⁵¹ CR 2009/10, p. 23.

⁵² CR 2009/11, p. 14.

⁵³ Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, doc. A/HRC/WG.6/4/SEN/2, 18 décembre 2008, p. 7, par. 27.

février 2009) établi par le groupe de travail lui-même⁵⁴, il est fait expressément référence à l'affaire, dans le cadre de la lutte contre l'impunité. Pourtant, en dépit de tout cela, les victimes qui ont survécu aux atrocités du régime Habré attendent toujours que justice leur soit rendue. L'espoir a la vie dure.

VII. L'HEURE DES VICTIMES ET CELLE DE LA JUSTICE HUMAINE

1. Le décalage à combler

46. L'heure des victimes ne semble assurément pas être celle de la justice humaine. L'être humain n'a que peu de temps à vivre sur cette terre (*vita brevis*), du moins trop peu pour réaliser pleinement son projet de vie. La brièveté de la vie humaine a été maintes fois commentée au fil des siècles: dans son ouvrage intitulé *De brevitae vitae*⁵⁵, Sénèque fit observer que, à quelques exceptions près, la plupart de ses contemporains disparaissaient alors qu'ils s'apprêtaient tout juste à vivre⁵⁶. Or, la justice humaine s'éternise, prenant souvent bien plus de temps qu'une vie humaine, dont elle paraît dédaigner la fragilité et la fugacité, même face à l'adversité et à l'injustice. La justice semble, en somme, faire fi du temps dont les êtres humains disposent pour concrétiser leurs besoins et leurs aspirations.

47. Certes, le temps chronologique n'est pas le temps biologique. Les événements ne s'égrènent pas au même rythme que la vie humaine, bien plus fugace. *Tempus fugit*. Cela dit, l'heure biologique n'est pas l'heure psychologique non plus. Ceux qui survivent à la cruauté perdent, dans les moments de profonde souffrance et d'humiliation, tout ce qu'ils pouvaient attendre de la vie; en un instant, les plus jeunes perdent à jamais leur innocence et les aînés leur confiance dans leurs semblables, sans parler des institutions. Leurs vies deviennent vides de sens, et il ne leur reste que leur foi en la justice humaine. Pourtant, l'heure de la justice humaine ne paraît pas être celle des victimes.

48. Pour les victimes, le temps écoulé sans justice est source de souffrance puisqu'il laisse le désespoir s'installer. Or, les victimes de tortures n'ont plus que cet espoir dans la justice humaine auquel se raccrocher. Les effets ravageurs de la torture ont également été dénoncés à maintes reprises, et les juridictions internationales ne devraient pas sembler y res-

⁵⁴ Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, doc. A/HRC/WG.6/4/L.10, 11 février 2009, p. 7, 12, 15, 16 et 21, par. 31, 63, 79, 92 et 98 (5), respectivement.

⁵⁵ Rédigé entre les années 49 et 62 de notre ère.

⁵⁶ Sénèque, *De la brièveté de la vie (De brevitae vitae)*, chap. I-1 :

«... la rapidité avec laquelle nos années s'écoulent» que, «[d]ès l'entrée de la carrière, tous, à la réserve d'un très petit nombre, se trouvent à la fin de leur course» — «*tam rapide dati nobis temporis spatia decurrant, adeo ut exceptis admodum paucis ceteros in ipso vitae apparatu vita destituat*», *Cours de latinité supérieure, ou Extraits des auteurs latins*, par M. l'Abbé Paul, p. 457.

ter indifférentes. Dans un récit personnel éloquent, par exemple, la mise en garde suivante fut formulée :

«Celui qui a été torturé reste un torturé. La torture est marquée dans sa chair au fer rouge, même lorsque aucune trace cliniquement objective n'y est plus repérable... Celui qui vient de réchapper de la torture et dont la douleur se calme (avant de reprendre de plus belle) se sent gagné par une sorte de paix éphémère, propice à la réflexion... Si ce qui reste de l'expérience de la torture peut jamais être autre chose qu'une impression de cauchemar, alors c'est un immense étonnement, et c'est aussi le sentiment d'être devenu étranger au monde, état profond qu'aucune forme de communication ultérieure avec les hommes ne pourra compenser...

Celui qui a été soumis à la torture est désormais incapable de se sentir chez soi dans le monde... La confiance dans le monde qu'ébranle déjà le premier coup reçu ... est irrécupérable.»⁵⁷

49. Il est impératif ici de combler, sinon de réduire le décalage qui existe entre l'heure des victimes et celle de la justice humaine, d'autant plus que la torture et les autres atrocités n'auraient jamais dû avoir lieu et ne devraient plus jamais se reproduire, et que le droit international moderne les interdit de manière absolue et inconditionnelle quelles que soient les circonstances — une interdiction qui relève du *ius cogens* (cf. *infra*). De mon point de vue, cela joue directement sur la question de l'indication de mesures conservatoires.

2. La détermination de l'urgence

50. Il est urgent et impératif de mettre la justice humaine à l'heure des victimes ou, à tout le moins, de réduire le décalage qui subsiste entre les deux. Il me semble que, pour déterminer si des mesures conservatoires doivent être indiquées, l'urgence d'une situation ne peut pas toujours être appréciée de manière automatique et doit toujours l'être de façon stricte. Qu'il me soit permis de rappeler que le terme «urgent» vient du latin «urgens/urgentis» (participe d'*urgere*), désignant ce qui doit être fait

⁵⁷ J. Améry, *At the Mind's Limits*, Bloomington, Indiana Univ. Press, 1980 (rééd.), p. 34 et 38-40. Voir également J. Améry, *Par-delà le crime et le châtement*, Arles, Actes Sud/Babel, 2005 (rééd.), p. 83-84, 92 et 94-96.

promptement et, *a fortiori*, ce qui est indispensable et incontournable. Le terme «urgence» est un dérivé de l'*urgentia* du latin moderne (XVI^e et XVII^e siècles), signifiant «état, condition ou fait d'être urgent», «d'importance pressante» ou encore «impératif»⁵⁸. En termes juridiques, l'*urgence* traduit le besoin pressant et l'importance de respecter des principes et obligations juridiques⁵⁹. Dans le même sens, synonyme d'impératif, l'*urgence* désigne le «caractère d'un état de fait susceptible d'entraîner, s'il n'y est porté remède à bref délai, un préjudice irréparable, *sans cependant qu'il y ait nécessairement péril imminent*»⁶⁰.

51. L'*urgence* évoque donc des mesures à prendre avec célérité, dans le cadre d'une situation donnée, afin d'éviter de nouveaux retards qui risquent d'entraîner un préjudice supplémentaire, voire irréparable (cf. *infra*). Pour apprécier l'*urgence*, je ne pense pas qu'il faille se fonder sur une définition abstraite du terme, qui s'applique uniformément à toutes les affaires; au contraire, l'*urgence* doit être déterminée au regard de la nature juridique du droit à sauvegarder et de son contenu, ainsi qu'à la lumière des circonstances propres à chaque affaire, puisque, lorsqu'il s'agit d'indiquer des mesures conservatoires, elle doit également se conjuguer à d'autres éléments, comme l'existence d'un risque de préjudice irréparable.

52. Qui plus est, pour déterminer s'il y a lieu d'indiquer des mesures conservatoires, l'*urgence* ne peut être appréciée d'une manière qui paraisse dissocier la situation considérée et le drame humain qui la sous-tend; il faut l'apprécier et la déterminer à la lumière des circonstances de chaque affaire et de la nature du droit à sauvegarder. L'*urgence* se mesure non pas en fonction de la durée des procédures juridiques en vigueur sur les plans interne et international mais, plutôt, eu égard aux attentes légitimes des titulaires des droits initialement violés, quand la justice leur est ouverte, et compte tenu du temps dont les êtres humains disposent, différent du temps pris par la justice humaine.

53. Pour apprécier l'*urgence*, il est en outre raisonnable de se demander: urgent pour qui? Pour les «administrateurs» de la justice ou ses «artisans», où qu'ils soient? J'en doute fort, car, sous toutes les latitudes, ceux-ci sont habitués au temps pris par la justice humaine, différent du temps imparti à l'humain lui-même. Pour les victimes? Certainement, oui, puisqu'elles n'ont pas autant de temps devant elles que la justice (*vita brevis*). S'il est fait abstraction du temps alloué aux individus, et du drame humain formant l'arrière-plan d'une situation comme celle qui nous occupe dans la présente affaire, justice ne pourra être faite.

⁵⁸ *Apud Oxford English Dictionary* (en ligne), www.oed.com, entrée de la 2^e éd. (1989), Oxford University Press, avec les derniers ajouts de mars 2009, point I 1) a); les italiques sont de moi.

⁵⁹ *Apud Real Academia Española (RAE), Diccionario de la lengua española*, 21^e éd., Madrid, 1992, p. 2050.

⁶⁰ G. Cornu/Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, Quadrige/PUF, 2008 (réimp.), p. 946; les italiques sont de moi.

54. L'urgence d'une situation ne devient pas évidente uniquement lorsque, par exemple, des condamnés sont sur le point d'être exécutés, comme dans la triade d'affaires *Breard/LaGrand/Avena*, ou lorsque davantage de personnes vont être assassinées, comme dans les affaires concernant des conflits armés⁶¹. L'urgence d'une situation peut tenir à une action autant qu'à un défaut d'action. Elle devient également manifeste lorsque les victimes doivent endurer l'impunité de leurs bourreaux toute leur vie durant, en luttant vainement pour obtenir justice sur les plans national et international.

55. Dans la présente affaire où les faits sont bien établis et qui concerne la quête de justice pour les atrocités attribuées au régime Habré, il est de notoriété publique que la politique de répression planifiée et exécutée alors par l'Etat tchadien a coûté des vies humaines — ce en très grand nombre — il y a fort longtemps déjà. Toutefois, le droit à préserver aujourd'hui est d'une autre nature: il s'agit du droit à ce que justice soit rendue, qui trouve son expression dans les obligations correspondantes figurant au paragraphe 2 de l'article 5 et au paragraphe 1 de l'article 7 de la convention des Nations Unies contre la torture de 1984.

56. Quels que soient les arguments avancés par les parties en litige, la Cour conserve toute latitude pour apprécier à son gré l'urgence de la situation portée à sa connaissance pour décision. Dans la présente affaire relative à des questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader, le maintien actuel de M. H. Habré en résidence surveillée au Sénégal ne constitue qu'un seul des aspects de la situation présentée à la Cour (cf. par. 82-83 *infra*) et non, contrairement à ce que celle-ci paraît croire, le plus important pour décider d'indiquer ou non des mesures conservatoires. Le facteur crucial tient ici, selon moi, à la ténacité dont les victimes déçues par les ans n'ont cessé de faire preuve jusqu'à ce jour dans leur longue, et vaine, lutte en quête de justice humaine.

57. Le texte intégral du rapport de la Commission tchadienne pour la vérité, adopté à N'Djamena le 7 mai 1992 et publié dans un livre peu après⁶², était assorti des documents et témoignages glanés en tant qu'éléments de preuve par la commission, notamment de déclarations faites par certains survivants. Il relatait les différentes formes de torture et les détentions arbitraires⁶³, comprenait toute une section consacrée à la «volonté délibérée d'exterminer les prétendus opposants au régime»⁶⁴, et

⁶¹ Comme les affaires ci-après, dont la Cour a eu à connaître: *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*.

⁶² Cf. Ministère tchadien de la justice, *Rapport de la commission d'enquête nationale — Les crimes et détournements de l'ex-président Habré et de ses complices*, Paris, L'Harmattan, 1993, p. 5-269.

⁶³ Cf. *ibid.*, p. 38-43.

analysait les violences systématiques du régime Habré dans les termes suivants :

«Le régime de Hissène Habré a été une véritable hécatombe pour le peuple tchadien; des milliers de personnes ont trouvé la mort, des milliers d'autres ont souffert dans leur âme et dans leur corps et continuent d'en souffrir...

Jamais dans l'histoire du Tchad il n'y a eu autant de morts. Jamais il n'y a eu autant de victimes innocentes. Au début de ses travaux, la Commission d'enquête pensait avoir affaire, au pire des cas, à des massacres, mais plus elle avançait dans ses investigations, plus l'étendue du désastre s'agrandissait pour aboutir finalement au constat qu'il s'agissait plutôt d'une extermination... La machine à tuer ne faisait aucune différence entre hommes, femmes et enfants.»⁶⁵

58. L'impunité règne depuis lors, près de vingt ans après, en dépit de toutes ces démarches en quête de justice qui ont été faites par la Commission tchadienne pour la vérité, par le comité des Nations Unies contre la torture, par l'Union africaine, par le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, par le Haut Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, et de l'initiative prise par le Sénégal lui-même de modifier son Code pénal et son Code de procédure pénale. Pourtant, les survivants luttent toujours pour obtenir justice. Nombre d'entre eux ont péri au cours de leur quête. Ainsi, pour citer les propos tenus l'an dernier par l'un des survivants, «il a fallu lutter dix-huit ans pour traduire Hissène Habré devant la justice, et le temps est compté. Sauf action rapide du Sénégal, il ne restera bientôt plus de victimes pour assister au procès.»⁶⁶ Voilà encore une illustration du décalage qui existe entre l'heure de la justice humaine et celle des victimes.

59. Le temps est intimement lié au droit, à son interprétation et à son application dans toutes les situations et relations que celui-ci régit. Le fait qu'un certain temps se soit écoulé depuis les faits rapportés n'enlève rien à l'urgence ou à l'importance de la situation, me semble-t-il, loin s'en faut : le temps *ajoute à l'urgence*, et les longs retards constituent une circonstance *aggravante*. Plus l'impunité persiste, plus il devient urgent de rendre la justice. Face à l'impunité, l'urgence ne s'atténue pas avec le temps, au contraire.

3. La détermination du risque de préjudice irréparable

60. Le droit à préserver au moyen de mesures conservatoires en l'instance est le *droit à ce que justice soit rendue*. Il se rattache aux obligations *erga omnes partes* correspondantes qui sont énoncées dans la convention

⁶⁴ *Ibid.*, p. 51-54.

⁶⁵ *Op. cit. supra* note 62, p. 68, et cf. p. 239.

⁶⁶ Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés (UNHCR) — Refworld, «United Nations Decision on Hissène Habré Flouted», www.unhcr.org/refworld/docid/48358a6ac.html, 16 mai 2008, p. 1 [traduction du Greffe].

des Nations Unies contre la torture de 1984, comme celle qu'a l'Etat de prendre des mesures pour établir sa compétence (article 5) à l'égard des crimes visés à l'article 4 de la convention, et celle qu'exprime le principe *aut dedere aut judicare* (article 7). Les années d'impunité qui ont suivi la vague de crimes systématiques planifiés par l'Etat et — selon la Commission tchadienne pour la vérité — perpétrés par des agents de ce dernier au Tchad de 1982 à 1990 me semblent imprimer à la situation la gravité et l'urgence qui justifient l'indication de mesures conservatoires. Le règne de l'impunité au fil des ans ne fait qu'aggraver la situation, et ne rend le besoin de justice que plus criant.

61. L'autre élément justifiant l'indication de mesures conservatoires est également présent dans la situation qui nous occupe. Le droit à ce que justice soit rendue est, en application de la convention des Nations Unies contre la torture, un droit *erga omnes partes* qui fait pendant aux obligations susmentionnées. Tous les Etats parties à la convention sont titulaires de ce droit, y compris la Belgique et le Sénégal. Mais ce ne sont pas les Etats, des entités abstraites, qui en sont les bénéficiaires ultimes; ce sont des êtres humains de chair et de sang, avec un corps et une âme, qui, comme tout un chacun, vieillissent et périssent. Négliger ce fait revient à céder au fantasme vattélien d'une société strictement interétatique qui appartient depuis longtemps au passé.

62. Chaque fois qu'une victime qui a survécu à la torture et attend justice s'éteint sans l'avoir obtenue, il y a (encore) préjudice irréparable. L'impunité qui a régné jusqu'à ce jour crée en fait un contexte *permanent* de préjudice irréparable. Attendre davantage en l'espèce, c'est risquer d'ajouter à ce préjudice irréparable ou de l'aggraver. Les violations des droits de la personne humaine qui ont initialement conduit à l'invocation, au niveau interétatique, du droit à sauvegarder ici — le droit à ce que justice soit rendue — ne peuvent être négligées ou oubliées.

63. En outre, la nature du droit à sauvegarder et les circonstances qui entourent celui-ci ont une réelle incidence sur la décision d'indiquer des mesures conservatoires. En ce qui concerne les obligations correspondant à ce droit à sauvegarder, le segment *aut judicare* de la formule résumant le principe de la compétence universelle, *aut dedere aut judicare*, interdit tout retard excessif dans l'accomplissement de la justice. Tarder ainsi à rendre la justice, c'est causer un préjudice irréparable à ceux qui luttent en vain pour l'obtenir; en outre, cela va à l'encontre de l'objet et du but de la convention des Nations Unies contre la torture et fait obstacle à leur réalisation, au point d'emporter violation de celle-ci⁶⁷.

64. Dans la présente affaire relative à des questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader, il ne fait selon moi aucun doute que les deux éléments requis — l'urgence et l'existence d'un *risque de préjudice irréparable* — sont présents, et ce manifestement. L'heure n'est donc

⁶⁷ Cf., à cet effet, A. Boulesbaa, *The United Nations Convention on Torture and the Prospects for Enforcement*, La Haye, Nijhoff, 1999, p. 227.

pas aux raisonnements abstraits. L'absence d'urgence sur laquelle la majorité de la Cour a fait fond dans sa décision en l'instance reste à démontrer. Aussi me semble-t-il que, fidèle à sa mission, la Cour aurait dû indiquer des mesures conservatoires pour tâcher de faire en sorte que justice soit rendue promptement dans la présente affaire.

VIII. LA NATURE JURIDIQUE, LE CONTENU ET LES EFFETS DU DROIT À SAUVEGARDER

65. Au cours de la procédure sommaire tenue dans la présente affaire, les Parties en litige, la Belgique et le Sénégal, ont eu l'occasion d'examiner assez avant la nature et les effets juridiques du droit à sauvegarder, aussi bien pendant qu'après les audiences publiques qui ont eu lieu du 6 au 8 avril 2009 devant la Cour⁶⁸. Elles se sont plusieurs fois référées à leurs propres obligations, en tant qu'Etats parties à la convention des Nations Unies contre la torture de 1984. La Cour elle-même a, dans la présente ordonnance, fondé sa compétence *prima facie* sur l'article 30 de cette convention (par. 53-54 de l'ordonnance).

66. Si, dans la présente affaire, le droit à ce que justice soit rendue est passé au premier plan, c'est parce qu'il a initialement été porté atteinte à l'interdiction absolue de la torture, une interdiction relevant du *jus cogens*, au cours des années où le régime Habré était en place au Tchad (1982-1990). En fait, un régime international proscrivant la torture, les disparitions forcées et les exécutions sommaires ou extrajudiciaires s'est formé pendant plus de vingt ans, sur la base de l'interdiction absolue (de *jus cogens*) frappant également ces crimes. Pour examiner cette question dans sa globalité, il me faudrait aller bien au-delà du propos que je forme dans la présente opinion dissidente, mais, en ce qui concerne l'interdiction absolue de la torture en particulier, je ne manquerai pas de rappeler que la convention des Nations Unies contre la torture de 1984 va de pair avec les conventions interaméricaine de 1985 contre la torture et européenne de 1987 pour la prévention de la torture et des peines

⁶⁸ Par la suite, en réponse à la question que j'avais jugé opportun de leur poser à l'issue de l'audience publique du 8 avril 2009 — à savoir :

« Afin de mieux cerner les *droits* qui doivent être préservés (aux termes de l'article 41 du Statut), y a-t-il des droits qui correspondent aux obligations énoncées au paragraphe 1 de l'article 7, lu conjointement avec le paragraphe 2 de l'article 5, de la convention des Nations Unies contre la torture de 1984 et, si tel est le cas, quels sont leur *nature juridique*, leur *contenu* et leurs *effets*? Quels sont les *titulaires* de ces droits — les Etats dont les nationaux sont concernés, ou tous les Etats parties à la convention précitée? A qui ces droits sont-ils opposables — seulement aux Etats concernés par une affaire concrète, ou à tout Etat partie à la convention? » —,

le Sénégal et la Belgique ont adressé à la Cour deux lettres chacun, exposant leurs vues en réponse à cette question (lettre de la Belgique du 15 avril 2009, p. 1-6; lettre du Sénégal du 15 avril 2009, p. 3; lettre de la Belgique du 20 avril 2009, p. 1; lettre du Sénégal du 20 avril 2009, p. 1-3).

ou traitements inhumains ou dégradants. En outre, aux travaux des organes internationaux chargés de veiller à la mise en œuvre de ces trois conventions viennent s'ajouter ceux des mécanismes extraconventionnels de l'Organisation des Nations Unies dans le même domaine.

67. De plus, deux tribunaux internationaux modernes ont apporté une contribution remarquable à la jurisprudence consacrée à l'interdiction de *jus cogens* dont la torture fait l'objet: il s'agit du Tribunal pénal international *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie (le TPIY) et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (la CIDH). Ainsi, dans l'affaire *Le Procureur c. Furundzija* (jugement du 10 décembre 1998 IT-95-17/1-T), le TPIY a affirmé que l'interdiction absolue de la torture revêtait le caractère d'une norme de *jus cogens*, commandant l'application du principe de la compétence universelle (par. 137-139, 144, 156 et 160). De son côté, la CIDH, dans les arrêts qu'elle a rendus dans les affaires *Cantoral Benavides c. Perú* (18 août 2000, par. 95 et 102-103) et *Maritza Urrutia c. Guatemala* (27 novembre 2003, par. 89 et 92), a confirmé l'interdiction absolue de la torture — appartenant au domaine du *jus cogens* —, même dans les circonstances les plus difficiles⁶⁹. Cette position constitue aujourd'hui sa jurisprudence constante.

68. Quiconque enfreint des normes de *jus cogens* aura inéluctablement des comptes à rendre à la justice. S'il y a un droit à sauvegarder en l'espèce, c'est précisément parce qu'il y a eu des violations du *jus cogens*. Le besoin de justice n'en est que plus important. La convention des Nations Unies contre la torture de 1984 fait obligation aux Etats parties d'établir leur compétence en matière de torture (article 5) et de poursuivre ou d'extrader les auteurs de cette infraction (article 7). Il s'agit là d'obligations *erga omnes partes* qui ne lient pas uniquement les Parties en litige, mais incombent à tous les Etats parties à la convention, également tenus par l'obligation de *garantie collective* imposée par celle-ci. Réciproquement, *tous les Etats parties* ont, sur la base de la convention, le droit correspondant de s'assurer que les obligations en question sont bien respectées.

69. La convention autorise les Etats parties à exercer ce droit *erga omnes partes* — lequel est donc opposable à chacun d'entre eux. La pertinence de cette convention, ainsi que la nature et les effets du droit à sauvegarder et les obligations y énoncées, qui expriment le principe de la compétence universelle (*aut dedere aut judicare*), ne ressortent pas des motifs sur lesquels la majorité de la Cour a appuyé sa décision dans la présente ordonnance. Ils méritaient selon moi de jouer un rôle bien plus

⁶⁹ Comme — entre autres exemples cités par la CIDH — dans un contexte de guerre, de menace de guerre, de « lutte contre le terrorisme », d'état d'urgence, de conflit interne ou d'autres catastrophes nationales. Voir également, en ce sens, sa décision en l'affaire *Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú* (8 juillet 2004, par. 111-112, cf. www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_ing.pdf).

grand dans l'analyse des conditions justifiant l'indication de mesures conservatoires.

70. Si tel avait été le cas, la Cour serait parvenue à une tout autre décision dans son ordonnance. Si elle avait fait jouer le droit international coutumier, elle se serait trouvée face à un droit correspondant à des obligations *erga omnes*, dévoilant des perspectives plus vastes, sans s'arrêter aux Etats parties à la convention des Nations Unies contre la torture. Je n'entends pas m'arrêter sur cet aspect de la question dans la présente opinion dissidente, si ce n'est pour appeler l'attention sur un point précis, qui mérite d'être relevé ici puisqu'il n'est pas passé inaperçu lors de l'audience publique que la Cour a tenue le 7 avril 2009⁷⁰ dans la présente affaire.

71. La codification des obligations *erga omnes* de protection, découlant des normes impératives du droit international, me semble avoir raison du système érigé par le passé sur la base de l'autonomie de la volonté de l'Etat, qu'il n'est désormais plus possible d'invoquer ou d'appliquer face à des normes de *jus cogens*. Ces dernières transcendent le droit des traités, pour s'étendre aujourd'hui au domaine de la responsabilité des Etats. Pareilles obligations transcendent elles-mêmes clairement le consentement individuel des Etats, présageant l'avènement de l'ordre juridique international des temps modernes, fondé sur la primauté des valeurs communes supérieures, dans le cadre de l'élaboration continue du droit international pour l'humanité.

72. Les obligations *erga omnes* ne peuvent être convenablement envisagées dans une perspective purement interétatique, qui ne refléterait plus l'essence de l'ordre juridique international moderne. Ces obligations font apparaître non seulement une dimension *horizontale*, leur respect étant dû à la communauté internationale dans son ensemble (un point examiné à satiété dans la doctrine), mais aussi une dimension *verticale*, me semble-t-il, puisque ce sont non seulement les organes et agents de la puissance publique mais aussi les simples particuliers qui doivent s'y conformer, dans leurs relations avec leurs semblables (un point encore trop peu examiné dans la doctrine jusqu'ici). Une bonne compréhension de la portée de ces obligations et le respect qui leur est dû peuvent contribuer à libérer le monde de la violence et de la répression, telles que celles qui, dans la présente affaire, ont fait des milliers de victimes au Tchad au cours des années du régime Habré (1982-1990).

73. Il serait difficile de trouver meilleur exemple d'un mécanisme d'application des obligations *erga omnes* de protection (du moins dans le cadre des relations entre Etats parties) que les méthodes de surveillance conçues pour les traités relatifs aux droits de l'homme eux-mêmes, comme la convention des Nations Unies contre la torture de 1984, aux fins de l'exercice de la *garantie collective* des droits protégés. Dans la présente affaire, le droit à sauvegarder est celui à ce que justice soit faite, qui cor-

⁷⁰ Cf. CR 2009/10, p. 14-15.

respond à ces obligations *erga omnes partes*. Si elle avait indiqué les mesures conservatoires demandées, la Cour se serait posée en gardienne de la garantie collective prévue dans la convention des Nations Unies contre la torture.

IX. LES MESURES CONSERVATOIRES À INDIQUER

1. *Le facteur temps et l'impériosité de rendre justice*

74. La *fuite* du temps et ses effets constituent probablement la plus grande énigme ou le plus grand mystère de l'existence humaine, déroutant tous ceux qui, au fil des siècles, s'y sont intéressés dans différents domaines du savoir. Le domaine juridique ne fait pas exception : le passage du temps a, sans grande surprise, fait naître certaines questions qui dépassent toujours la pensée juridique lorsqu'il s'agit de savoir comment interpréter et appliquer le droit. De mon point de vue, le temps doit être garant de justice, et certainement pas suggérer son impossibilité (pour cause de manque allégué de ressources matérielles ou financières), ou imposer l'inaction juridique, voire l'oubli (comme dans le cas de prescription, dans d'autres contextes). La conscience juridique universelle a évolué de telle manière qu'elle ne souffre plus les obstacles, géographiques ou temporels, à l'examen et à la répression des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire.

75. L'exercice de la compétence universelle vise à surmonter les obstacles d'ordre géographique du passé. Il reste, en outre, à combler le décalage qui subsiste entre l'heure des victimes et celle de la justice humaine, pour vaincre les obstacles d'ordre temporel. C'est la gravité des violations des droits de l'homme, des crimes perpétrés, qui interdit de laisser durer l'impunité des exakteurs, afin d'honorer la mémoire de ceux qui y ont laissé la vie et d'apporter réparation à ceux qui y ont survécu ainsi qu'à leurs proches. A mes yeux, le châtement n'importe pas tant que la reconnaissance des souffrances humaines par la justice⁷¹, et seule la réalisation de la justice peut permettre d'*atténuer* les souffrances des victimes irrémédiablement marquées par la torture.

76. A cette fin, le temps est nécessairement compté, comme celui de la vie humaine, et le fait de différer indéfiniment l'accomplissement de la justice constitue une circonstance aggravante. Il va sans dire que l'oubli ne peut être imposé puisque, dans le domaine du droit, ce serait faire entrave à la justice. L'examen et la répression des graves violations des droits de l'homme permettent de transposer le passé dans le présent, afin de rendre ce dernier supportable, une fois bien établie la responsabilité des atrocités passées. Les survivants et leurs proches peuvent ainsi se

⁷¹ Le droit à sauvegarder ici, le droit à la justice, est inextricablement lié à la réparation [non pécuniaire].

réapproprier leur avenir. L'impunité est inacceptable à notre époque; la mémoire résiste à l'oubli forcé, rendant l'avenir possible.

77. Le décalage entre l'heure des victimes et celle de la justice humaine doit être réduit. Sans la réalisation de la justice, sans le droit au Droit, nul système juridique ne peut exister, que ce soit au niveau national ou à l'échelle internationale. Dans l'intervalle, tant que perdurera l'impunité dans la présente affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, le temps *qui passe* restera douloureux, bien plus que d'ordinaire, en particulier pour ceux qui pâtissent de l'absence de justice humaine. L'heure de cette dernière n'est pas celle des victimes.

2. *La nécessité d'indiquer des mesures conservatoires dans la présente affaire*

78. Compte tenu de ce qui précède, le refus de la majorité de la Cour d'indiquer des mesures conservatoires dans la présente affaire paraît fort contestable. Dans la présente ordonnance, la Cour a fondé sa compétence *prima facie* sur la convention des Nations Unies contre la torture (article 30); à mon sens, les conditions justifiant l'indication de mesures conservatoires étaient réunies et, même si les arguments des Parties ne l'avaient pas pleinement convaincue, la Cour n'avait pas à s'y limiter ou à s'y tenir.

79. Dans sa propre jurisprudence, la Cour, invoquant le principe selon lequel *jura novit curia*, a précisé qu'elle n'était pas tenue de se borner, dans son examen de l'affaire considérée, aux exposés ou éléments qui lui étaient formellement soumis par les parties — un avertissement qu'elle a formulé, par exemple, dans sa décision en l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)* (fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 181, par. 17-18), et dans celle des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)* (fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 24-25, par. 29-30). En somme, la Cour est *maîtresse de sa propre compétence*, et elle a le pouvoir d'indiquer toute mesure conservatoire pouvant lui sembler nécessaire dans une affaire, quels que soient les arguments des parties, et même si aucun argument n'est avancé à cet égard.

80. Le fait que la Cour ne soit pas tenue de se limiter aux arguments des parties trouve également confirmation dans les paragraphes 1 et 2 de l'article 75 de son Règlement⁷², qui l'autorisent expressément à indiquer,

⁷² Aux termes du paragraphe 1 de l'article 75 de son Règlement, en effet, «[l]a Cour peut à tout moment décider d'examiner d'office si les circonstances de l'affaire exigent l'indication de mesures conservatoires que les parties ou l'une d'elles devraient prendre ou exécuter», ce même article indiquant en son paragraphe 2 que, «[l]orsqu'une demande en indication de mesures conservatoires lui est présentée, la Cour peut indiquer des mesures totalement ou partiellement différentes de celles qui sont sollicitées, ou des mesures à prendre ou à exécuter par la partie même dont émane la demande».

de sa propre initiative, les mesures conservatoires qu'elle juge nécessaires, même si ces dernières sont totalement ou partiellement différentes de celles qui sont sollicitées. Si elle avait décidé d'indiquer des mesures conservatoires dans la présente affaire, comme je le soutiens ici, la Cour aurait créé un précédent remarquable dans cette longue quête de justice, du point de vue de la théorie et de la pratique du droit international. Après tout, c'est ici la première fois qu'elle est saisie d'une affaire sur le fondement de la convention des Nations Unies contre la torture de 1984, laquelle constitue elle-même «le premier traité consacré aux droits de l'homme qui fasse du principe de la compétence universelle une obligation internationale à la charge de tous les Etats parties, sans condition préalable si ce n'est la présence de l'auteur allégué des tortures»⁷³.

81. La Cour a déjà fait usage à quelques occasions des prérogatives que lui confère l'article 75. Ainsi a-t-elle par exemple invoqué le paragraphe 2 de l'article 75 dans les ordonnances en indication de mesures conservatoires qu'elle a rendues dans les affaires suivantes: *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie) (mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 22, par. 46)*, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria) (mesures conservatoires, ordonnance du 15 mars 1996, C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 24, par. 48)*, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda) (mesures conservatoires, ordonnance du 1^{er} juillet 2000, C.I.J. Recueil 2000, p. 128, par. 43)*; voir, plus récemment, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie) (mesures conservatoires, ordonnance du 15 octobre 2008, C.I.J. Recueil 2008, p. 397, par. 145)*.

82. Il est à mon avis préoccupant que la Cour n'ait pas jugé nécessaire d'agir ainsi dans la présente affaire, qui touche le droit à ce que justice soit rendue. Après tout, rien ne l'empêchait de le faire; au contraire, je pense que les conditions requises — l'urgence et l'existence d'un risque de préjudice irréparable — étaient et demeurent réunies dans la présente affaire (cf. *supra*), exigeant des mesures conservatoires de sa part. En outre, il subsiste à ce stade — et sans préjuger l'affaire au fond — certaines incertitudes autour de la question dont la Cour est saisie, en dépit de la modification apportée par le Sénégal en février 2007 à son Code pénal et à son Code de procédure pénale.

83. Je songe par exemple aux délais prolongés apparemment dus aux frais importants qu'entraînerait la tenue du procès de M. H. Habré, auxquels s'ajoutent les mesures restant à prendre avant le procès, et l'incertitude quant au temps à attendre encore avant l'ouverture du procès (si tant est que celui-ci ait jamais lieu). En dépit de tout cela, la majorité

⁷³ M. Nowak, E. McArthur *et al.*, *The United Nations Convention against Torture — A Commentary*, Oxford University Press, 2008, p. 316.

n'ayant pas cru bon d'indiquer des mesures conservatoires, la Cour en est désormais réduite à espérer que les événements prendront un tour heureux.

84. La situation est d'autant plus alarmante lorsque l'on considère la nature des *obligations* susmentionnées qui sont à la charge des Etats parties à la convention des Nations Unies contre la torture. Il y a huit ans, le comité des Nations Unies contre la torture a, dans l'exercice de ses fonctions, décidé d'indiquer une mesure provisoire ou conservatoire dans l'affaire *S. Guengueng et autres*, concernant le Sénégal, afin d'assurer la pleine application des dispositions pertinentes de la convention des Nations Unies contre la torture. Pourtant, malgré tout cela, la Cour a conclu que les circonstances, telles qu'elles se présentaient actuellement à elle, n'étaient pas de nature à exiger l'indication de mesures conservatoires.

85. A mon grand regret, avec cette décision, la Cour s'est privée d'une occasion précieuse de concourir au développement du droit international moderne dans un domaine d'importance cruciale tel que celui qui concerne le principe de la compétence universelle, sur la base d'une convention des Nations Unies très importante consacrant une série d'obligations issues du *jus cogens*, à savoir la convention contre la torture de 1984.

86. Si la Cour avait adopté une position différente, elle aurait pu et même dû indiquer des mesures conservatoires obligeant les parties en litige, *ex abundante cautela*, à lui rendre compte à intervalles réguliers, sur la base de l'article 78 de son Règlement⁷⁴, des mesures éventuellement prises et des progrès finalement accomplis par elles pour faire en sorte que justice soit rendue dans la présente affaire (par exemple, en tenant le procès de M. H. Habré au Sénégal). Le mandat donné en 2006 par l'Union africaine elle-même s'en serait également trouvé renforcé (cf. *supra*). Des telles mesures conservatoires, assorties de l'obligation de faire rapport, se retrouvent déjà dans le cadre de certains précédents dans la propre jurisprudence de la Cour.

87. Qu'il me soit permis de rappeler que la Cour a rendu des ordonnances en indication de mesures conservatoires contenant pareille obligation de faire rapport, et qu'elle est restée saisie de la question jusqu'au prononcé de sa décision finale, dans les affaires suivantes: *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande) (mesures conservatoires, ordonnance du 17 août 1972, C.I.J. Recueil 1972, point 1 du dispositif, al. f))*, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran) (mesures conservatoires, ordonnance du 15 décembre 1979, C.I.J. Recueil 1979, point 2 du dispositif)*, *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali) (mesures conservatoires, ordonnance du 10 janvier 1986, C.I.J. Recueil*

⁷⁴ Aux termes de l'article 78 de son Règlement, «[l]a Cour peut demander aux parties des renseignements sur toutes questions relatives à la mise en œuvre de mesures conservatoires indiquées par elle».

1986, point 2 du dispositif), *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique)* (mesures conservatoires, ordonnance du 9 avril 1998, C.I.J. Recueil 1998, point I du dispositif), *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)* (mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I), point I du dispositif, al. a)), *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)* (mesures conservatoires, ordonnance du 5 février 2003, C.I.J. Recueil 2003, point I du dispositif, al. b)), *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)* (mesures conservatoires, ordonnance du 15 octobre 2008, C.I.J. Recueil 2008, point D du dispositif)⁷⁵.

88. La Cour aurait dû selon moi rester saisie de la question qui est en jeu. Elle n'aurait pas dû renoncer à exercer sa compétence dans le domaine des mesures conservatoires en s'en remettant aux intentions que les Parties ont pu sembler afficher, jouant ainsi un rôle plus semblable à celui d'un médiateur, si ce n'est d'un spectateur dans l'expectative. Si elle était restée saisie de la question, la Cour se serait posée en garante du respect, en l'espèce, des obligations conventionnelles incombant aux Etats parties à la convention des Nations Unies contre la torture, conformément au principe *aut dedere aut judicare*.

89. Le principe invoqué ici est celui de la compétence universelle, fondé sur une convention des Nations Unies qui reconnaît l'interdiction absolue de la torture, d'où l'entrée en jeu du *jus cogens*, une construction conceptuelle propre au nouveau *jus gentium* des temps modernes. A mes yeux, les obligations énoncées dans la convention des Nations Unies contre la torture ne constituent pas de simples obligations de conduite ou de comportement: ce sont de véritables obligations de *résultat*.

90. Pour ce qui concerne les mesures conservatoires, si la Cour avait décidé de rester saisie de la question en litige, en demandant aux Parties de lui fournir des renseignements supplémentaires et de lui rendre compte à intervalles réguliers des mesures prises pour faire en sorte que justice soit enfin rendue en l'espèce, elle aurait, ce faisant, apporté sa propre contribution non seulement au règlement de la question portée devant elle à ce stade, mais aussi à l'accomplissement de la justice, en exerçant à profit les fonctions qui sont les siennes dans le domaine des mesures conservatoires.

91. C'est ainsi qu'il aurait fallu procéder, me semble-t-il, en rendant une décision qui aurait pu constituer un précédent important, sinon historique, dans le domaine des mesures conservatoires. Toutefois, la Cour en ayant décidé autrement et n'ayant pas indiqué de telles mesures, il est devenu quelque peu difficile aujourd'hui de se défaire de l'impression que

⁷⁵ Cf. également l'ordonnance de la Cour en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)* (mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 7-8, par. 3).

la compétence universelle, prisonnière du passé, peine à s'inscrire dans le présent et a un avenir incertain.

X. LES ENSEIGNEMENTS À TIRER DE LA PRÉSENTE AFFAIRE À CE STADE :
DES MESURES CONSERVATOIRES POUR QUE JUSTICE SOIT RENDUE

92. Au moyen de ses mesures conservatoires, la Cour peut véritablement contribuer non seulement à préserver le droit à ce que justice soit rendue dans une affaire donnée, mais aussi à développer le droit des gens lui-même, le nouveau *jus gentium* des temps modernes. Tout dépendra de la manière dont les mesures conservatoires seront envisagées. Je considère pour ma part que, en préservant les droits dévolus non seulement aux États mais aussi aux êtres humains, ces mesures peuvent également concourir au développement du droit des gens.

93. Il ne s'agit pas là d'une conception nouvelle : cette vision des choses, relativement inexplorée à l'heure actuelle⁷⁶, s'était déjà esquissée à l'échelle internationale dans le cadre d'un courant de pensée juridique en la matière qui ne peut être oublié aujourd'hui, et qui devrait même désormais être repris et développé plus avant. Dès 1931, par exemple, Paul Guggenheim fit observer non sans perspicacité que les mesures conservatoires étaient vouées à contribuer au développement du droit international : après tout, elles contribuent bien à « rendre justice » et à la « réalisation future d'une situation juridique déterminée »⁷⁷.

94. Dix ans auparavant, tout au long des travaux du comité consultatif de juristes chargé de rédiger (en juin et juillet 1920) le Statut de la Cour de La Haye (la Cour permanente et la Cour actuelle), Raul Fernandes avait voulu renforcer les mesures conservatoires en proposant des mesures d'exécution (sanctions) par la Cour permanente de Justice internationale⁷⁸. Peu après, il avait affirmé son attachement à ce que justice soit rendue au niveau international compte tenu, en particulier, du principe de l'égalité juridique des États⁷⁹. Les mesures conservatoires, avec leur dimension préventive, peuvent bel et bien contribuer au développement du droit international.

95. Aux fins des mesures conservatoires *erga omnes partes* correspondantes qui sont énoncées dans la convention s qui nous occupent dans la présente affaire, le droit à préserver est, en dernière analyse, le *droit à ce*

⁷⁶ Lorsqu'il est question de nouveauté, une mise en garde formulée en des temps immémoriaux doit être gardée à l'esprit, à savoir que ce qui paraît nouveau ne l'est fort probablement pas, ayant déjà été envisagé ou exprimé plus tôt ; *Ecclésiaste*, cf. chap. I-10.

⁷⁷ P. Guggenheim, *Les mesures provisoires de procédure internationale et leur influence sur le développement du droit des gens*, op. cit. supra note 4, p. 14-15 et 62.

⁷⁸ Cf. Cour permanente de Justice internationale, *Procès-verbaux des séances du comité consultatif de juristes (16 juin-24 juillet 1920) avec annexes*, La Haye, Van Langenhuyens Frs., 1920, p. 588 (intervention de R. Fernandes, 20 juillet 1920).

⁷⁹ R. Fernandes, *Le principe de l'égalité juridique des États dans l'activité internationale de l'après-guerre*, Genève, Impr. A. Kundig, 1921, p. 18-22 et 33.

que justice soit rendue, à s'assurer que justice soit faite (un droit des Etats — devant la Cour — qui est né de la violation des droits fondamentaux des êtres humains concernés, initialement victimes d'actes de torture). Il y a selon moi en l'espèce un risque de préjudice irréparable (persistant) sous la forme d'une action insuffisante ou de nouveaux délais⁸⁰. Pour reprendre une ancienne mise en garde formulée sous forme de maxime, une justice tardive est un déni de justice.

96. On peut selon moi affirmer avec force que le déni d'accès à la justice est catégoriquement interdit: sans ce droit, nul système juridique ne peut tout simplement exister, que ce soit à l'échelle internationale ou sur le plan national. En outre, des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire, telles que la torture, ne portent pas uniquement préjudice aux victimes directes et indirectes, puisqu'elles touchent directement leur *milieu social* dans son ensemble. Dans ce contexte, le droit à ce que justice soit rendue semble inéluctablement revêtir la plus haute importance. La perpétuation de l'impunité ronge le *milieu social* tout entier. Il est urgent, c'est-à-dire impérieux, de sauvegarder le droit à ce que justice soit faite, au moyen de mesures conservatoires.

XI. OBSERVATIONS FINALES

97. J'en viens ainsi aux observations que j'ai à formuler pour conclure la présente opinion dissidente. Le fait que le caractère contraignant des mesures conservatoires soit aujourd'hui incontestable, grâce à la propre *res interpretata* de la Cour (cf. par. 9-11 *supra*), ne signifie pas que nous soyons arrivés au faite de l'évolution de la jurisprudence de la Cour en la matière. Bien au contraire, je ne puis m'empêcher de penser que nous n'assistons là qu'aux débuts de cette évolution jurisprudentielle. La Cour ne s'est pas encore prononcée sur l'autonomie d'une ordonnance en indication de mesures conservatoires, ni sur les conséquences juridiques d'un manquement à celles-ci. Elle ne s'est pas encore prononcée non plus sur les questions de responsabilité des Etats dans ce contexte très spécifique — en dehors de sa décision au fond dans les affaires considérées. Il reste donc encore beaucoup de chemin à parcourir.

98. Il a déjà été indiqué⁸¹ que, dans la présente affaire, c'est la violation de l'interdiction impérative de la torture qui a conduit ici à l'invocation, dans le cadre d'un différend entre Etats, du droit à ce que justice soit faite, sur la base des dispositions pertinentes de la convention des Nations Unies contre la torture de 1984 (article 7, par. 1, et article 5, par. 2). La nature du droit à sauvegarder, un droit *erga omnes partes*, a

⁸⁰ Qu'il me soit permis de rappeler que, au niveau du droit interne, dans la procédure juridique, le *periculum in mora*, couplé à des délais prolongés et excessifs dans l'accomplissement de la justice, est apparu comme une notion déterminante dans l'indication de mesures préventives ou provisoires.

⁸¹ Par. 40 et cf. par. 17 et 21-25 *supra*.

une réelle incidence sur une décision d'indiquer des mesures conservatoires. Pareilles mesures avaient effectivement leur place en l'espèce, puisque les conditions justifiant leur indication étaient réunies ici. L'urgence (l'impériosité) exige de telles mesures afin de parer au risque d'aggravation du préjudice irréparable pour cause de lenteur excessive de la justice.

99. Dans la présente ordonnance (par. 47-48), la Cour a cru déceler l'existence, *prima facie*, d'un différend persistant entre les Parties quant à l'interprétation et à l'application des dispositions pertinentes de la convention des Nations Unies contre la torture. De mon point de vue, les Etats parties à cette convention ont souscrit l'obligation d'exercer la compétence universelle (article 7) dans le cas de la torture, et de concourir ainsi au développement progressif d'un droit international véritablement universel. Aussi faut-il dépasser les formes traditionnelles de juridiction — fondées sur la territorialité, la personnalité active et passive (nationalité) ou la protection — face à des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire, ce qui permettrait de traduire en actes les valeurs juridiques supérieures partagées et défendues par la communauté internationale dans son ensemble, tout en répondant en particulier au souci légitime de celle-ci de vaincre l'impunité au niveau national.

100. La Cour a, jusqu'ici, confirmé succinctement et à juste titre, dans un autre contexte, que l'interdiction du génocide relève du domaine du *ius cogens*⁸². Nous sommes ici dans le domaine du droit matériel ou des règles de fond, par opposition à la notion, distincte quoique liée, d'obligations *erga omnes*, propre au droit procédural (cf. par. 68-73 *supra*). Bien que la Cour se soit surtout penchée sur ces dernières⁸³ — et qu'elle doive toujours tirer les conséquences de leur existence et de leur violation —, il lui reste encore fort à faire en ce qui concerne les impératifs

⁸² Affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 31-32, par. 64, et p. 35, par. 78; voir également l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 110-111, par. 161.

⁸³ Depuis son célèbre *obiter dictum* en l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 32, par. 33-34, puis dans les affaires suivantes: *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 102, par. 29; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 615-616, par. 31; *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 29, par. 54, et p. 51-52, par. 125; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 104, par. 147, p. 110-111, par. 161, et p. 120, par. 185. Cf. également *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 199, par. 155-157.

dictés par le *jus cogens* si, comme je l'espère, elle décide de se mettre à reconnaître le développement progressif de son contenu matériel.

101. La présente affaire me semble revêtir beaucoup d'importance, même à ce stade, puisque le droit à sauvegarder — le *droit à ce que justice soit rendue* — est inéluctablement lié à la primauté du droit d'une manière générale, tant au niveau national qu'à l'échelle internationale. Il importe de relever que, grâce à l'éveil d'une conscience juridique universelle, la question est à présent examinée aux deux niveaux et s'est vu accorder une attention croissante, ces trois dernières années, à l'ordre du jour de l'Assemblée générale des Nations Unies. Celle-ci a en effet réaffirmé «la nécessité de voir l'état de droit universellement respecté et instauré aux niveaux national et international», ainsi que son «engagement ... en faveur d'un ordre international fondé sur l'état de droit et le droit international»⁸⁴.

102. Pour sa part, l'ancienne Commission des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies avait souligné plus tôt, dans sa résolution 2000/43, que «toutes les allégations faisant état d'actes de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants d[evai]ent être examinées sans délai et en toute impartialité par l'autorité nationale compétente», et que «ceux qui encourag[ai]ent, ordonn[ai]ent, toll[é]r[ai]ent ou commett[ai]ent de tels actes dev[ai]ent être tenus pour responsables et sévèrement punis» (par. 6). La Commission avait ensuite plaidé pour la réadaptation des victimes (par. 6), après avoir aussi exhorté «les Etats [à] abroger les lois qui assur[ai]ent, en fait, l'impunité aux responsables de violations graves des droits de l'homme telles que les actes de torture et [à] poursuivre les auteurs de ces violations, conférant ainsi à l'Etat de droit une base solide» (par. 2).

103. Le dilemme central en la matière, qui se pose aujourd'hui non seulement aux Etats, mais aussi aux juristes, me semble très clair: ils peuvent soit continuer à s'en remettre aux formes traditionnelles de juridiction pénale (cf. par. 99 *supra*), nonobstant la gravité des infractions commises, soit reconnaître qu'il s'agit là de crimes qui bouleversent effectivement la conscience de l'humanité, commandant dès lors le recours à la compétence universelle. Soit ils continuent de raisonner dans la logique d'un ordre juridique international fragmenté en entités souveraines, soit ils décident de tendre davantage vers l'idéal de la *civitas maxima gentium*.

104. Suivant cet idéal, le bon usage de la raison prime le consentement (la volonté); c'est la *recta ratio* qui guide la volonté des Etats, et qui engendre le *nécessaire*, et non volontaire, droit des gens⁸⁵, unissant tous les peuples, liés en conscience, au sein de la *civitas maxima*, la communauté juridique de l'humanité tout entière. Héritage des stoïciens de la

⁸⁴ Résolution 63/128 de l'Assemblée générale (11 décembre 2008), intitulée «L'Etat de droit aux niveaux national et international», quatrième alinéa du préambule.

⁸⁵ Christian Wolff, *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum* (1764 — Série *The Classics of International Law*, J. Brown Scott, dir. publ.), *Prolegomena*, p. 2, par. 4.

Grèce antique, cet idéal, qui a notamment séduit Christian Wolff au XVIII^e siècle, a survécu jusqu'à ce jour en se rappelant de temps à autre aux mémoires⁸⁶. Il exclut tout ce qui bouleverse la conscience juridique universelle. Selon le concept de la *civitas maxima gentium*, les nations doivent s'entraider pour réprimer les crimes graves (où que ceux-ci puissent être commis) et promouvoir l'intérêt commun (*commune bonum promovere*)⁸⁷, comme de raison⁸⁸.

105. Si les Etats et les juristes adhèrent à ce point de vue, comme je l'espère sincèrement, le principe de la compétence universelle doit être défendu et appliqué *universellement*, aux quatre coins du monde, sans distinction⁸⁹. Dans la présente affaire, une occasion rare s'offre aujourd'hui au Sénégal: en traduisant promptement M. H. Habré en justice, celui-ci peut donner un exemple au monde, satisfaisant au mandat que l'Union africaine lui a confié en 2006, en parfait accord avec la nature juridique, la teneur et les effets du droit à sauvegarder en l'espèce, et avec les obligations *erga omnes partes* correspondantes qui sont inscrites dans la convention des Nations Unies contre la torture (article 7, par. 1, et article 5, par. 20). J'ose espérer que les Etats et la profession juridique s'engageront dans la bonne voie, afin de développer le droit international contemporain comme un véritable droit des gens, le nouveau *jus gentium* des temps modernes, émanation ultime de la conscience humaine.

(Signé) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

⁸⁶ Cf., par exemple, l'ouvrage de W. Schiffer datant d'il y a plus d'un demi-siècle, *The Legal Community of Mankind*, NY, Columbia University Press, 1954, p. 63-78.

⁸⁷ C. Wolff, *op. cit. supra* note 85, p. 5, par. 12-13.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 7, par. 21.

⁸⁹ Comme Christian Wolff le confirma aussi en 1764, toutes les personnes étant égales par nature, toutes les nations le sont également (*gentes etiam omnes natura inter se aequales sunt*); cf. *ibid.*, p. 6, par. 16.