

DISSENTING OPINION OF JUDGE CANÇADO TRINDADE

TABLE OF CONTENTS

	<i>Paragraphs</i>
I. PRELIMINARY OBSERVATIONS	2-4
II. PROVISIONAL MEASURES: THEIR TRANSPOSITION ONTO THE INTERNATIONAL LEGAL PROCEDURE	5-7
III. THE JURIDICAL NATURE AND EFFECTS OF PROVISIONAL MEASURES OF THE ICJ	8-14
IV. THE OVERCOMING OF THE STRICTLY INTER-STATE DIMENSION IN THE ACKNOWLEDGEMENT OF THE RIGHTS TO BE PRESERVED	15-25
V. THE RATIONALE OF THE PURPORTED AIMS OF PROVISIONAL MEASURES OF THE ICJ	26-29
VI. THE SAGA OF THE VICTIMS OF THE HABRÉ RÉGIME IN THEIR PERSISTENT STRUGGLE AGAINST IMPUNITY	30-45
1. The historical record of the case	32-34
2. The issue of justiciability in the long search for justice	35-45
VII. THE TIME OF HUMAN BEINGS AND THE TIME OF HUMAN JUSTICE	46-64
1. The <i>décalage</i> to be bridged	46-49
2. The determination of urgency	50-59
3. The determination of the probability of irreparable damage	60-64
VIII. LEGAL NATURE, CONTENT AND EFFECTS OF THE RIGHT TO BE PRESERVED	65-73
IX. PROVISIONAL MEASURES TO BE INDICATED	74-91
1. Time and the imperativeness of the realization of justice	74-77
2. The required indication of provisional measures in the present case	78-91
X. THE LESSON OF THE PRESENT CASE AT THIS STAGE: PROVISIONAL MEASURES FOR THE REALIZATION OF JUSTICE	92-96
XI. CONCLUDING OBSERVATIONS	97-105

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. I regret not to be able to concur with the decision taken by the majority of the Court not to indicate provisional measures in the *cas d'espèce*, for having considered that the circumstances presented to it were not such as to require the exercise of its power under Article 41 of the Statute to that end. My position is, *a contrario sensu*, that the circumstances surrounding the present case fully meet the preconditions for the indication of provisional measures, and that the International Court of Justice could and should thereby have indicated them. Given the high importance that I attach to the issues raised in the present Order, I feel obliged to present and leave on the records, in this dissenting opinion, the foundations of my position on the matter.

I. PRELIMINARY OBSERVATIONS

2. To this end, I shall concentrate my reasoning on successive and interrelated points, but not without first recalling that the present case is the first case lodged with the Court on the basis of the 1984 United Nations Convention against Torture. And it was on the basis of this highly relevant Convention (Article 30), which bears witness to the significant development of contemporary international law, that the Court found, in the present Order, that it indeed had *prima facie* jurisdiction (paras. 54-55 of the Order) to examine the request lodged with it for the indication of provisional measures. As the Order of the Court does not, in my view, reflect all the points that I deem relevant to the proper consideration of the issues raised by such request, I feel it is my duty to address those points, in a logical sequence, in support of my dissenting position.

3. I shall thus focus my reasoning on the following points: (*a*) the transposition of provisional measures onto the international legal procedure; (*b*) the juridical nature and effects of provisional measures of the ICJ; (*c*) the overcoming of the strictly inter-State dimension in the acknowledgment of the rights to be preserved; (*d*) the rationale of the purported aims of provisional measures of the ICJ; (*e*) the saga of the victims of the Habré régime in their persistent struggle against impunity (encompassing the historical record of the case, and the issue of justiciability in the long search for justice); (*f*) the time of human beings and the time of human justice (comprising the *décalage* to be bridged, the determination of urgency, and the determination of the probability of irreparable damage); (*g*) legal nature, content and effects of the right to be preserved; (*h*) provisional measures to be indicated (comprehending time and the imperativeness of the realization of justice), and (*i*) the required indication of provisional measures in the present case.

4. The way will thus be paved for extracting the lesson of the present case at this stage (provisional measures for the realization of justice), and for at last presenting my concluding observations on the matter. With these preliminary observations in mind, I shall

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

thus proceed to dwell upon each of the points identified for the development of my reasoning, as the foundation of my dissenting position in relation to the decision taken by the majority of the Court.

II. PROVISIONAL MEASURES: THEIR TRANSPOSITION ONTO THE INTERNATIONAL LEGAL PROCEDURE

5. In approaching provisional measures, one has, first of all, to bear in mind the historical transposition of such measures from the domestic legal systems to the international legal order. In fact, the precautionary measures of internal procedural law inspired the provisional measures¹ which developed subsequently in the ambit of international procedural law, to the extent of contributing decisively to affirm the autonomy of the precautionary legal action². However, this whole doctrinal construction did not succeed to free itself from a certain juridical formalism, leaving at times the impression of taking the process as an end in itself, rather than as a means for the realization of justice.

6. May it be recalled that, at the level of the domestic legal order, the precautionary process evolved in order to safeguard the effectiveness of the jurisdictional function itself. The precautionary legal action turned in its origins to aim at guaranteeing, rather than the subjective right *per se*, the jurisdictional activity itself. Precautionary measures reached the international level (in the international arbitral and judicial practice)³, in spite of the distinct structure of this latter, when compared with the domestic law level.

7. The transposition of the provisional measures from the domestic to the international legal order — always in face of the probability or imminence of an “irreparable damage”, and the concern or necessity to secure the “future realization of a given juridical situation” — had the effect of expanding the domain of international jurisdiction, with the consequent reduction of the so-called “reserved domain” of the State⁴. This trans-

¹ The notable example of the contribution of the Italian procedural law doctrine of the first half of the twentieth century (e.g., the well-known works by G. Chiovenda, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Naples, 1936; P. Calamandrei, *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelare*, Padua, 1936; and F. Carnelutti, *Diritto e Processo*, Naples, 1958) may here be recalled.

² As a *tertium genus*, parallel to the legal actions as to the merits and of execution.

³ P. Guggenheim, “Les mesures conservatoires dans la procédure arbitrale et judiciaire”, 40 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (1932), pp. 649-761 and cf. pp. 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, pp. 14-15, 174, 186, 188 and cf. pp. 6-7 and 61-62.

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.

position faced difficulties⁵, but, throughout the years, the erosion of the concept of “reserved domain” (or “exclusive national competence”) of the State became evident, to what the international judicial practice itself, also in the present domain, contributed.

III. THE JURIDICAL NATURE AND EFFECTS OF PROVISIONAL MEASURES OF THE ICJ

8. Article 41 of the Statute of the ICJ — and of its predecessor, the Permanent Court of International Justice (PCIJ) — in fact sets forth the power of the Hague Court to “indicate” provisional measures. The verb utilized generated a wide doctrinal debate as to its binding character, which did not hinder the development of a vast case law (of the PCIJ and the ICJ) on the matter⁶. Yet, given the lack of precision which persisted for years as to the legal effects of the indication of provisional measures by the ICJ, uncertainties were generated, in theory and practice, on the matter, which lasted for more than five decades, affecting compliance with them⁷.

9. Despite the growing case law on provisional measures of the ICJ⁸, one had to wait for more than half a century until, in the Judgment of

⁵ As illustrated, e.g., by the Iranian reaction to provisional measures indicated by the ICJ in the case of the *Anglo-Iranian Oil Company (United Kingdom v. Iran)*, *I.C.J. Reports 1951*, on 5 July 1951; cf. account in: M. S. Rajan, *United Nations and Domestic Jurisdiction*, Bombay/Calcutta/Madras, Orient Longmans, 1958, pp. 399 and 442, note 2.

⁶ Cf. J. Sztucki, *Interim Measures in the Hague Court — An Attempt at a Scrutiny*, Deventer, Kluwer, 1983, pp. 35-60 and 270-280; J. B. Elkind, *Interim Protection — A Functional Approach*, The Hague, Nijhoff, 1981, pp. 88-152; and, for jurisdictional aspects, cf. L. Daniele, *Le Misure Cautelari nel Processo dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 5-183; B. H. Oxman, “Jurisdiction and the Power to Indicate Provisional Measures”, in *The International Court of Justice at a Crossroads* (ed. L. F. Damrosch), Dobbs Ferry/NY, ASIL/Transnational Publs., 1987, pp. 323-354.

⁷ Cf., e.g., K. Oellers-Frahm, “Anmerkungen zur einstweiligen Anordnung des Internationalen Gerichtshofs im Fall Bosnien-Herzegowina gegen Jugoslawien (Serbien und Montenegro) vom 8 April 1993”, 53 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (1993) pp. 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)* et *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis)*”, 31 *Revue belge de droit international* (1998) pp. 413-449, esp. pp. 441 and 448; J. G. Merrills, “Interim Measures of Protection in the Recent Jurisprudence of the International Court of Justice”, 44 *International and Comparative Law Quarterly* (1995), pp. 137-139, and cf. pp. 90-146.

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

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

27 June 2001, the ICJ found at last the occasion to clarify that provisional measures indicated by it were binding. In that Judgment, concerning the two LaGrand brothers, opposing Germany to the United States, the ICJ reviewed the preparatory work of Article 41 of its Statute (in its French and English versions, paras. 104-107), and, bearing in mind Article 33 (4) of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (para. 101), found that the object and purpose of Article 41 of its Statute were to preserve its own ability to fulfil its function of peaceful settlement of international disputes, which implied that provisional measures should be binding (paras. 102-109).

10. Furthermore, orders of provisional measures were “decisions” of the Court, which, in the terms of Article 94 (1) of the United Nations Charter, States were bound to comply with (para. 108). The binding character of provisional measures of the ICJ — brought into line with the position upheld in other contemporary international jurisdictions — ensued from this understanding by the ICJ of Article 41 of its Statute, in combination with Article 94 (1) of the United Nations Charter; this has now become *res interpretata*, paving the way for developments hopefully to take place in the years to come in this respect. In any case, long-standing uncertainties surrounding the matter are at last now to be put aside.

11. What, in fact, would be the point of *deciding* on the indication of provisional measures, and of issuing orders on them, after gathering *prima facie* — rather than substantial — evidence (*summaria cognitio*) in documents as well as public hearings, if they were not to have binding effect? What would be the point of denying them such effect if what was aimed at, without prejudice to the merits of the *cas d’espèce*, was precisely to preserve the integrity of the rights at stake? Such uncertainties nowadays belong to the past; it is now reckoned that they were not contributing to the evolution of the preventive dimension of the peaceful settlement of international disputes lodged with an international tribunal such as the ICJ.

12. In the past, despite the prevailing uncertainties which then surrounded the matter, international case law nevertheless sought to clarify the *juridical nature* of provisional measures, of an essentially preventive character, indicated or granted without prejudice to the final decision as to the merits of the respective cases. Such measures came to be indicated or ordered by contemporary interna-

Court of Justice”, in *L’ordre juridique international, un système en quête d’équité et d’universalité — Liber Amicorum G. Abi-Saab* (eds. L. Boisson de Chazournes and V. Gowlland-Debbas), The Hague, Nijhoff, 2001, pp. 591-602; K. Oellers-Frahm, “Article 41”, in *The Statute of the International Court of Justice — A Commentary* (eds. A. Zimmermann *et alii*), Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 923-966.

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.

tional⁹, as well as national¹⁰, tribunals. Their generalized use at both national and international levels has led a contemporary doctrinal trend to consider such measures as equivalent to a true *general principle of law*, common to virtually all national legal systems, and endorsed by the practice of national, arbitral, and international tribunals¹¹.

13. It is not my intention to dwell on this aspect of the matter here, but rather to draw attention onto a specific point, before moving on to other aspects relating to the consideration of the *cas d'espèce*, in so far as the present request for provisional measures is concerned. In international legal procedures pertaining to the safeguard of human rights, provisional measures go much further in the matter of protection, revealing an unprecedented scope, and determining the effectiveness of the right of individual petition itself at an international level; it becomes clear that they here protect individual rights and appear endowed with a character, more than precautionary, truly *tutelary*¹².

14. In the inter-State *contentieux*, the power of a tribunal like the ICJ to indicate provisional measures of protection in a case pending of decision aims at *preserving the equilibrium* between the respective rights of the contending parties¹³, avoiding an irreparable damage to the rights in litigation in a judicial process¹⁴. Overcoming the formalism

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

¹⁰ Cf. E. García de Enterría, *La Batalla por las Medidas Cautelares*, 2nd [enlarged] ed., Madrid, Civitas, 1995, pp. 25-385.

¹¹ In the sense of Art. 38 (1) (c) of the Statute of the ICJ; cf. L. Collins, "Provisional and Protective Measures in International Litigation", 234 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (1992), pp. 23, 214 and 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", 52 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (1993) pp. 703-740; A. A. Cançado Trindade, "Les mesures provisoires de protection dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme", in *Mesures conservatoires et droits fondamentaux* (eds. G. Cohen-Jonathan and J.-F. Flauss), Brussels, Bruylant/Nemesis, 2005, pp. 145-163, and in 4 *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* (2003) pp. 13-25; and cf., in general, A. Saccucci, *Le Misure Provvisorie nella Protezione Internazionale dei Diritti Umani*, Turin, Giappichelli Ed., 2006, pp. 103-241 and 447-507.

¹³ Cf. E. Hambro, "The Binding Character of the Provisional Measures of Protection Indicated by the International Court of Justice", in *Rechtsfragen der Internationalen Organisation — Festschrift für Hans Wehberg* (eds. W. Schätzel and H.-J. Schlochauer), Frankfurt a/M, 1956, pp. 152-171.

¹⁴ This has been pointed out by the ICJ, for example, in the case of *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, *Interim Protection, Order of 17 August 1972*, *I.C.J. Reports 1972*, p. 16, para. 21, and p. 34, para. 22; in the case of *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, *Provisional Measures, Order of 15 December 1979*, *I.C.J. Reports 1979*, p. 19, para. 36; and, subsequently, e.g., in the case of *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v.*

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-*

of the international procedural law of the past, it can nowadays be safely acknowledged that compliance with provisional measures of protection has a direct bearing upon the rights invoked by the contending parties, which, in circumstances such as that of the present case of *Belgium v. Senegal*, have a direct relationship with the legitimate expectations of thousands of human beings.

IV. THE OVERCOMING OF THE STRICTLY INTER-STATE DIMENSION IN THE ACKNOWLEDGMENT OF THE RIGHTS TO BE PRESERVED

15. In the international litigation before this Court, only States, as contending parties, can request provisional measures. Yet, in recent years, such requests have invoked rights which go beyond the strictly inter-State dimension. In the triad *Breard/LaGrand/Avena* cases, provisional measures were requested to prevent an irreparable damage also to the right to life of the convicted persons (stay of execution), in the circumstances of their cases. In its Order of 9 April 1998 in the *Breard* case (*Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)*)¹⁵, the Court took note of the requesting State's invocation of the right to life and, in particular, of Article 6 of the United Nations Covenant on Civil and Political Rights (para. 8), and indicated that A. F. Breard, a Paraguayan national, was not to be executed pending the final decision in the proceedings of the case (resolatory point I).

16. In the following year, in its Order of 3 March 1999 in the *LaGrand (Germany v. United States of America)*¹⁶ case, the ICJ again took cognizance of the requesting State's argument likewise invoking the right to life and Article 6 of the same United Nations Covenant (para. 8), and indicated that W. LaGrand, a German national, was not to be executed pending the final decision in the proceedings of the case (resolatory point I). Likewise, in its Order of 5 February 2003 in the case of *Avena*

United States of America), *Provisional Measures*, Order of 10 May 1984, *I.C.J. Reports* 1984, pp. 179 and 182, paras. 24 and 32; and in the case of the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, *Provisional Measures*, Order of 8 April 1993 and Order of 13 September 1993, *I.C.J. Reports* 1993, p. 19, para. 34, and p. 342, para. 35, respectively. And cf., e.g., the cases of the *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, *Provisional Measures*, Order of 10 January 1986, *I.C.J. Reports* 1986, p. 3; of the *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)*, *Interim Protection*, Order of 11 September 1976, *I.C.J. Reports* 1976, p. 3; of the *Nuclear Tests (Australia v. France)* and *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Order of 13 July 1973, *I.C.J. Reports* 1973; of the *Trial of Pakistani Prisoners of War (Pakistan v. India)*, *I.C.J. Reports* 1973, among others.

¹⁵ *Provisional Measures*, *I.C.J. Reports* 1998, p. 248.

¹⁶ *I.C.J. Reports* 1999 (I), p. 9.

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.

and *Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*¹⁷, the ICJ took note of the requesting State's argument on the basis of the recognition by international law of "the sanctity of human life", and its invocation of Article 6 of the same United Nations Covenant, and again indicated that C. R. Fierro Reyna, R. Moreno Ramos, and O. Torres Aguilera, three Mexican nationals, were not to be executed pending final judgment in the proceedings of the case (resolatory point I (a)).

17. The ultimate beneficiaries were meant to be the individuals concerned, and to that end the requesting States advanced their arguments to obtain the Court's orders of provisional measures. On earlier occasions, the ICJ was likewise concerned with the protection of human life, in distinct contexts. Thus, two decades earlier, in its Order of 15 December 1979, in the *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*¹⁸ case, the Court took into account the State's arguments to protect the life, freedom and personal security of its nationals (diplomatic and consular staff in Tehran, para. 37), and indicated provisional measures of protection of those rights (resolatory point I (A)), after referring to the "obligations impératives" under the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations and the 1963 Vienna Convention on Consular Relations (para. 41), and pondering that

"la persistance de la situation qui fait l'objet de la requête expose 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" (para. 42).

18. Half a decade later, in its Order of 10 May 1984, in the *Nicaragua v. United States* case¹⁹, the ICJ indicated provisional measures (resolatory point B (2)) after taking note of the requesting State's argument calling for protection of the rights to life, to freedom and to personal security of Nicaraguan citizens (para. 32). Shortly afterwards, in its celebrated Order of 10 January 1986 in the *Frontier Dispute (Burkina Faso Republic of Mali)*²⁰ case, duly complied with by the contending parties, the Court's Chamber took note of the concern expressed by the parties with the personal integrity and safety of those persons who were in the zone under dispute (paras. 6 and 21). One decade later, in its Order of 15 March 1996 in the case of the *Land and Maritime Boundary between*

¹⁷ *I.C.J. Reports* 2003, p. 77.

¹⁸ *I.C.J. Reports* 1979, p. 7.

¹⁹ Case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *I.C.J. Reports* 1984, p. 169.

²⁰ *I.C.J. Reports* 1986, p. 3.

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.

*Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*²¹, the Court took note of the requesting State's warning that continuing armed clashes in the region were notably causing "irremediable loss of life as well as human suffering and substantial material damage" (para. 19); in deciding to order provisional measures, the ICJ pondered that

"it is clear from the submissions of both Parties to the Court that there were military incidents and that they caused suffering, occasioned fatalities — of both military and civilian personnel — while causing others to be wounded or unaccounted for, as well as causing major material damage . . . the rights at issue in these proceedings are sovereign rights which the Parties claim over territory, and . . . these rights also concern persons . . . the events that have given rise to the request, and more especially the killing of persons, have caused irreparable damage to the rights that the Parties may have over the Peninsula . . . persons in the disputed area and, as a consequence, the rights of the Parties within that area are exposed to serious risk of further irreparable damage" (paras. 38-39 and 42).

19. Another order illustrative of the overcoming of the strictly inter-State dimension in the acknowledgement of the rights to be preserved by means of provisional measures pertains to the case of *Armed Activities on the Territory of the Congo*²², opposing this latter to Uganda. In its Order of 1 July 2000 in this case, the ICJ took into account the requesting State's denunciation of alleged "human rights violations" — invoking international instruments for their protection (paras. 4-5 and 18-19) — and of its plea for protection for its inhabitants (para. 31) as well as for its own "rights to respect for the rules of international humanitarian law and for the instruments relating to the protection of human rights" (para. 40). The Court, recognizing the pressing need to indicate provisional measures of protection (paras. 43-44), found that it was "not disputed that grave and repeated violations of human rights and international humanitarian law, including massacres and other atrocities, have been committed on the territory of the Democratic Republic of the Congo" (para. 42). The Court, accordingly, ordered both parties *inter alia* to "take all measures necessary to ensure full respect within the zone of conflict for fundamental human rights and for the applicable provisions of humanitarian law" (resolatory point 3).

20. In its Order of 8 April 1993 in the case concerning the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of*

²¹ *I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 13.

²² *I.C.J. Reports 2000*, p. 111.

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.

*Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*²³, the Court, after finding “a grave risk” to human life, indicated provisional measures, and recalled General Assembly resolution 96 (I) of 11 December 1946 (referred to in its own Advisory Opinion of 1951 on *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*) to the effect that the crime of genocide “shocks the conscience of mankind, results in great losses to humanity . . . and is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations” (para. 49). In the subsequent Order of 13 September 1993 in the same case²⁴, the Court raised again its concern for the protection of human rights and the rights of peoples (para. 38). And in its recent Order of 15 October 2008 in the case concerning the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*²⁵, the ICJ once again disclosed its concern for the preservation of human life and personal integrity (paras. 122 and 142-143).

21. From the survey above it can be seen that, over the last three decades, the ICJ has gradually overcome the strictly inter-State outlook in the acknowledgment of the rights to be preserved by means of its orders of provisional measures of protection. Nostalgics of the past, entrapped in their own dogmatism, can hardly deny that, nowadays, States litigating before this Court, despite its inter-State contentious procedure, have conceded that they have no longer the monopoly of the rights to be preserved, and, much to their credit, they recognize so, in pleading before this Court on behalf also of individuals, their nationals, or even in a larger framework, their inhabitants.

22. They are not thereby exercising diplomatic protection, as they argue in a much wider conceptual framework. The ICJ, in its turn — whether nostalgics of the past like it or not — has, on certain occasions, issued orders of provisional measures in which it has expressly placed the rights of the human person beside the rights of States (cf. *supra*). This calls for a reassessment of the contemporary international legal order itself, with greater attention focused on one of the constituent elements of States, their population, and its needs of protection, even by means of the operation of an inter-State mechanism.

23. Facts tend to come before the norms, requiring of these latter the aptitude to cover new situations they are meant to regulate, with due attention to superior values²⁶. Before this Court, States keep on holding the monopoly of *jus standi*, as well as *locus standi in judicio*, in so far as

²³ *I.C.J. Reports 1993*, p. 3.

²⁴ *Ibid.*, p. 322.

²⁵ *I.C.J. Reports 2008*, p. 353.

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

*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, *jus standi* et *locus standi in judicio* 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.

requests for provisional measures are concerned, but this has not proved incompatible with the preservation of the rights of the human person, together with those of States. The ultimate beneficiaries of the rights to be thereby preserved have been, not seldom and ultimately, human beings, alongside the States wherein they live. Reversely, requesting States themselves have, in their arguments before this Court, gone beyond the strictly inter-State outlook of the past, in invoking principles and norms of the international law of human rights and of international humanitarian law, to safeguard the fundamental rights of the human person.

24. In so far as material or substantive law is concerned, the inter-State structure of litigation before this Court has not been an unsurmountable obstacle to such vindication of observance of principles and norms of international human rights law and international humanitarian law, as requests for provisional measures of protection before this Court have not purported to limit themselves to the preservation of the rights of States.

25. As one of the constitutive elements of these latter — and a most prominent one — is their population, it comes as no surprise that provisional measures indicated in successive orders of the ICJ have transcended the artificial inter-State dimension of the past, and have come to preserve also rights whose ultimate subjects (*titulaires*) are the human beings. This reassuring development admits no steps backwards, as it has taken place to fulfil a basic need and aspiration not only of States, but of the contemporary international community as a whole.

V. THE RATIONALE OF THE PURPORTED AIMS OF PROVISIONAL MEASURES OF THE ICJ

26. Over the last decades, in its orders of provisional measures pursuant to Article 41 of its Statute, the ICJ has to a large extent based its reasoning either on the need to avoid or prevent an imminent and irreparable harm to the rights of the contending parties (including the rights of the human person), or, more comprehensively, on the need to avoid or prevent the aggravation of the situation which would be bound to affect or harm irreparably the rights of the parties. Yet, the rationale of such orders of the Court does not need to limit or exhaust itself in a reasoning of the kind.

27. Once again, facts tend to come before the norms, and much will depend on the nature and content of the rights to be preserved. In the present case concerning questions relating to the obligation to prosecute or extradite, such right pertains, in my view, to the *realization of justice*. The Court's reasoning is bound, accordingly, to reflect the purported end of preservation of this right. In the distinct contexts of other cases, the

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

ICJ has already disclosed its attention to the imperative of the realization of justice.

28. Thus, in its Order of 10 January 1986 in the case of the *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*²⁷, the Court's Chamber indicated provisional measures in order not to aggravate the situation, aware that such measures were to contribute to "assurer la bonne administration de la justice" and to prevent "la destruction d'éléments de preuve pertinents" to its own decision (paras. 19-20). The preservation of evidence relevant for the decision on the case was also the concern of the Court, as expressly stated in its Order of 15 March 1996 (para. 42), in the case of the *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*²⁸.

29. Thus, in the case law itself of the ICJ there are already elements disclosing the concern of the Court, when issuing orders of provisional measures, *to strive towards achieving a good administration of justice*. In the present Order of the Court in the case concerning *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*, the *right to the realization of justice* assumes a central place, and a paramount importance, and becomes thus deserving of particular attention. I shall retake this point later on, in this dissenting opinion, after reviewing the historical record of the present case, and the situation of impunity which has prevailed for almost two decades, which, in my view, do have a direct bearing on the requirements of urgency and risk of irreparable harm to the right to be preserved, for the purpose of consideration of the present request for provisional measures lodged with this Court.

VI. THE SAGA OF THE VICTIMS OF THE HABRÉ RÉGIME IN THEIR PERSISTENT STRUGGLE AGAINST IMPUNITY

30. In the oral hearings before this Court, *both* Belgium and Senegal saw it fit to recall the atrocities of the Habré régime (1982-1990), wherefrom the *cas d'espèce* emerges. In its pleading of 6 April 2009, Belgium referred to the findings of the Chadian Truth Commission, as to the loss of human life as well as to the 54,000 political detainees between 1982 and 1990²⁹. Significantly, Senegal dwelt even further upon those findings, in its pleadings of 8 April 2009: it added that, besides those 54,000 political detainees, there were approximately 40,000 fatal victims in the period of the Habré régime, bringing the total to "au moins 94 000 victimes directes ou leurs ayant-droits" who are "susceptibles d'être concernés par le procès de M. Hissène Habré"³⁰.

²⁷ *I.C.J. Reports 1986*, p. 3.

²⁸ *I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 13.

²⁹ CR 2009/8, pp. 18-19.

³⁰ CR 2009/11, p. 10.

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. It should not pass unnoticed that both Parties, Belgium and Senegal, referred to those sombre figures in the course of the proceedings concerning provisional measures. In the circumstances of the present case, it is, in fact, ineluctable to dwell upon the atrocities of the Habré régime, for addressing the issue of the right to be preserved by provisional measures of the ICJ. It is commendable that both Parties, Senegal and Belgium, reckoned that gravity of the case and the human tragedy it amounts to, in a strictly inter-State procedure before this Court. The States concerned themselves made a point of acknowledging the human dimension of the present *contentieux* between them.

1. *The Historical Record of the Case*

32. The facts wherefrom the present case originates are, in fact, of public and notorious knowledge, being documented, e.g., in the Report of the Chadian Truth Commission (of 7 May 1992)³¹, which covered the period of the régime of former President Hissein Habré (from 7 June 1982 to 1 December 1990). Both Belgium and Senegal referred to them. The Truth Commission, after the investigation it undertook, reported the crimes systematically committed against the physical and mental integrity of persons and their possessions (Part I) during the period at issue, and determined a grim record of more than 40,000 persons murdered, over 80,000 orphans, over 54,000 persons arbitrarily detained, and 200,000 persons made destitute and deprived of moral and material support. The Commission made it clear that this was the result of a systematic pattern of State-perpetrated arbitrary detentions, torture, infra-human conditions of detention, summary or arbitrary or extra-judicial executions, successive massacres or mass executions, occultation of mortal remains, destruction of villages, persecutions, forced eviction and plundering³².

33. The Report further investigated the misappropriation of public funds (Part II), and elucidated that the Habré régime deliberately terrorized the population. The pillars of the State-conducted repression, according to the Truth Commission, were the political police (the Directorate of Documentation and Security — DDS) and the Presidential Investigation Service (SIP), added to the State party. The Commission added that the communication between the terrifying DDS and the President was direct, with no intermediaries. The “State-policies” devised, at the highest level of the Executive, according to the Truth Commission, were carried out

³¹ The “Commission of Inquiry into the Crimes and Misappropriations Committed by Ex-President Habré, His Accomplices and/or Accessories” was created by the Government of Chad’s decree No. 014/P.CE/CJ/90, of 29 December 1990.

³² Cf. “Chad: Report of the Commission of Inquiry into the Crimes and Misappropriations Committed by Ex-President Habré, His Accomplices and/or Accessories” [Done in Ndjamena, 7 May 1992], in: *Transitional Justice* (ed. N. J. Kritz), Vol. III, Washington DC, US Institute of Peace Press, 1995, pp. 51-93.

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.

with “predisposition”, cruelty and “contempt for human life”³³. The executions were “ordered directly” by the President³⁴. The objects collected by plundering were taken directly to the office of the President³⁵.

34. In sum, Habré’s régime, according to the Chadian Truth Commission, amounted to an eight-year reign of State terror, with people mourning their dead in complete defencelessness, in an abominable distortion of the ends of the State, and with impunity for such crimes prevailing to this day. The Report of the Chadian Truth Commission was but the beginning of the saga of the victims of the atrocities perpetrated during the Habré régime (1982-1990) in Chad. Their search for justice has followed a long path, at both national and international levels.

2. *The Issue of Justiciability in the Long Search for Justice*

35. The issue of justiciability for the grave violations perpetrated during the Habré régime, starting with the right to be preserved in the *cas d’espèce*, has a distinct dimension. In the oral arguments before this Court, Belgium argued, on 6 April 2009, that its implication in the present case “trouve 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. Furthermore — Belgium added — it was not in Belgium but in Senegal that the first complaints against Mr. H. Habré were presented, in January 2000, without success, as

“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. Senegal, for its part, contended before this Court, also on 6 April 2009, that the origin of the present case is found in the lodging, on 25 January 2000, with the *juge d’instruction* of a complaint (by Mr. S. Guengueng and seven other petitioners) against Mr. H. Habré, of crimes against humanity, torture, barbaric acts, discrimination, killings and forced disappearances; the eight petitioners claimed to have been victims of crimes against humanity and acts of torture in Chad,

³³ *Op. cit. supra* note 32, pp. 58 and 61. The DDS received assistance from foreign States (p. 64), and promptly attained the objective pursued, to terrorize the population (pp. 66 and 88), with a “proliferation of detention centres throughout the country” (p. 72).

³⁴ *Ibid.*, p. 77.

³⁵ *Ibid.*, p. 81.

³⁶ CR 2009/8, p. 17.

³⁷ *Ibid.*, p. 19.

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.

between June 1982 and December 1990³⁸. Three years earlier, in 1987, Senegal had ratified the 1984 United Nations Convention against Torture³⁹.

37. In its oral arguments before this Court, Senegal recalled the endeavours by the two groups of victims of the atrocities of the Habré régime in their search for 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 20 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. Belgium conceded that Senegal has lately modified its legislation (Penal Code and Code of Criminal Procedure), in February 2007, introducing therein the principle of universal jurisdiction for the repression of genocide, war crimes and crimes against humanity⁴¹. In the meantime, however, on 18 April 2001, — as Senegal itself saw it fit to recall before this Court — the group of victims headed by Mr. Guengueng seized the United Nations Committee against Torture, established by Article 17 of the United Nations Convention against Torture⁴².

39. It should not pass unnoticed that years have lapsed till the rights of the victims of the reported repression of the Habré régime became justiciable at domestic law level, and even more time has lapsed — almost two decades — till they were vindicated under the United Nations Convention against Torture, and now in the inter-State procedure before this Court. This discloses that the time of human justice is surely not the time of human beings (cf. *infra*). Moreover, if there are today rights invoked by States in connection with the atrocities of the Habré régime, this is due to the *initiative of the victims themselves*, before national tribunals (in Senegal and Belgium), and subsequently before the United Nations Committee against

³⁸ CR 2009/9, pp. 10 and 23. The petitioners were members of the “Association des victimes des crimes et répressions politiques au Tchad” (AVCRP), established in 1991; *ibid.*, p. 10.

³⁹ As recalled by Senegal itself before this Court; *ibid.*, p. 23.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 24.

⁴¹ CR 2009/8, p. 20.

⁴² CR 2009/9, p. 24.

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.

Torture, with the course of facts leading to the lodging of the present case now with this Court.

40. Grave violations of human rights are thus at the origin of the present inter-State *contentieux* before the ICJ, and it is significant — and much to the credit of Senegal and Belgium — that the contending Parties have not attempted to controvert this in their oral arguments before this Court. Senegal, in addition, in its pleadings of 6 April 2009, expressly referred to the *victims* of the Habré régime who are seeking justice (cf. *supra*). The *right of States* invoked before the ICJ in the present case under the 1984 Convention against Torture emerges as from the *rights of human beings* victimized by repression and cruelty of an oppressive régime. This case reveals that the human dimension of the rights of States themselves can under certain circumstances become undeniable.

41. Once the United Nations Committee against Torture was seized, in 2001, of the *S. Guengueng et alii* case, concerning Senegal, it issued an interim or provisional measure requesting the State party not to expel Mr. H. Habré and “to take all necessary measures to prevent him from leaving the territory, other than under an extradition procedure”, and the Committee found that the State party concerned acceded to such request⁴³. Half a decade later, in its decision of 17 May 2006 in the case of *Suleyman Guengueng et alii v. Senegal*, the United Nations Committee against Torture found *inter alia* (already at that time, eight years ago) that “the reasonable time within which the State Party should have complied” with the obligation under Article 5 (2) of the United Nations Convention against Torture “has been considerably exceeded”⁴⁴. It added that the objective of Article 7 of the Convention was “to prevent any act of torture from going unpunished”⁴⁵, and concluded that there had been breaches of both provisions, Articles 7 and 5 (2) of the Convention against Torture⁴⁶.

42. Not only the United Nations Committee against Torture, as supervisory organ of the corresponding Convention, but also a regional international organization, the African Union, were engaged in the struggle against impunity in the present case concerning questions relating to the obligation to prosecute or extradite now before the ICJ. In fact, both Belgium⁴⁷ and Senegal⁴⁸ expressly acknowledged, in their oral arguments before this Court, the contribution of the African Union to the principle of universal jurisdiction in the context of the *cas d'espèce*.

43. As Senegal transmitted the “*Hissène Habré* case” to the African Union in January 2006, this latter established a Committee of Eminent

⁴³ United Nations, doc. CAT/C/36/D/181/2001, 19 May 2006, p. 2, para. 1 (3).

⁴⁴ *Ibid.*, p. 15, para. 9 (5).

⁴⁵ *Ibid.*, p. 15, para. 9 (7).

⁴⁶ *Ibid.*, p. 16, paras. 9 (9), 9 (11) and 9 (12).

⁴⁷ CR 2009/8, pp. 41-42.

⁴⁸ CR 2009/9, p. 27.

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.

African Jurists to examine it (Decision 103 (VI)). In its Report to the Assembly of Heads of State and Government of the African Union (2006), the Committee *inter alia* recommended, in July 2006, that

“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. On the basis of that Report, the Assembly of the African Union, by its Decision 127 (VII), mandated Senegal “to prosecute and ensure that Hissène Habré is tried, on behalf of Africa, by a competent Senegalese court with guarantees for fair trial”⁵⁰. The controversy between Belgium and Senegal, in their oral arguments before the ICJ on 7 and 8 April 2009, then focused on a very specific issue, namely: while Belgium argued that “Senegal only regards itself as under an obligation not to release Mr. Habré because of the mandate given to it by the African Union, not because of its obligations owed to Belgium under the Torture Convention”⁵¹, Senegal, in turn, recalled, in reply, that

“il n’a jamais considéré que l’obligation de juger Hissène Habré trouve sa source dans la décision de l’Union Africaine et . . . il s’est 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. It should not pass unnoticed that the “*Hissène Habré* case” has been brought to the attention of yet another instance of the United Nations, namely, the Working Group on the Universal Periodic Review (UPR) of the United Nations Human Rights Council. A compilation prepared for that Working Group by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights⁵³, as well as a draft Report

⁴⁹ African Union, *Rapport du Comité d’éminents juristes africains sur l’affaire Hissène Habré*, 2006, p. 5, paras. 36-37.

⁵⁰ African Union, *Decisions and Declarations*, Banjul, July 2006, Decision 127 (VII), p. 1, para. 5 (ii).

⁵¹ CR 2009/10, p. 23.

⁵² CR 2009/11, p. 14.

⁵³ United Nations Human Rights Council, doc. A/HRC/WG.6/4/SEN/2, 18 December 2008, p. 7, para. 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.

(of February 2009) of the Working Group itself⁵⁴, contain express references to the case, in the framework of the struggle against impunity. Yet, despite all this, the surviving victims of the atrocities of the Habré régime keep on waiting for justice. Hope is the last one to vanish.

VII. THE TIME OF HUMAN BEINGS AND THE TIME OF HUMAN JUSTICE

1. *The Décalage to be Bridged*

46. The time of human beings surely does not appear to be the time of human justice. The time of human beings is not long (*vita brevis*), at least not long enough for the full realization of their project of life. The brevity of human life has been commented upon time and time again, throughout the centuries; in his *De Brevitate Vitae*⁵⁵, Seneca pondered that, except for but a few, most people in his times departed from life while they were still preparing to live⁵⁶. Yet, the time of human justice is prolonged, not seldom much further than that of human life, seeming to make abstraction of the vulnerability and briefness of this latter, even in face of adversities and injustices. The time of human justice seems, in sum, to make abstraction of the time human beings count on for the fulfilment of their needs and aspirations.

47. Chronological time is surely not the same as biological time. The time of the succession of events does not equate with the time of the briefness of human life. *Tempus fugit*. For its part, biological time is not the same as psychological time either. Surviving victims of cruelty lose, in moments of deep pain and humiliation, all they could expect of life; the young lose in a few moments their innocence forever, the elderly suddenly lose their confidence in fellow human beings, not to speak of institutions. Their lives become deprived of meaning, and all that is left is their hope in human justice. Yet, the time of human justice does not appear to be the time of human beings.

48. For those victimized, the passing of time without justice is painful, as it is time leading to despair. Victims of torture are only left with that hope in human justice. The devastating effects of torture have been denounced likewise time and time again, and international tribunals should not appear indifferent to that.

⁵⁴ United Nations Human Rights Council, doc. A/HRC/WG.6/4/L.10, 11 February 2009, pp. 7, 12, 15, 16 and 21, paras. 31, 63, 79, 92 and 98 (5), respectively.

⁵⁵ Written sometime between the years 49 and 62.

⁵⁶ Seneca, *La Brevità della Vita (De Brevitate Vitae)*, 23rd ed., Milan, RCS, 2008, pp. 40-41, Chap. I-1:

“i giorni a noi concessi scorrono così veloci e travolgenti che, eccetto pochissimi, gli altri sono abbandonati dalla vita proprio mentre si preparano a vivere — tam rapide dati nobis temporis spatia decurrant, adeo ut exceptis admodum paucis ceteros in ipso vitae apparatu vita destituat”.

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.

In an eloquent personal account, for example, it was warned that

“Whoever was tortured, stays tortured. Torture is ineradicably burned into him, even when no clinically objective traces can be detected . . . The person who has survived torture and whose pains are starting to subside (before they flare up again) experiences an ephemeral peace that is conducive to thinking . . . If from the experience of torture any knowledge at all remains that goes beyond the plain nightmarish, it is that of a great amazement and a foreignness in the world that cannot be compensated by any sort of subsequent human communication . . .

Whoever has succumbed to torture can no longer feel at home in the world . . . Trust in the world . . . collapsed in part at the first blow . . . will not be regained.”⁵⁷

49. It is imperative to reduce or bridge the *décalage* between the time of victimized human beings and the time of human justice. This is indeed imperative, also bearing in mind that torture and other atrocities should not at all have taken place, and are not at all to take place again, and further keeping in mind their absolute and peremptory prohibition in any circumstances whatsoever — a prohibition of *jus cogens* — in contemporary international law (cf. *infra*). This has, in my view, a direct bearing on the issue of the indication of provisional measures.

2. The Determination of Urgency

50. It is pressing and imperative to reduce or bridge the gap between the time of human justice and the time of human beings. In my understanding, for the purposes of deciding whether to indicate provisional measures, the *urgency* of a situation cannot be measured mechanically in all cases, nor leniently in any case. May it be recalled that the term “urgent” derives from Latin “urgens/urgentis” (participle of *urgere*), meaning what is necessary to be done promptly, and, *a fortiori*, what is indispensable and can-

⁵⁷ J. Améry, *At the Mind's Limits*, Bloomington, Indiana Univ. Press, 1980 [re-ed.], pp. 34 and 38-40. And J. Améry, *Par-delà le crime et le châtement*, Arles, Actes Sud/Babel, 2005 [re-ed.], pp. 83-84, 92 and 94-96:

“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.”

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 châtiment*, Arles, Actes Sud/Babel, 2005 (rééd.), p. 83-84, 92 et 94-96.

not be prescinded from. The term “urgency” has its roots in late Latin (XVI and XVII centuries) *urgentia*, meaning “the state, condition, or fact of being urgent”, or “pressing importance”, or else “imperativeness”⁵⁸. As to the law, *urgency* means the pressing need and relevance of compliance with legal precepts and obligations⁵⁹. In this same sense, related to imperativeness, urgency means the “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. *Urgency* thus relates to measures that ought to be promptly taken, in the context of a given situation, so as to avoid further delays which may bring about additional prejudice, or, indeed, irreparable harm (cf. *infra*). The determination of urgency, in my understanding, is thus not amenable to reliance on an abstract definition of the term, applicable uniformly to all cases; on the contrary, it ought to be determined in relation to the legal nature and content of the right to be preserved, and in the light of the particular circumstances of each case, as, for the purposes of the indication of provisional measures of protection, it is further linked to other elements, such as the probability of irreparable harm.

52. Furthermore, for the purposes of deciding whether to indicate provisional measures, the *urgency* of a situation cannot be measured in a way which appears disconnected from the human drama underlying the situation at issue; it is to be measured and determined in the light of the circumstances of each case and of the nature of the right to be preserved. *Urgency* is determined not in relation to time spans of legal procedures in force at domestic and international levels, but rather in relation to the legitimate expectations of the subjects of originally violated rights, those who are justiciable, and taking into account the time of human beings, which is not the same as the time of human justice.

53. In ascertaining urgency, it may further reasonably be asked: urgent to whom? To the “administrators” or “operators” of justice, anywhere? Most likely not, as, in all latitudes, they are used to the time of human justice, which is not the time of human beings. To the victims? Certainly yes, as their time (*vita brevis*) is not the time of human justice. If abstraction is made of the time of human beings, and of the human drama underlying a situation such as that of the present case, justice is bound to fail.

⁵⁸ *Apud Oxford English Dictionary* (online), www.oed.com, entry from 2nd ed. (1989), Oxford, Oxford University Press, with latest additions of March 2009, item I (1) (*a*); emphasis added.

⁵⁹ *Apud Real Academia Española* (R.A.E.), *Diccionario de la Lengua Española*, 21st ed., Madrid, 1992, p. 2050.

⁶⁰ G. Cornu/Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 8th ed., Paris, Quadrige/PUF, 2008 [reprint], p. 946; emphasis added.

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. The *urgency* of a situation becomes evident not only, e.g., when convicted individuals are about to be executed, as in the triad *Breard/LaGrand/Avena* cases, or when a growing number of people are about to be murdered, as in cases concerning armed conflicts⁶¹. The urgency of a situation can be determined by reference to *action as well as omission*. The urgency of a situation becomes manifest also when people endure a lifetime of impunity, seeking in vain for the realization of justice at domestic and international levels.

55. In the present documented case concerning the search for justice for the reported atrocities of the Habré régime, it is of public and notorious knowledge that people — in a considerable number — have already been murdered, and a long time ago, as a result of a State-planned and executed policy of repression in Chad. But the right to be now preserved is, however, of a distinct nature: it is the *right to the realization of justice*, which finds expression in the corresponding obligations set forth in Articles 5 (2) and 7 (1) of the 1984 United Nations Convention against Torture.

56. Irrespective of the arguments advanced by the contending Parties, this Court holds the faculty of an entirely free appreciation of the character of *urgency* of the situation brought to its knowledge and decision. In the present case concerning questions relating to the obligation to prosecute or extradite, the present-day home surveillance of Mr. H. Habré in Senegal is *only one* of the aspects of the situation before the Court (cf. paras. 82-83, *infra*), and not the determining one, as the Court seemed to believe, for the decision whether to indicate provisional measures. The crucial factor here is, in my view, the endurance by the victims of the ungrateful passing of time throughout their long search, in vain, for human justice to date.

57. The full text of the Report of the Chadian Truth Commission, adopted in N'Djamena on 7 May 1992, and published in book form shortly afterwards⁶², was accompanied by the documental and testimonial evidence obtained by the Commission, including declarations from surviving victims. It related the forms of torture and arbitrary detentions perpetrated⁶³, and included a section on the “volonté délibérée d’exterminer les prétendus opposants au régime”⁶⁴, and

⁶¹ Such as the cases, before this Court, of the *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, the *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, the *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, and the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*.

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, pp. 5-269.

⁶³ Cf. *ibid.*, pp. 38-43.

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.

assessed the systematic violence of the Habré régime in the following terms:

“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. Impunity has ever since prevailed, almost two decades later, despite the aforementioned endeavours in search of justice on the part of the Chadian Truth Commission, the United Nations Committee against Torture, the African Union, the United Nations Human Rights Council, the United Nations High Commissioner for Human Rights, and the step taken by Senegal itself to modify its Penal Code and Code of Criminal Procedure. The surviving victims, notwithstanding, are still in search of justice. Many of them have passed away in the course of their search. One of the surviving victims has declared last year that they “have been fighting for 18 years to bring Hissène Habré to justice, and time is running out. Unless Senegal takes action soon, there will not be any victims left at the trial.”⁶⁶ This is yet another illustration of the fact that the time of human justice is not the time of human beings.

59. Time is inherent to law, to its interpretation and application in relation to all situations and relations it regulates. The lapse of time, since the occurrence of the documented facts, does not, in my understanding, render the matter at issue less urgent or less relevant; quite on the contrary, it renders the situation to be settled *more urgent*, and the prolonged delays amount to an *aggravating* circumstance. The prevalence of impunity in the passage of time renders the realization of justice more and more urgent. In the context of impunity, urgency increases, rather than decreases, with the passing of time.

3. *The Determination of the Probability of Irreparable Damage*

60. The right to be preserved by provisional measures in the present case is the *right to the realization of justice*. It finds expression in the corresponding obligations *erga omnes partes* set forth in the 1984 United

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 51-54.

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

⁶⁶ United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) — Refworld, “United Nations Decision on Hissène Habré Flouted”, www.unhcr.org/refworld/docid/48358a6ac.html, 16 May 2008, p. 1.

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].

Nations Convention against Torture, such as the taking of measures to establish jurisdiction (Article 5) over crimes referred to in Article 4 of the Convention, and the one enshrined into the principle *aut dedere aut judicare* (Article 7). The several years of impunity following the pattern of systematic State-planned crimes, perpetrated — according to the Chadian Truth Commission — by State agents in Chad in 1982-1990, render the situation, in my view, endowed with the elements of gravity and urgency, as prerequisites for the indication of provisional measures. The passing of time with impunity renders the gravity of the situation even greater, and stresses more forcefully the urgency to make justice prevail.

61. The other prerequisite for the indication of provisional measures is likewise present in the situation at issue. The right to the realization of justice is a right *erga omnes partes* under the United Nations Convention against Torture, which corresponds to the aforementioned obligations. The subjects (*titulaires*) of this right are all the States parties to that Convention, amongst which are Belgium and Senegal. But the ultimate beneficiaries of that right are not the States, are not abstract entities, but rather human beings, of flesh and bones, of body and soul, who, like everyone, grow old and die. To overlook this fact amounts to wander in a Vattelien dream world of a strictly inter-State society which is long past.

62. Each time a surviving victim of torture, waiting for justice, dies without having attained it, there is an (additional) irreparable harm. The prevailing impunity to date amounts in fact to a *continuing* situation of irreparable harm. Further delays in the *cas d'espèce* bring about the probability of further or growing irreparable harm. The original violations of rights of the human person which led to the invocation, at inter-State level, of the present right to be preserved — the right to the realization of justice — cannot be neglected or ignored.

63. Furthermore, the nature of the right to be preserved, and the circumstances surrounding it, do have a bearing on a decision of indication of provisional measures. As to the obligations corresponding to that right to be preserved, the segment *aut judicare* of the enunciation of the principle of universal jurisdiction, *aut dedere aut judicare*, forbids undue delays in the realization of justice. Such undue delays bring about an irreparable damage to those who seek justice in vain; furthermore, they frustrate and obstruct the fulfilment of the object and purpose of the United Nations Convention against Torture, to the point of conforming a breach of this latter⁶⁷.

64. In the present case concerning questions relating to the obligation to prosecute or extradite, there is, in my view, no room for doubt that the elements of *urgency* and of the *probability of irreparable harm* are present, and clearly so. These latter do not allow reasoning in the

⁶⁷ Cf., to this effect, A. Boulesbaa, *The United Nations Convention on Torture and the Prospects for Enforcement*, The Hague, Nijhoff, 1999, p. 227.

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.

abstract. The assumption of the absence of urgency of the present decision of the Court's majority requires demonstration. The ICJ should, thereby, in my view, have indicated provisional measures, in the faithful exercise of its functions, so as to seek to ensure the prompt realization of justice in the *cas d'espèce*.

VIII. LEGAL NATURE, CONTENT AND EFFECTS OF THE RIGHT TO BE PRESERVED

65. In the course of the summary proceedings in the present case, the contending Parties, Belgium and Senegal, had the opportunity to dwell upon the nature and legal effects of the right to be preserved, in the course of the public hearings of 6 to 8 April 2009 before the Court and thereafter⁶⁸. They repeatedly referred to their own obligations as States parties to the 1984 United Nations Convention against Torture. The Court itself, in the present Order, based its *prima facie* jurisdiction on Article 30 of that Convention (paras. 53-54 of the Order).

66. In the present case, the right to the realization of justice has come to the fore as a result of the original violation of the absolute prohibition of torture, a prohibition of *jus cogens*, in the years of the Habré régime in Chad (1982-1990). In fact, an international régime against torture, forced disappearances, and summary or extra-judicial, executions has been conformed along more than two decades, on the basis of the absolute prohibition (one of *jus cogens*) also of those crimes. Consideration of this issue as a whole goes beyond the purposes of the present dissenting opinion, but, in so far as the absolute prohibition of torture, in particular, is concerned, I shall not omit to recall that the 1984 United Nations Convention against Torture is accompanied by the 1985 Inter-American Convention against Torture and the 1987 European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. Moreover, to the work undertaken by the international supervisory

⁶⁸ Thereafter, in virtue of the following question I saw it fit to put to both parties at the [end] of the public sitting of 8 April 2009, namely —

“For the purposes of a proper understanding of the *rights* to be preserved (under Art. 41 of the Statute of the Court), are there rights corresponding to the obligations set forth in Art. 7 (1), in combination with Art. 5 (2), of the 1984 United Nations Convention against Torture and, if so, what are their *legal nature, content and effects*? Who are the *subjects* of those rights, States having nationals affected, or all States Parties to the aforementioned Convention? Whom are such rights opposable to, only the States concerned in a concrete case, or any State Party to the aforementioned Convention?”

Belgium and Senegal forwarded two letters each to the ICJ, in which they presented their views in response to that question (ICJ, letter from Belgium of 15 April 2009, pp. 1-6; ICJ, letter from Senegal of 15 April 2009, p. 3; ICJ, letter from Belgium of 20 April 2009, p. 1; ICJ, letter from Senegal of 20 April 2009, pp. 1-3).

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).

organs of those three Conventions, one may add the work of the extra-conventional mechanisms of the United Nations in this same domain.

67. Furthermore, there is a remarkable jurisprudential construction of two contemporary international tribunals on the *jus cogens* prohibition of torture, namely, that of the *ad hoc* International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) and that of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR). The former, in the case of the *Prosecutor v. Furundzija* (Judgment of 10 December 1998, IT-95-17/1-T), sustained that the absolute prohibition of torture has the character of a norm of *jus cogens*, and added that the application of the principle of universal jurisdiction in respect of torture ensues from the *jus cogens* prohibition of this latter (paras. 137-139, 144, 156 and 160). The IACtHR, for its part, in its judgments in the cases *Cantoral Benavides v. Peru* (18 August 2000, paras. 95 and 102-103) and *Maritza Urrutia v. Guatemala* (27 November 2003, paras. 89 and 92), asserted the absolute prohibition of torture — belonging to the domain of *jus cogens* — even under the most difficult circumstances⁶⁹. This position has become its *jurisprudence constante* to date.

68. Accountability for breaches of norms of *jus cogens* is ineluctable. The facts wherefrom the right to be preserved in the *cas d'espèce* emerged were violations of *jus cogens*. Thus, the realization of justice grows in importance. The 1984 United Nations Convention against Torture sets forth the obligations for States parties to establish jurisdiction over the offence of torture (Article 5) and to prosecute or to extradite the offenders (Article 7). These are obligations *erga omnes partes*, binding not only the contending Parties, but all States parties to the Convention, which are further committed to its *collective guarantee*. Likewise, *all States parties* have the corresponding right, on the basis of the Convention, to see to it that these obligations are duly complied with.

69. The States parties are entitled by the Convention to exercise such right *erga omnes partes*. Such right is thus opposable to each of the States parties to the Convention. The relevance of this Convention, and the nature and effects of the right to be preserved and the obligations it stipulates, giving expression to the principle of universal jurisdiction (*aut dedere aut judicare*), are not reflected in the considerations that motivate the decision of the majority of the Court in the present Order. They

⁶⁹ Such as — it exemplified — under war, threat of war, “struggle against terrorism”, state of emergency, domestic conflicts or other public calamities. Also in this sense, its Judgment in the case of the *Brothers Gómez Paquiyauri v. Peru* (Judgment of 8 July 2004, paras. 111-112, cf. www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_ing.pdf).

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).

deserved, in my perception, much greater weight in the consideration of the prerequisites for the indication of provisional measures.

70. Had this occurred, the decision reached in the present Order of the Court would have been different. If customary international law were to be brought into the picture, one would be before a right corresponding to obligations *erga omnes*, disclosing a wider horizon, not circumscribed to the States parties to the United Nations Convention against Torture. It is not my intention to embark on this aspect of the matter in the present dissenting opinion, but only to draw attention to one specific point, deserving of attention here, as the issue did not pass unnoticed in the public sitting of the Court of 7 April 2009⁷⁰ in the present case.

71. The consolidation of *erga omnes* obligations of protection, ensuing from the imperative norms of international law, in my understanding overcomes the pattern erected in the past upon the autonomy of the will of the State, which can no longer be invoked or pursued in view of the existence of norms of *jus cogens*. These latter transcend the law of treaties, and encompass nowadays the domain of State responsibility. Those obligations, in their turn, clearly transcend the individual consent of States, heralding the advent of the international legal order of our times, committed to the prevalence of superior common values, in the ongoing construction of the international law for humankind.

72. Obligations *erga omnes* cannot properly be approached from a strictly inter-State perspective, which would no longer reflect the essence of the contemporary international legal order. Those obligations disclose not only a *horizontal* dimension, as they are owed to the international community as a whole (a point overworked in expert writing), but also, in my perception, a *vertical* dimension, as compliance with them is required not only from organs and agents of the public power, but also from natural persons (*simples particuliers*), in their inter-individual relations (a point insufficiently examined in expert writing to date). A proper understanding of the scope of those obligations, and due compliance with them, can help to rid the world of violence and repression, such as those which, in the present case, victimized thousands of persons in the years of the Habré régime in Chad (1982-1990).

73. There could hardly be better examples of a mechanism for the application of the obligations *erga omnes* of protection (at least in the relations of the States parties *inter se*) than the methods of supervision provided for by the human rights treaties themselves, such as the 1984 United Nations Convention against Torture, for the exercise of the *collective guarantee* of the protected rights. In the present case, the right to be preserved is the right to the realization of justice, which corresponds

⁷⁰ Cf. CR 2009/10, pp. 14-15.

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.

to those obligations *erga omnes partes*. Had the ICJ issued the requested provisional measures, it would have taken upon itself the task or role of guarantor of the collective guarantee of the United Nations Convention against Torture.

IX. PROVISIONAL MEASURES TO BE INDICATED

1. *Time and the Imperativeness of the Realization of Justice*

74. The *passing* of time, and its effects, constitute possibly the greatest enigma or mystery surrounding human existence, which has defied human thinking, in distinct domains of human knowledge, for centuries. The domain of law is no exception to that: the passing of time has, not surprisingly, raised issues which continue to defy legal thinking as to the proper interpretation and application of law. In my understanding, time is to be made to operate to secure the realization of justice, and surely not to suggest its impossibility (for alleged lack of material or financial resources), or to impose legal inaction or even oblivion (e.g., prescription, in other contexts). The universal juridical conscience has evolved so as no longer to admit obstacles, in space or in time, to the investigation and sanction of grave violations of human rights and of international humanitarian law.

75. The exercise of universal jurisdiction purports to overcome past obstacles in space. One is, furthermore, to bridge the gap between the time of human beings and the time of human justice, so as to overcome obstacles in time. It is the gravity of human rights violations, of the crimes perpetrated, that admits no prolonged extension in time of the impunity of the perpetrators, so as to honour the memory of the fatal victims and to bring relief to the surviving ones and their relatives. In my understanding, even more significant than retribution is the judicial recognition of human suffering⁷¹, and only the realization of justice can *alleviate* the suffering of the victims caused by the irreparable damage of torture.

76. To that end, time is necessarily short, such as human life, and the indefinite prolongation of time in the realization of justice is an aggravating circumstance. It goes without saying that oblivion cannot be imposed, as, in the domain of Law, it would amount to an obstruction of justice. The investigation and sanction of grave violations of human rights brings the past into the present, to render the latter bearable, once the responsibility for the atrocities occurred in the past are properly determined. Surviving victims and their relatives can thus earn their

⁷¹ The right to be herein preserved, the right to justice, is inextricably linked to [non-punitive] reparation.

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 exacteurs, 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. À 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. À 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].

future. Impunity is unacceptable in our times; imposed oblivion is overwhelmed by memory, rendering the future possible.

77. The *décalage* between the time of human beings and the time of human justice is to be reduced. Without the realization of justice, without the right to the Law (*le droit au Droit*), there is no legal system at all, neither at domestic, nor at international, level. In the meantime, with the persistence of impunity in the present case concerning *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*, the *passing* of time will continue hurting people, much more than it normally does, in particular those victimized by the absence of human justice. The time of this latter is not the time of human beings.

2. *The Required Indication of Provisional Measures in the Present Case*

78. In the light of the aforementioned, the decision taken by the Court's majority, not to indicate provisional measures in the present case, can be severely questioned. The Court based its *prima facie* jurisdiction, in the present Order, on the United Nations Convention against Torture (Article 30); in my view, the prerequisites were present for the indication of provisional measures, and, even if the Court were not fully satisfied with the arguments of the parties, it is not limited or constrained by such arguments.

79. In its own case law, the Court, invoking the principle *jura novit curia*, has clarified that it is not bound to confine its consideration of the case at issue to the pleas or the materials formally submitted to it by the parties. It has so warned, e.g., in its Judgments in the cases of *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, (*Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 181, paras. 17-18), and of *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, (*Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, pp. 24-25, paras. 29-30). In sum, the Court is the *master of its own jurisdiction*, and it is empowered to indicate any provisional measures it deems necessary in a case, irrespective of the arguments of the parties, or even in the absence of such arguments.

80. That the Court is not restricted by the arguments of the parties, is further confirmed by Article 75 (1) and (2) of the Rules of Court⁷², which expressly entitles it to indicate, *motu proprio*, provisional measures that it

⁷² Art. 75 (1) of the Rules of Court sets forth that "the Court may at any time decide to examine *proprio motu* whether the circumstances of the case require the indication of provisional measures which ought to be taken or complied with by any or all of the parties". And Art. 75 (2) determines that "when a request for provisional measures has been made, the Court may indicate measures that are in whole or in part other than those requested, or that ought to be taken or complied with by the party which has itself made the request".

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».

regards as necessary, even if they are wholly or in part distinct from those that are requested. A decision of the ICJ indicating provisional measures in the present case, as I herein sustain, would have set up a remarkable precedent in the long search for justice in the theory and practice of international law. After all, this is the first case lodged with the ICJ on the basis of the 1984 United Nations Convention against Torture, which, on its turn, is “the first human rights treaty incorporating the principle of universal jurisdiction as an international obligation of all States Parties without any precondition other than the presence of the alleged torturer”⁷³.

81. The Court has made use of its prerogatives under Article 75 on some previous occasions. Examples are provided by its orders of provisional measures, invoking Article 75 (2), in the cases concerning the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, (*Provisional Measures, Order of 8 April 1993, I.C.J. Reports 1993*, p. 22, para. 46), the *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, (*Provisional Measures, Order of 15 March 1996, I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 24, para. 48), the *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, (*Provisional Measures, Order of 1 July 2000, I.C.J. Reports 2000*, p. 128, para. 43), and, more lately, the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, (*Provisional Measures, Order of 15 October 2008, I.C.J. Reports 2008*, p. 397, para. 145).

82. That the Court has found it unnecessary to do so in the present case, pertaining to the right to the realization of justice, is a cause of concern to me. After all, there was nothing precluding it from doing so; on the contrary, the prerequisites of urgency and the probability of irreparable harm were and remain in my view present in this case (cf. *supra*), requiring from the Court the indication of provisional measures. Moreover, there subsist, at this stage — and without prejudice to the merits of the case — uncertainties which surround the matter at issue before the Court, despite the amendment in February 2007 of the Senegalese Penal Code and Code of Criminal Procedure.

83. Examples are provided by the prolonged delays apparently due to the alleged high costs of holding the trial of Mr. H. Habré, added to pre-trial measures still to be taken, and the lack of definition of the time still to be consumed before that trial takes place (if it does at all). Despite all that, as the Court’s majority did not find it necessary to

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

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.

indicate provisional measures, the Court can now only hope for the best.

84. This is all the more serious in the light of the nature of the aforementioned *obligations* of the States parties to the United Nations Convention against Torture. Eight years ago, the United Nations Committee against Torture, in the exercise of its functions, decided to issue an interim or provisional measure in the case of *S. Guengueng et alii*, concerning Senegal, to secure the full application of the pertinent provisions of the United Nations Convention against Torture. Yet, despite all that, this Court found that the circumstances, as they now presented themselves to the Court, were not such as to require provisional measures of protection.

85. Much to my regret, as a result of this decision, a precious occasion has been lost by the Court to contribute to the development of contemporary international law in a domain of crucial importance such as that concerning the principle of universal jurisdiction, on the basis of a highly relevant United Nations Convention enshrining a series of obligations ensuing from the domain of *jus cogens*, the 1984 Convention against Torture.

86. Had the Court taken a different view, it could have, and should have, indicated provisional measures to the effect of requiring from the contending parties, *ex abundante cautela*, periodical reports to it, on the basis of Article 78 of the Rules of Court⁷⁴, on any measures taken and advances eventually achieved by them towards the realization of justice in the present case (i.e., the holding of the trial of Mr. H. Habré in Senegal). This would also have enhanced the mandate issued by the African Union itself in 2006 (*supra*). Provisional measures of this kind, with the requirement of reporting, have precedents in the case law of the ICJ itself.

87. May it be recalled that this Court has issued orders of provisional measures, containing such requirement of reporting, and remaining seised of the matter till the delivery of its final judgment, in the cases of *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, (*Interim Protection, Order of 17 August 1972, I.C.J. Reports 1972*, resolutive point 1 (*f*)), of the *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, (*Provisional Measures, Order of 15 December 1979, I.C.J. Reports 1979*, resolutive point 2), of the *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, (*Provisional Measures, Order of 10 January 1986, I.C.J. Reports 1986*, resolutive point 2), of *Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States*

⁷⁴ Art. 78 of the Rules of Court provides that “the Court may request information from the parties on any matter connected with the implementation of any provisional measures it has indicated”.

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».

of America), (Provisional Measures, Order of 9 April 1998, I.C.J. Reports 1998, resolatory point I), of *LaGrand* (Germany v. United States of America), (Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I.C.J. Reports 1999 (I), resolatory point I (a)), of *Avena and Other Mexican Nationals* (Mexico v. United States of America), (Provisional Measures, Order of 5 February 2003, I.C.J. Reports 2003, resolatory point I (b)), of the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (Georgia v. Russian Federation), (Provisional Measures, Order of 15 October 2008, I.C.J. Reports 2008, resolatory point D)⁷⁵.

88. This Court should in my view have remained seised of the matter at stake. It should not have relinquished its jurisdiction in the matter of provisional measures, on the ground of its reliance on what may have appeared the professed intentions of the parties, placing itself in a position more akin to that of a conciliator, if not an expectator. Had the Court done so, it would have assumed the role of the guarantor of the compliance, in the *cas d'espèce*, of the conventional obligations by the States parties to the United Nations Convention against Torture in pursuance of the principle *aut dedere aut judicare*.

89. We are here before the invocation of the principle of universal jurisdiction, grounded on a United Nations Convention which reckons the absolute prohibition of torture, bringing us to the domain of *jus cogens*, a conceptual construction proper of the new *jus gentium* of our times. In my understanding, the obligations set forth by the United Nations Convention against Torture are not simply obligations of conduct or behaviour, but rather indeed obligations of *result*.

90. In so far as provisional measures are concerned, had the ICJ decided to remain seised of the matter at issue, by requesting further periodical information and reports from the contending Parties as to the measures taken to have justice at last done in the concrete case, it would thereby have given its own contribution not only to the settlement of the issue raised before it at this stage, but also, in the fruitful exercise of its functions in the domain of provisional measures of protection, to the realization of justice.

91. This would have appeared to me the right course to have taken, in a decision which could have set up a relevant, if not historical, precedent, in the domain of provisional measures. However, by having proceeded otherwise, and by not indicating these measures, it has now become somewhat difficult to avoid the impression that universal jurisdiction

⁷⁵ Cf. also the Court's Order in the case of the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia) (Provisional Measures, Order of 8 April 1993, I.C.J. Reports 1993, pp. 7-8, para. 3).

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).

keeps on having a long past, a refrained present, and an uncertain future.

X. THE LESSON OF THE PRESENT CASE AT THIS STAGE: PROVISIONAL MEASURES FOR THE REALIZATION OF JUSTICE

92. By means of its provisional measures, the ICJ can indeed contribute not only to the preservation of the right to the realization of justice in a given case, but also to the development of the law of nations itself, the new *jus gentium* of our times. All will depend on how provisional measures are approached. My own conception is that, by preserving rights whose subjects are not only States but also human beings, those measures can also contribute to the development of the law of nations (*droit des gens*).

93. There is nothing new under the sun; this outlook of the matter, somewhat uncultivated in our days⁷⁶, was present in a trend of international legal thinking of the matter which cannot now be forgotten, and which ought to be retaken and further developed in our days. As soon as 1931, for example, Paul Guggenheim pondered with insight that provisional measures are bound to contribute to the development of international law; after all, they do contribute to “rendre justice”, to the “réalisation future d’une situation juridique déterminée”⁷⁷.

94. One decade earlier, throughout the work of the Advisory Committee of Jurists of drafting (June-July 1920) the Statute of the Hague Court (PCIJ and ICJ), Raul Fernandes sought to enhance provisional measures by proposing enforcement measures (penalties) by the PCIJ⁷⁸. Shortly afterwards, he asserted his commitment to the realization of justice at an international level bearing particularly in mind the principle of the juridical equality of States⁷⁹. Provisional measures, with their preventive dimension, can indeed contribute to the development of international law.

95. For the purposes of provisional measures in the present case, the right to be preserved is ultimately the *right to the realization of justice*, the right to see to it that justice is done (a right of States — before this

⁷⁶ It is to be kept in mind, whenever anything is claimed to be novel, that, from time immemorial, it has been warned that whatever appears novel, most likely it is not, it has been reflected upon or expressed before; *Ecclesiastes*, 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, pp. 14-15 and 62.

⁷⁸ Cf. Cour Permanente de Justice Internationale, *Procès-verbaux des séances du comité consultatif de juristes (16 juin-24 juillet 1920) avec annexes*, The Hague, Van Langenhuisen Frs., 1920, p. 588 (intervention by R. Fernandes, 20 July 1920).

⁷⁹ R. Fernandes, *Le principe de l’égalité juridique des Etats dans l’activité internationale de l’après-guerre*, Geneva, Impr. A. Kundig, 1921, pp. 18-22 and 33.

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 Langenhuyssens 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.

Court — emerged from the violation of fundamental rights of the human beings concerned, originally victimized by torture). There is in the *cas d'espèce*, in my perception, a risk of (ongoing) irreparable damage, in the form of insufficient action, of further delays⁸⁰. As an old maxim warns, justice delayed is justice denied.

96. It can, in my understanding, be forcefully argued that the denial of access to justice is peremptorily prohibited: without such right, there is simply no legal system at all, at international and national levels. Furthermore, grave violations of human rights, and of international humanitarian law, such as torture, are detrimental not only to the direct and indirect victims, as they directly affect their *social milieu* as a whole. In this framework, the right to the realization of justice appears ineluctably of the utmost relevance. The perpetuation of impunity is corrosive of the whole *social milieu*. There is urgency, in the sense of imperativeness, in the preservation of the right to the realization of justice, by means of provisional measures of protection.

XI. CONCLUDING OBSERVATIONS

97. I come thus to my concluding observations of this dissenting opinion. The fact that the binding character of provisional measures of protection is nowadays beyond question, on the basis of the *res interpretata* of the ICJ itself (cf. paras. 9-11, *supra*), does not mean that we have reached a culminating point in the evolution of the ICJ case law on this matter. Quite on the contrary, I can hardly escape the impression that we are living the infancy of this jurisprudential development. The Court has not yet pronounced on the autonomy of an order of indication of provisional measures; nor has it yet pronounced on the legal consequences of non-compliance with them; nor has it yet pronounced on issues of State responsibility in this very specific context, — apart from the decision on the merits on the corresponding cases. There is thus still a long way to move forward.

98. It has already been argued⁸¹ that, in the present case, the violation of the peremptory prohibition of torture has taken us to the invocation, in the inter-State *contentieux*, of the right to the realization of justice, on the basis of the relevant provisions of the 1984 United Nations Convention against Torture (Articles 7 (1) and 5 (2)). The nature of the right to be preserved, a right *erga omnes partes*, does have a bearing on a decision

⁸⁰ May it be recalled that, at domestic law level, in legal procedure, the *periculum in mora*, associated with prolonged and undue delays in the realization of justice, has been a key concept for the determination of precautionary or interim measures.

⁸¹ Para. 40, and cf. paras. 17 and 21-25, *supra*.

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*.

to indicate provisional measures. Provisional measures do have a place in the *cas d'espèce*, as the preconditions for them are herein met. Urgency (imperativeness) requires such measures, so as to avoid the probability of further irreparable damage as a result of the prolongation of undue delays in the realization of justice.

99. In the present Order (paras. 47-48) the ICJ found that there appeared to be a *prima facie* continuing dispute between the Parties as to the interpretation and application of the relevant provisions of the United Nations Convention against Torture. In my view, States parties to this Convention have undertaken the obligation to exercise universal jurisdiction (Article 7), in respect of torture, and thus to contribute to the gradual construction of a truly universal international law. There is thus need to go beyond the traditional types of territorial jurisdiction, active and passive personality (nationality) jurisdictions, and protective jurisdiction, in cases of grave violations of human rights and international humanitarian law. One would thus be giving expression to superior legal values shared and upheld by the international community as a whole, as well as responding in particular to its legitimate concern to overcome impunity at national level.

100. This Court has, so far, succinctly and rightly held, in a distinct context, that the prohibition of genocide belongs to the domain of *jus cogens*⁸². We are here in the domain of material or substantive law, as distinguished from, though related to, the conception of obligations *erga omnes*, proper of procedural law (cf. paras. 68-73, *supra*). Although the Court has dwelt mainly upon these latter⁸³ — still having to extract the consequences of their existence and breach — it has a long way to go in relation to the former — the imperatives of *jus cogens* — if it decides, as

⁸² Case concerning *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, I.C.J. Reports 2006, pp. 31-32 and 35, paras. 64 and 78; and case concerning the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 2007 (I), pp. 110-111, para. 161.

⁸³ Since its celebrated *obiter dictum* in the case of the *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, *Second Phase, Judgment*, I.C.J. Reports 1970, p. 32, paras. 33-34; and cf., subsequently, case concerning *East Timor (Portugal v. Australia)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 1995, p. 102, para. 29; case concerning the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, *Preliminary Objections, Judgment*, I.C.J. Reports 1996 (II), pp. 615-616, para. 31; case concerning *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, I.C.J. Reports 2006, pp. 29 and 51-52, paras. 54 and 125; case concerning the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 2007 (I), pp. 104, 110-111 and 120, paras. 147, 161 and 185. And cf. also the *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, *Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 2004 (I), p. 199, paras. 155-157.

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.

I hope, to embark on the acknowledgment of the gradual expansion of its material content.

101. The present case, even at this stage, appears to me as one of great relevance, as the right to be preserved — the *right to the realization of justice* — is ineluctably linked to the rule of law at both national and international levels. Significantly, due to the awakening of the universal juridical conscience, the matter is nowadays being considered at both levels, and attracting increasing attention, in the agenda of the General Assembly of the United Nations, over the last three years. The United Nations General Assembly has in fact reaffirmed “the need for universal adherence to and implementation of the rule of law at both the national and international levels”, as well as its “commitment to an international order based on the rule of law and international law”⁸⁴.

102. For its part, earlier on, the old United Nations Commission on Human Rights, in its resolution 2000/43, stressed that “all allegations of torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment be promptly and impartially examined by the competent national authority”, and that “those who encourage, order, tolerate or perpetrate acts of torture must be held responsible and severely punished” (para. 6). The Commission next called for rehabilitation of the victims (para. 6), and further urged that “States should abrogate legislation leading to impunity for those responsible for grave violations of human rights such as torture and prosecute such violations, thereby providing a firm basis for the rule of law” (para. 2).

103. The central dilemma of the matter at issue, facing nowadays not only States, but the legal profession as well, is quite clear to me: either they keep on relying on the traditional types of criminal jurisdiction (cf. para. 99, *supra*), irrespective of the gravity of the offences committed, or else they admit that there are crimes that do indeed shock the conscience of humankind and that render thereby ineluctable the recourse to universal jurisdiction. Either they continue to reason as from the outlook of an international legal order atomized in sovereign units, or else they decide to move closer to the ideal of the *civitas maxima gentium*.

104. According to this latter, above consent (the will), is the right use of reason; it is the *recta ratio* which guides the will of States, and is conducive to the *necessary*, rather than voluntary, law of nations⁸⁵, holding all of them together, bound in conscience, in the *civitas maxima*, the legal community of the whole of humankind. This ideal, pursued notably by

⁸⁴ General Assembly resolution 63/128 (11 December 2008), on “*The Rule of Law at the National and International Levels*”, fourth preambular paragraph.

⁸⁵ Christian Wolff, *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum* (1764 — Series *The Classics of International Law*, ed. J. Brown Scott), *Prolegomena*, p. 2, para. 4.

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.

Christian Wolff in the eighteenth century, has its historical roots in the Stoics in ancient Greece, has survived to date and has been recalled from time to time⁸⁶. It repeals all that shocks the universal juridical conscience. In the conceptual construction of the *civitas maxima gentium*, nations need each other's assistance to repress grave crimes (wherever they may occur) and to promote the common good (*commune bonum promovere*)⁸⁷, pursuant to the dictates of the right reason⁸⁸.

105. If States and the legal profession opt for this outlook, as I sincerely hope, the principle of universal jurisdiction has to be pursued and applied *universally*, in all corners of the world, without selectivity⁸⁹. In the present case, Senegal has now a rare opportunity, by bringing promptly Mr. H. Habré to trial, to give an example to the world, in compliance with the mandate issued by the African Union in 2006, which is well in keeping with the legal nature, content and effects of the right to be preserved in the *cas d'espèce*, and the corresponding obligations *erga omnes partes* of the United Nations Convention against Torture (Articles 7 (1) and 5 (20)). I dare to nourish the hope that States and the legal profession embark on the right path, for the sake of the development of contemporary international law, as a true law of nations (*droit des gens*), the new *jus gentium* of our times, that emanates ultimately from human conscience.

(Signed) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

⁸⁶ Cf., e.g., over half a century ago, W. Schiffer, *The Legal Community of Mankind*, NY, Columbia University Press, 1954, pp. 63-78.

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

⁸⁸ *Ibid.*, p. 7, para. 21.

⁸⁹ As Christian Wolff furthermore upheld in 1764, since all persons are by nature equal, so all nations too are by nature equal one to the other (*gentes etiam omnes natura inter se aequales sunt*); cf. *ibid.*, p. 6, para. 16.

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.