

SEPARATE OPINION  
OF JUDGE CANÇADO TRINDADE

TABLE OF CONTENTS

	<i>Paragraphs</i>
I. <i>PROLEGOMENA</i>	1-4
II. THE FACTUAL BACKGROUND OF THE PRESENT CASE: THE REGIME HABRÉ IN CHAD (1982-1990) IN THE FINDINGS OF THE CHADIAN COMMISSION OF INQUIRY (REPORT OF 1992)	5-15
1. The organs of repression of the regime Habré in Chad (1982-1990)	9-10
2. The systematic practice of torture of persons arbitrarily detained	11-12
3. Extra-judicial or summary executions and massacres	13
4. The intentionality of extermination of those who allegedly opposed the regime	14-15
III. THE DECISION OF MAY 2006 OF THE UN COMMITTEE AGAINST TORTURE	16-21
IV. THE CASE BEFORE THE ICJ: RESPONSES TO QUESTIONS PUT TO THE CONTENDING PARTIES	22-43
1. Questions put to both Parties	22
2. Responses by Belgium	23-33
3. Responses by Senegal	34-40
4. General assessment	41-43
V. PEREMPTORY NORMS OF INTERNATIONAL LAW ( <i>JUS COGENS</i> ): THE CORRESPONDING OBLIGATIONS OF RESULT, AND NOT OF SIMPLE CONDUCT	44-51
VI. THE EVERLASTING QUEST FOR THE REALIZATION OF JUSTICE IN THE PRESENT CASE	52-64
1. Legal actions in domestic courts	53-55
2. Requests of extradition	56
3. Initiatives at international level	57-61
4. Initiative of entities of African civil society	62-64

OPINION INDIVIDUELLE  
DE M. LE JUGE CANÇADO TRINDADE

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. PROLÉGOMÈNES	1-4
II. LE CONTEXTE FACTUEL DE LA PRÉSENTE AFFAIRE: LE RÉGIME HABRÉ AU TCHAD (1982-1990) TEL QU'IL RESSORT DES CONCLUSIONS DE LA COMMISSION D'ENQUÊTE TCHADIENNE (RAPPORT DE 1992)	5-15
1. Les organes de répression du régime mis en place par Hissène Habré au Tchad (1982-1990)	9-10
2. La pratique systématique de la torture à l'encontre de personnes arbitrairement détenues	11-12
3. Les exécutions extrajudiciaires ou sommaires, et les massacres	13
4. L'intention d'exterminer tous les opposants supposés au régime	14-15
III. LA DÉCISION RENDUE AU MOIS DE MAI 2006 PAR LE COMITÉ DES NATIONS UNIES CONTRE LA TORTURE	16-21
IV. L'AFFAIRE SOUMISE À LA COUR: RÉPONSES AUX QUESTIONS POSÉES AUX PARTIES	22-43
1. Questions posées aux deux Parties	22
2. Réponses de la Belgique	23-33
3. Réponses du Sénégal	34-40
4. Appréciation générale	41-43
V. NORMES IMPÉRATIVES DE DROIT INTERNATIONAL ( <i>JUS COGENS</i> ): LES OBLIGATIONS DE RÉSULTAT — ET NON SIMPLEMENT DE MOYEN — CORRESPONDANTES	44-51
VI. LA RECHERCHE INCESSANTE DE LA RÉALISATION DE LA JUSTICE DANS LA PRÉSENTE AFFAIRE	52-64
1. Les procédures introduites devant les juridictions nationales	53-55
2. Les demandes d'extradition	56
3. Les démarches entreprises au niveau international	57-61
4. L'action menée à l'initiative de certaines entités de la société civile africaine	62-64
	69

488	OBLIGATION TO PROSECUTE OR EXTRADITE (SEP. OP. CANÇADO TRINDADE)	
VII.	THE SEARCH FOR JUSTICE: INITIATIVES AND ENDEAVOURS OF THE AFRICAN UNION	65-72
VIII.	URGENCY AND THE NEEDED PROVISIONAL MEASURES OF PROTECTION	73-81
IX.	THE ABSOLUTE PROHIBITION OF TORTURE IN THE REALM OF <i>JUS COGENS</i>	82-103
	1. The international legal regime against torture	83-94
	2. Fundamental human values underlying that prohibition	95-103
X.	OBLIGATIONS <i>ERGA OMNES PARTES</i> UNDER THE UN CONVENTION AGAINST TORTURE	104-108
XI.	THE GRAVITY OF THE HUMAN RIGHTS VIOLATIONS AND THE COMPELLING STRUGGLE AGAINST IMPUNITY	109-133
	1. Human cruelty at the threshold of gravity	109-115
	2. The inadmissibility of impunity of the perpetrators	116-125
	3. The position of Chad against impunity	126-129
	4. The struggle against impunity in the law of the United Nations	130-133
XII.	OBLIGATIONS UNDER CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW: A PRECISION AS TO THE COURT'S JURISDICTION	134-144
XIII.	A RECURRING ISSUE: THE TIME OF HUMAN JUSTICE AND THE TIME OF HUMAN BEINGS	145-157
	1. An unfortunate <i>décalage</i> to be bridged	145-153
	2. Making time work <i>pro victima</i>	154-157
XIV.	THE TIME FACTOR: A REBUTTAL OF A REGRESSIVE INTERPRETATION OF THE CONVENTION AGAINST TORTURE	158-168
XV.	A NEW CHAPTER IN RESTORATIVE JUSTICE?	169-174
XVI.	EPILOGUE: CONCLUDING REFLECTIONS	175-184



OBLIGATION DE POURSUIVRE OU D'EXTRADER (OP. IND. CANÇADO TRINDADE)	488
VII. LA RECHERCHE DE LA JUSTICE : LES DÉMARCHES ET INTERVENTIONS DE L'UNION AFRICAINE	65-72
VIII. L'URGENCE ET LA NÉCESSITÉ DE MESURES CONSERVATOIRES	73-81
IX. L'INTERDICTION ABSOLUE DE LA TORTURE DANS LE CADRE DU <i>JUS COGENS</i>	82-103
1. Le régime juridique international de lutte contre la torture	83-94
2. Les valeurs humaines fondamentales qui sous-tendent ladite interdiction	95-103
X. LES OBLIGATIONS <i>ERGA OMNES PARTES</i> AU REGARD DE LA CONVENTION DES NATIONS UNIES CONTRE LA TORTURE	104-108
XI. LA GRAVITÉ DES VIOLATIONS DES DROITS DE L'HOMME ET LA NÉCESSITÉ IMPÉRIEUSE DE LUTTER CONTRE L'IMPUNITÉ	109-133
1. La cruauté humaine à l'aune du critère de gravité	109-115
2. Le caractère inadmissible de l'impunité des auteurs	116-125
3. La position du Tchad sur la question de l'impunité	126-129
4. La lutte contre l'impunité dans le droit des Nations Unies	130-133
XII. OBLIGATIONS AU TITRE DU DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER : UNE PRÉCISION QUANT À LA COMPÉTENCE DE LA COUR	134-144
XIII. UNE QUESTION RÉCURRENTÉ : LE TEMPS DE LA JUSTICE DES HOMMES ET LE TEMPS DES ÊTRES HUMAINS	145-157
1. Un décalage regrettable auquel il convient de remédier	145-153
2. Faire en sorte que le temps œuvre <i>pro victima</i>	154-157
XIV. L'ÉLÉMENT TEMPOREL : RÉFUTATION DE L'INTERPRÉTATION RÉGRESSIVE DE LA CONVENTION CONTRE LA TORTURE	158-168
XV. UN NOUVEAU CHAPITRE EN MATIÈRE DE JUSTICE RÉPARATRICE ?	169-174
XVI. ÉPILOGUE : RÉFLEXIONS FINALES	175-184

## I. PROLEGOMENA

1. I have voted in favour of the adoption of the present Judgment in the case concerning *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, whereby the International Court of Justice (ICJ) has established violations of Articles 6 (2) and 7 (1) of the 1984 United Nations Convention against Torture<sup>1</sup>, has asserted the need to take immediately measures to comply with the duty of prosecution under that Convention<sup>2</sup>, and has rightly acknowledged that the absolute prohibition of torture is one of *jus cogens*<sup>3</sup>. Although I have agreed with the Court's majority as to most of the findings of the Court in its present Judgment, there are two points of its reasoning which I do not find satisfactory or consistent with its own conclusions, and on which I have a distinct reasoning, namely, the Court's jurisdiction in respect of obligations under customary international law, and the handling of the time factor under the UN Convention against Torture. I feel thus obliged to dwell upon them in the present separate opinion, so as to clarify the matter dealt with by the Court, and to present the foundations of my personal position thereon.

2. My reflections, developed in the present separate opinion, pertain to considerations at factual, conceptual and epistemological levels, on distinct points in relation to which I do not find the reasoning of the Court entirely satisfactory or complete. At the factual level, I shall dwell upon: (a) the factual background of the present case: the regime Habré in Chad (1982-1990) in the findings of the Chadian Commission of Inquiry (Report of 1992); (b) the significance of the decision of 2006 of the UN Committee against Torture; (c) the clarifications on the case before the ICJ, in the responses to questions put to the contending Parties in the course of the legal proceedings; and (d) the everlasting quest for the realization of justice in the present case.

3. At the conceptual and epistemological levels, my reflections in the present separate opinion will focus on: (a) urgency and the needed provisional measures of protection in the *cas d'espèce*; (b) the acknowledgment of the absolute prohibition of torture in the realm of *jus cogens*; (c) the obligations *erga omnes partes* under the UN Convention against Torture; (d) the gravity of the human rights violations and the compelling struggle against impunity (within the law of the United Nations itself); (e) the obligations under customary international law; and (f) the *décalage* between the time of human justice and the time of human beings revisited (and the need to make time work *pro victima*).

<sup>1</sup> Judgment, resolutive points 4 and 5 of *dispositif*.

<sup>2</sup> *Ibid.*, point 6 of *dispositif*.

<sup>3</sup> *Ibid.*, para. 99.

## I. PROLÉGOMÈNES

1. J'ai voté en faveur du présent arrêt rendu en l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, par lequel la Cour internationale de Justice a établi l'existence de violations de l'article 6, paragraphe 2, et de l'article 7, paragraphe 1, de la convention des Nations Unies contre la torture<sup>1</sup>, affirmé la nécessité de prendre des mesures urgentes pour assurer l'exécution de l'obligation de poursuivre prévue par la convention<sup>2</sup>, et reconnu à juste titre que l'interdiction absolue de la torture relevait du *jus cogens*<sup>3</sup>. Bien que m'étant associé à la majorité en ce qui concerne la plupart des conclusions formulées par la Cour dans le présent arrêt, je ne souscris pas à deux points de l'exposé des motifs, qui me paraissent insatisfaisants ou peu cohérents par rapport auxdites conclusions, à savoir : la compétence de la Cour relativement aux obligations découlant du droit international coutumier et le traitement de l'élément temporel au regard de la convention contre la torture. J'estime donc devoir approfondir ces points dans la présente opinion individuelle, afin de clarifier la question tranchée par la Cour, et exposer les fondements de ma position à cet égard.

2. Les réflexions développées dans la présente opinion individuelle ont trait à des considérations d'ordre factuel, conceptuel et épistémologique relatives à différents points sur lesquels le raisonnement de la Cour ne me semble ni totalement satisfaisant ni exhaustif. Pour ce qui est des considérations de fait, je reviendrai sur : *a)* le contexte factuel de la présente affaire : le régime Habré au Tchad (1982-1990) tel qu'il ressort des conclusions de la commission d'enquête tchadienne (rapport de 1992); *b)* la portée de la décision du Comité des Nations Unies contre la torture de 2006; *c)* les précisions apportées par les Parties en réponse aux questions qui leur ont été posées dans le cadre de l'instance devant la Cour; et *d)* la quête incessante de la réalisation de la justice en la présente espèce.

3. S'agissant des considérations conceptuelles et épistémologiques, je m'attacherai plus particulièrement : *a)* au caractère d'urgence et à la nécessité d'indiquer des mesures conservatoires en la présente espèce; *b)* à la reconnaissance de l'interdiction absolue de la torture dans le cadre du *jus cogens*; *c)* aux obligations *erga omnes partes* au regard de la convention des Nations Unies contre la torture; *d)* à la gravité des violations des droits de l'homme et à la nécessité impérieuse de lutter contre l'impunité (dans le cadre même du droit des Nations Unies); *e)* aux obligations découlant du droit international coutumier; et *f)* à un réexamen du décalage entre le temps de la justice des hommes et le temps des êtres humains (ainsi qu'à la nécessité de faire en sorte que le temps œuvre *pro victima*).

<sup>1</sup> Arrêt, points 4 et 5 du dispositif.

<sup>2</sup> *Ibid.*, point 6 du dispositif.

<sup>3</sup> *Ibid.*, par. 99.

4. In sequence, I will proceed to: (a) a rebuttal of a regressive interpretation of the UN Convention against Torture (CAT); and (b) the identification of the possible emergence of a new chapter in restorative justice. As to the reassuring assertion by the Court that the absolute prohibition of torture is one of *jus cogens* (Judgment, para. 99) — which I strongly support — I go further than the Court, as to what I perceive as the pressing need to extract the legal consequences therefrom, which the Court has failed to do. The way will then be paved, in the epilogue, for the presentation of my concluding reflections on the matter dealt with in the present Judgment of the Court.

## II. THE FACTUAL BACKGROUND OF THE PRESENT CASE: THE REGIME HABRÉ IN CHAD (1982-1990) IN THE FINDINGS OF THE CHADIAN COMMISSION OF INQUIRY (REPORT OF 1992)

5. In the written and oral phases of the proceedings before this Court, both Belgium and Senegal referred to the Report of the National Commission of Inquiry of the Chadian Ministry of Justice, concluded and adopted in May 1992. Thus, already in its Application Instituting Proceedings (of 19 February 2009), Belgium referred repeatedly to the findings of the 1992 Report of the Truth Commission of the Chadian Ministry of Justice, giving account of grave violations of human rights and of international humanitarian law during the Habré regime (1982-1990) in Chad<sup>4</sup>. Subsequently, in its Memorial (of 1 July 2010), in dwelling upon Chad under the regime of Mr. H. Habré, Belgium recalled that,

“[a]ccording to an assessment published in 1993 by the National Commission of Inquiry of the Chadian Ministry of Justice, Mr. Habré’s presidency produced tens of thousands of victims. The Commission gives the following figures: ‘more than 40,000 victims; more than 80,000 orphans; more than 30,000 widows; more than 200,000 people left with no moral or material support as a result of this repression’.”<sup>5</sup> (Para. 1.10.)

6. The aforementioned Report was also referred to in the course of the oral arguments at the provisional measures phase<sup>6</sup>. Subsequently, Belgium referred repeatedly to the Report, from the very start of its oral arguments on the merits of the case<sup>7</sup>. For its part, in its oral argument

<sup>4</sup> Application instituting proceedings, pp. 13, 39, 57, 89 and 93.

<sup>5</sup> Chadian Ministry of Justice, «Les crimes et détournements de l’ex-président Habré et de ses complices — Rapport de la commission d’enquête nationale du ministère tchadien de la justice» [«The Crimes and Misappropriations Committed by ex-President Habré and His Accomplices — Report by the National Commission of Inquiry of the Chadian Ministry of Justice»], Paris, L’Harmattan, 1993, pp. 3-266. For the English translation, see Neil J. Kritz (ed.), *Transitional Justice*, Vol. III, Washington D.C., U.S. Institute of Peace Press, 1995, pp. 51-93.

<sup>6</sup> CR 2009/08, of 6 April 2009, pp. 18-19.

<sup>7</sup> CR 2012/2, of 12 March 2012, pp. 12 and 23.

4. J'entreprendrai successivement: *a)* de réfuter une interprétation régressive de la convention des Nations Unies contre la torture; et *b)* de décrire la possible ouverture d'un nouveau chapitre dans l'histoire de la justice réparatrice. Quant à l'affirmation de la Cour selon laquelle l'interdiction absolue de la torture relève du *jus cogens* (arrêt, par. 99) — affirmation rassurante à laquelle je souscris résolument —, j'irai au-delà du raisonnement qui la sous-tend pour exposer ce qui, selon moi, constitue une nécessité impérieuse, à savoir celle d'en tirer les conséquences juridiques, ce que la Cour n'a pas fait. J'en arriverai ainsi, en conclusion, à la présentation de mes observations finales sur la question traitée dans le présent arrêt.

## II. LE CONTEXTE FACTUEL DE LA PRÉSENTE AFFAIRE : LE RÉGIME HABRÉ AU TCHAD (1982-1990) TEL QU'IL RESSORT DES CONCLUSIONS DE LA COMMISSION D'ENQUÊTE TCHADIENNE (RAPPORT DE 1992)

5. Dans les écritures et plaidoiries qu'ils ont présentées à la Cour, tant la Belgique que le Sénégal se sont référés au rapport de la commission d'enquête nationale du ministère tchadien de la justice, achevé et adopté en mai 1992. Ainsi, dès sa requête introductive d'instance (du 19 février 2009), la Belgique a mentionné les conclusions du rapport de la commission tchadienne pour la vérité, qui faisait état de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire commises sous le régime de Hissène Habré (1982-1990) au Tchad<sup>4</sup>. Revenant sur la situation du Tchad sous le régime de Hissène Habré dans son mémoire (du 1<sup>er</sup> juillet 2010), elle a rappelé que,

«[s]elon un bilan publié, en 1993, par la commission d'enquête nationale du ministère tchadien de la justice, la présidence de M. Habré aurait fait des dizaines de milliers de victimes. La commission cite les chiffres suivants: «plus de 40 000 victimes; plus de 80 000 orphelins; plus de 30 000 veuves; plus de 200 000 personnes se trouvant, du fait de cette répression, sans soutien moral et matériel».»<sup>5</sup> (Par. 1.10.)

6. Le rapport précité a également été mentionné à l'audience, lors de la phase de l'examen des mesures conservatoires<sup>6</sup>. Par la suite, la Belgique s'y est référée à plusieurs reprises, dès le début de ses plaidoiries au fond<sup>7</sup>. Quant au Sénégal, il a lui aussi fait référence à ces mêmes conclusions

<sup>4</sup> Requête introductive d'instance, p. 13, 39, 57, 89 et 93.

<sup>5</sup> Ministère tchadien de la justice, «Les crimes et détournements de l'ex-président Habré et de ses complices — Rapport de la commission d'enquête nationale du ministère tchadien de la justice», Paris, L'Harmattan, 1993, p. 3-266.

<sup>6</sup> CR 2009/08, 6 avril 2009, p. 18-19.

<sup>7</sup> CR 2012/2, 12 mars 2012, p. 12 et 23.



of 16 March 2012 before the Court, Senegal also referred to those findings of the Chadian Truth Commission, as evoked by Belgium<sup>8</sup>. Those findings were not controverted.

7. In my understanding, those findings ought to be taken into account in addressing the questions lodged with the Court in the present case, under the CAT, one of the “core Conventions” on human rights of the United Nations. (This is of course without prejudice to the determination of facts by the competent criminal tribunal that eventually becomes entrusted with the trial of Mr. H. Habré.) After all, the exercise of jurisdiction — particularly in pursuance to the principle *aut dedere aut judicare* — by any of the States parties to the CAT (Arts. 5-7) is prompted by the *gravity* of the breaches perpetrated to the detriment of human beings, of concern to the members of the international community as a whole.

8. Bearing this in mind, the main findings set forth in the Report of the Chadian Truth Commission may here be briefly recalled, for the purposes of the consideration of the *cas d'espèce*. They pertain to: (a) the organs of repression of the regime Habré in Chad (1982-1990); (b) arbitrary detentions and torture; (c) the systematic nature of the practice of torture of detained persons; (d) extra-judicial or summary executions, and massacres. The corresponding passages of the Report, published in 1993, can be summarized as follows.

*1. The Organs of Repression of the Regime Habré  
in Chad (1982-1990)*

9. According to the aforementioned Report of the Chadian Truth Commission, the machinery of repression of the Habré regime in Chad (1982-1990) was erected on the creation and function of four organs of his dictatorship, namely: the Directorate of Documentation and Security (*Direction de la documentation et de la sécurité* — DDS) or the “political police”, the Service of Presidential Investigation (*Service d'investigation présidentielle* — SIP), the General Information [Unit] (*Renseignements généraux* — RG) and the State party (*parti-Etat*), called the *Union nationale pour l'indépendance et la révolution* — UNIR). And the Report added:

“All these organs had the mission of controlling the people, keeping them under surveillance, watching their actions and attitudes even in the smallest matters, in order to flush out so-called enemies of the nation and neutralize them permanently.

The DDS is the principal organ of repression and terror. Among all the oppressive institutions of the Habré regime, the DDS distinguished itself by its cruelty and its contempt for human life. It fully

---

<sup>8</sup> CR 2012/5, of 16 March 2012, p. 31.

de la commission tchadienne pour la vérité dans sa plaidoirie du 16 mars 2012<sup>8</sup>. Celles-ci n'ont fait l'objet d'aucune controverse.

7. Selon moi, il convient de tenir compte de ces conclusions en examinant les questions dont la Cour a été saisie en la présente affaire sur la base de la convention contre la torture, c'est-à-dire l'une des «conventions fondamentales» des Nations Unies en matière de droits de l'homme. (Cela, bien évidemment, sous réserve de l'établissement des faits par la juridiction pénale compétente qui sera finalement chargée du procès de M. Hissène Habré.) L'exercice de la compétence — notamment en vertu du principe *aut dedere aut judicare* — par tout Etat partie à la convention contre la torture (art. 5-7) n'est-il pas, somme toute, induit par la *gravité* des violations commises au détriment des êtres humains, source de préoccupations pour l'ensemble des membres de la communauté internationale?

8. Dès lors, les principales conclusions figurant dans le rapport de la commission tchadienne pour la vérité peuvent être brièvement rappelées ici, aux fins de l'examen de la présente espèce. Ces conclusions ont trait : *a)* aux organes de répression du régime mis en place par Hissène Habré au Tchad (1982-1990); *b)* aux détentions arbitraires et à la torture; *c)* au caractère systématique de la pratique de la torture à l'encontre des personnes détenues; *d)* aux exécutions extrajudiciaires ou sommaires, et aux massacres. Les passages correspondants du rapport, publié en 1993, peuvent être résumés comme suit.

*1. Les organes de répression du régime mis en place  
par Hissène Habré au Tchad (1982-1990)*

9. D'après le rapport de la commission tchadienne pour la vérité, l'appareil répressif du régime Habré au Tchad (1982-1990) reposait sur la mise en place et l'action de quatre organes de la dictature, à savoir : la Direction de la documentation et de la sécurité (DDS) ou «police politique», le Service d'investigation présidentielle (SIP), les Renseignements généraux (RG) et le parti-Etat, appelé Union nationale pour l'indépendance et la révolution (UNIR). Et le rapport d'ajouter :

«Tous ces organes avaient pour mission de quadriller le peuple, de le surveiller dans ses moindres gestes et attitudes afin de débusquer les prétendus ennemis de la nation et de les neutraliser définitivement.

La DDS est l'organe principal de la répression et de la terreur. De toutes les institutions oppressives du régime Habré, la DDS s'est distinguée par sa cruauté et son mépris de la vie humaine. Elle a pleine-

---

<sup>8</sup> CR 2012/5, 16 mars 2012, p. 31.

carried out its mission, which was to terrorize the population to make them better slaves.

Habré laid all the foundations for his future political police in the first days after he seized power. Initially it existed in embryonic form as the ‘Documentation and Intelligence Service’ (. . .). The DDS as it is known today was created by Decree No. 005/PR of 26 January 1983.”<sup>9</sup>

10. The “territorial competence” of the DDS extended over “the whole national territory” and even abroad. No sector, public or private, escaped its supervision:

“Agents were everywhere in the country, beginning with the prefectures, the subprefectures, the cantons and even the villages. It had a branch in every electoral borough. To oversee its territory, it recruited local agents as spies and informers. Each branch was composed of a chief and a deputy.”<sup>10</sup>

Promotions were given in exchange for information<sup>11</sup>. The DDS aimed also at those who opposed the regime and were based in neighbouring countries, whereto it sent its agents to perpetrate murder or kidnappings<sup>12</sup>. The DDS was directly linked and subordinated to the Presidency of the Republic, as set forth by the decree which instituted the DDS; given the “confidential character” of its activities, there was no intermediary between President H. Habré and the DDS<sup>13</sup>.

## *2. The Systematic Practice of Torture of Persons Arbitrarily Detained*

11. The same Report adds that, in the period of the Habré regime, most victims were arbitrarily detained by the DDS, without knowing the charges against them. They were systematically tortured, either for “intimidation” or else as “reprisal”<sup>14</sup>. And the Report added that

“Torture was an institutional practice in the DDS. Arrestees were systematically tortured, then kept in tiny cells under terrible and inhumane conditions. (. . .) [T]he DDS elevated torture virtually to

---

<sup>9</sup> Chadian Ministry of Justice, “Report by the National Commission of Inquiry of the Chadian Ministry of Justice on ‘The Crimes and Misappropriations Committed by ex-President Habré and His Accomplices’”, *op. cit. supra* note 5.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> *Ibid.*, pp. 61-62.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> He gave all the orders, and the DDS reported to him daily; *ibid.* This was how, during his eight years in power, he imposed a regime of terror in Chad.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 69.

ment accompli sa mission, qui consiste à terroriser les populations pour mieux les asservir.

Habré a jeté les bases de sa future police politique dès les premiers jours de sa prise de pouvoir. Au début, elle n'était qu'un embryon appelé «Service de documentation et de renseignements»... Quant à la DDS telle qu'elle est connue aujourd'hui, elle a été créée par le décret n° 005/PR du 26 janvier 1983.»<sup>9</sup>

10. La «compétence territoriale» de la DDS s'étendait à «tout le territoire national», et allait même au-delà. Aucun secteur, public ou privé, n'échappait à son contrôle :

«Des agents ont été disséminés partout à travers le territoire, à commencer par les préfectures, les sous-préfectures, les cantons et même les villages. Il a été implanté une antenne par circonscription. Celle-ci, pour superviser son territoire, recrute des agents locaux à titre d'indicateur ou informateur. Chaque antenne est composée d'un chef et d'un adjoint...»<sup>10</sup>

Des promotions étaient octroyées en échange d'informations<sup>11</sup>. La DDS surveillait également les opposants au régime établis dans les pays voisins, dans lesquels elle envoyait ses agents pour qu'ils s'y livrent à des assassinats et à des enlèvements<sup>12</sup>. Aux termes du décret portant création de la DDS, celle-ci était directement rattachée et subordonnée à la présidence de la République; en raison du «caractère confidentiel» de ses activités, il n'y avait aucun intermédiaire entre le président Hissène Habré et la DDS<sup>13</sup>.

## 2. *La pratique systématique de la torture à l'encontre de personnes arbitrairement détenues*

11. Dans ce même rapport, il est indiqué que, durant le régime Habré, la plupart des victimes étaient détenues arbitrairement par la DDS sans être informées des accusations portées contre elles. Ces personnes étaient systématiquement torturées, par mesure d'«intimidation» ou de «représailles»<sup>14</sup>. A cet égard, le rapport précise ce qui suit :

«La torture est une pratique institutionnalisée au sein des services de la DDS. Ainsi les personnes arrêtées sont systématiquement torturées puis détenues dans les cellules exigües, dont les conditions de vie

<sup>9</sup> Ministère tchadien de la justice, «Les crimes et détournements de l'ex-président Habré et de ses complices — Rapport de la commission d'enquête nationale du ministère tchadien de la justice», *op. cit. supra* note 5, p. 20-21.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> Tous les ordres émanaient d'Hissène Habré, et la DDS lui rendait compte au jour le jour; *ibid.* C'est ainsi que, durant ses huit ans de règne, il a imposé un régime de terreur au Tchad.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 38.

the status of a standard procedure, and almost all detainees were subjected to it one way or another, regardless of sex or age.”<sup>15</sup>

12. And the Chadian Truth Commission proceeded in its account of the facts it found:

“Everyone arrested by the DDS, in N’Djamena or in the provinces, was systematically subjected to at least one interrogation session, following which an interrogation report was prepared. Torture being the tool of choice during interrogation, DDS agents resorted to it systematically.

A number of former DDS detainees told the Commission of Inquiry about the torture and abuse to which they were subjected during their detention. Scars from these tortures and medical examinations have corroborated their testimony.”<sup>16</sup>

### 3. *Extra-Judicial or Summary Executions and Massacres*

13. The Report of the Chadian Truth Commission also acknowledged cases of extra-judicial or summary executions, and of massacres:

“During his eight-year reign Hissein Habré created a regime where adherence to any political opinions contrary to his own could mean physical liquidation. Thus, from the time he came to power in June 1982 through November 1990 when he fled, a large number of Chadians were persecuted for their efforts to modify his autocratic policies. That is why entire families were arrested and imprisoned with no trial of any kind, or simply hunted down and wiped out. (. . .)

Individuals arrested by DDS had very little chance of coming out alive. This sad reality was known to all Chadians. Detainees died in one of two ways: either slowly, following days or months of imprisonment, or quickly, in the first few days after arrest, at the hands of Hissein Habré’s executioners. (. . .)

Testimony from former political prisoners has provided ample evidence about the ways their comrades died in prison. Some died of physical exhaustion due to inhuman prison conditions (. . .). Others died from asphyxiation. Packed into minuscule cells (. . .), prisoners died one after another.

<sup>15</sup> Neil J. Kritz (ed.), *Transitional Justice*, *op. cit. supra* note 5, p. 38. Such practice was conducted pursuant to superior orders, in the hierarchy of power; cf. *ibid.*, pp. 69-70.

<sup>16</sup> *Ibid.*, pp. 70-71.

sont épouvantables et inhumaines... [L]a DDS a pratiquement érigé la torture en système de travail et la presque totalité de ses détenus y sont soumis d'une façon ou d'une autre, sans aucune distinction de sexe ou d'âge.»<sup>15</sup>

12. La commission tchadienne pour la vérité poursuit ainsi son exposé :

« Toute personne arrêtée par la DDS, que ce soit à N'Djamena ou en province, est systématiquement soumise au moins à une séance d'interrogatoire à l'issue de laquelle un procès-verbal d'audition est établi. La torture étant l'outil de préférence lors des interrogatoires, les agents de la DDS y recourent de façon systématique.

Plusieurs anciens détenus de la DDS ont fait état à la commission d'enquête de la torture et des mauvais traitements auxquels ils ont été soumis pendant leur détention. Des traces de ces tortures et des examens médicaux ont corroboré leurs témoignages.»<sup>16</sup>

### 3. *Les exécutions extrajudiciaires ou sommaires, et les massacres*

13. Dans le rapport de la commission tchadienne pour la vérité, il est également fait état de cas d'exécutions extrajudiciaires ou sommaires, ainsi que de massacres :

« Durant huit années de règne, Hissein Habré avait instauré un régime où toute opinion politique contraire à la sienne pouvait entraîner la liquidation physique de ses auteurs. Ainsi, depuis son arrivée au pouvoir en juin 1982 jusqu'en novembre 1990, date de sa fuite, un grand nombre de Tchadiens étaient persécutés pour leur prise de position tendant à modifier sa politique autocratique. C'est pourquoi des familles entières ont été interpellées et détenues sans aucune forme de procès, ou tout simplement traquées et exterminées...

Les personnes arrêtées par la DDS ont très peu de chances de sortir vivantes. Cette triste réalité est connue de tous les Tchadiens. Aussi, les détenus meurent généralement de deux façons : soit la mort lente qui survient après quelques jours ou quelques mois, soit la mort expéditive donnée par les bourreaux de Hissein Habré dès les premiers jours suivant l'arrestation...

L'audition d'anciens détenus politiques a démontré avec force détails à l'appui les genres de mort de leurs camarades en détention. Certains meurent d'épuisement physique dû aux conditions inhumaines de détention... D'autres par contre meurent par asphyxie. Entassés dans de minuscules cellules..., les détenus s'éteignent les uns après les autres...

<sup>15</sup> « Les crimes et détournements de l'ex-président Habré et de ses complices », *op. cit. supra* note 5, p. 38. Cette pratique répondait aux instructions des supérieurs hiérarchiques; voir *ibid.*, p. 38-39.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 39.

Removals at night and extra-judiciary executions are practiced regularly by DDS agents on detainees. These are generally the most bloodthirsty agents (. . .) who proceed in the selection of prisoners destined for the abattoir located near N'Djamena. These odious and barbarous acts target a certain category of detainees.”<sup>17</sup>

#### 4. *The Intentionality of Extermination of Those Who Allegedly Opposed the Regime*

14. In its remaining parts, the Report of the Chadian Truth Commission addressed aggravating circumstances of the oppression of the regime Habré, mainly the *intentionality* of the atrocities perpetrated. In its own words,

“The Hissein Habré regime was a veritable hecatomb for the Chadian people; thousands of people died, thousands of others suffered in mind and body and continue to suffer.

Throughout this dark reign, in N'Djamena and everywhere else in the country, systematic repression was the rule for all opponents or suspected opponents of the regime.

The possessions of persons arrested or hunted were pillaged and their relatives persecuted. Entire families were decimated.

In the interior, villages were completely burned down and their populations massacred. Nothing was immune to this murderous madness, and the entire country was in a state of terror. (. . .)

Never in the history of Chad have there been so many deaths, never have there been so many innocent victims. When the Commission of Inquiry began its work, it believed that at worst it would be dealing with massacres, but the further it proceeded in its investigations, the larger loomed the dimensions of the disaster, until finally it was a question of extermination. No ethnic group, no tribe, no family was spared, except the Goranes and their allies. The killing machine made no distinction between men, women and children. The mildest protest was equated with revolt and triggered horrible reprisals. The silenced and submissive population watched powerless its own gradual asphyxiation. Starting in 1982, political prisons sprang up all over Chad, and they were not emptied until the fall of the regime in 1990. In N'Djamena as well as the provinces, arrests were made at a frenetic pace. People were arrested on any pretext, even without any pretext. A slip of the tongue, an old grudge never forgiven by a Gorane or DDS agent, even an incident fabricated of whole cloth was enough for one to find himself in the grim dungeons of the DDS.

---

<sup>17</sup> Neil J. Kritz (ed.), *Transitional Justice*, *op. cit. supra* note 5, pp. 54 and 75.

Les enlèvements de nuit et les exécutions extrajudiciaires sont pratiqués régulièrement par les agents de la DDS sur les détenus. Ce sont généralement les agents les plus sanguinaires ... qui procèdent aux sélections des prisonniers destinés à l'abattoir situé aux alentours de N'Djamena. Ces actes odieux et barbares visent une certaine catégorie de détenus.»<sup>17</sup>

#### 4. *L'intention d'exterminer tous les opposants supposés au régime*

14. Les autres parties du rapport de la commission tchadienne pour la vérité ont trait aux circonstances aggravantes de l'oppression exercée par le régime Habré et, principalement, au caractère intentionnel des atrocités perpétrées. Pour reprendre les termes employés dans le rapport,

«Le régime de Hissein 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.

Tout au long de ce sombre règne, à N'Djamena comme dans le reste du pays, la répression systématique était la règle pour tous les opposants ou supposés opposants au régime.

Les biens des personnes arrêtées ou recherchées étaient pillés et leurs parents persécutés. Des familles entières avaient été ainsi décimées.

A l'intérieur du pays, des villages ont été complètement brûlés et leurs populations massacrées. Rien n'échappait à cette folie meurtrière et le pays tout entier était soumis à la terreur...

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. Aucun groupe ethnique, aucune tribu, aucune famille n'a été épargnée, excepté les Goranes et leurs alliés. La machine à tuer ne faisait aucune différence entre hommes, femmes et enfants. La moindre protestation était assimilée à une révolte et entraînait de terribles représailles. Le peuple bâillonné et soumis assistait donc impuissant à son asphyxie progressive. Dès 1982, les prisons politiques ont proliféré au Tchad et n'ont pas désempli jusqu'à la chute du régime, en 1990. A N'Djamena comme en province, les arrestations étaient effectuées à un rythme frénétique. L'on était arrêté pour n'importe quel motif et même sans aucun motif. Il suffisait d'un mot mal placé, d'une vieille rancune non digérée par un Gorane ou n'importe quel agent de la DDS, voire d'un scénario monté de toutes pièces, pour se retrouver dans les sombres cachots de la DDS.

<sup>17</sup> «Les crimes et détournements de l'ex-président Habré et de ses complices», *op. cit.* supra note 5, p. 51 et 54.



In these dungeons, a very large number of people died. The number of political prisoners counted by the Commission of Inquiry for the period 1982-1990 and the number who died during the same period boggle the imagination.”<sup>18</sup>

15. The Report of the Chadian Truth Commission, published in 1993, was in fact concluded on 7 May 1992, with a series of recommendations<sup>19</sup>. Its over-all assessment was quite sombre. In its own words,

“The record of Habré’s eight-year reign is terrifying. The Commission still wonders how a citizen, a child of the country, could have committed so much evil, so much cruelty, against his own people. The stereotype of the hard-core revolutionary idealist quickly gave way to that of a shabby and sanguinary tyrant.

Recapitulating the evils he has wrought on his fellow citizens, the toll is heavy and the record grim:

- more than 40,000 victims;
- more than 80,000 orphans;
- more than 30,000 widows;
- more than 200,000 people left with no moral or material support as the result of this repression.

Add to that the movable and immovable goods plundered and confiscated from peaceful citizens — an amount estimated at ONE BILLION CFA FRANCS each year.

Eight years of rule, eight years of tyranny (. . .). Why so much evil, so much hatred of his own people? Was it worth the pain of struggling for a whole decade to win power, just to do that? For what ideal and to what end was Habré fighting? (. . .)

The Habré regime and what became of it should serve as a lesson to all Chadians, and in particular to the country’s rulers. A wise man once said: ‘Power is like a shadow, and shadows are never eternal.’”<sup>20</sup>

### III. THE DECISION OF MAY 2006 OF THE UN COMMITTEE AGAINST TORTURE

16. On 18 April 2001, a group of persons who claimed to be victims of torture during the regime Habré in Chad lodged a complaint with the UN Committee against Torture, supervisory organ of the UN Convention against Torture (CAT). They did so under Article 22 of the CAT, in the exercise of the right of individual complaint or peti-

<sup>18</sup> Neil J. Kritz (ed.), *Transitional Justice*, *op. cit. supra* note 5, pp. 79-80.

<sup>19</sup> Cf. *ibid.*, pp. 92-93.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 97.

Dans ces cachots, il mourait un nombre impressionnant de détenus. Les chiffres des détenus politiques recensés par la commission d'enquête pour la période de 1982 à 1990 ainsi que ceux des personnes mortes pendant la même période défient toute imagination.»<sup>18</sup>

15. Le rapport de la commission tchadienne pour la vérité, publié en 1993, a, en fait, été achevé le 7 mai 1992, et ce, par la formulation d'une série de recommandations<sup>19</sup>. Ses conclusions générales étaient fort sombres :

«Le bilan de huit ans de règne qu'a laissé Habré est terrifiant. La commission ne cesse de se demander comment un citoyen, un enfant du pays a pu faire tant de mal, tant de cruauté à son peuple. L'image empruntée du «révolutionnaire pur et dur» a vite cédé la place à celle d'un tyran minable et sanguinaire.

En récapitulant le mal qu'il a fait contre ses concitoyens, le bilan est lourd et bien sombre; il se chiffre à :

- plus de 40 000 victimes;
- plus de 80 000 orphelins;
- plus de 30 000 veuves;
- plus de 200 000 personnes se trouvant, du fait de cette répression, sans soutien moral et matériel.

Ajouter à cela les biens meubles et immeubles pillés et confisqués chez de paisibles citoyens, évalués à UN MILLIARD DE FRANCS CFA chaque année.

Huit ans de règne, huit ans de tyrannie... Pourquoi tant de mal, tant de haine à l'égard de son propre peuple? Valait-il la peine de lutter toute une décennie pour conquérir le pouvoir et en arriver là? Pour quel idéal et dans quel but Habré s'était-il battu? ...

Que le régime de Habré et ce qui lui est arrivé servent de leçon à tous les Tchadiens, et en particulier aux gouvernants. Un sage disait: «Le pouvoir, c'est comme une ombre, et l'ombre n'est jamais éternelle.»<sup>20</sup>

### III. LA DÉCISION RENDUE AU MOIS DE MAI 2006 PAR LE COMITÉ DES NATIONS UNIES CONTRE LA TORTURE

16. Le 18 avril 2001, un groupe de personnes prétendant avoir été victimes de tortures durant le régime Habré au Tchad a déposé une plainte devant le Comité des Nations Unies contre la torture, l'organe de surveillance de l'application de la convention contre la torture. Ces personnes agissaient sur la base de l'article 22 de cet instrument, en exerçant leur

<sup>18</sup> «Les crimes et détournements de l'ex-président Habré et de ses complices», *op. cit.* *supra* note 5, p. 68-69.

<sup>19</sup> Voir *ibid.*, p. 98-99.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 97.

tion<sup>21</sup>. The Committee then proceeded to the examination of the case of *Souleymane Guengueng and al. v. Senegal*. It should not pass unnoticed, at this stage, that the Committee was enabled to pronounce on this matter due to the exercise, by the individuals concerned, of their right of complaint or petition at international level.

17. Half a decade later, on 19 May 2006, the Committee against Torture adopted a decision, under Article 22 of the CAT, on the case *Souleymane Guengueng and al.*, concerning the complaints of Chadian nationals living in Chad, who claimed to be victims of a breach by Senegal of Articles 5 (2) and 7 of the CAT<sup>22</sup>. The Committee did so taking into account the submissions of the complainants and of the respondent State, bearing in mind the factual background of the case as contained in the Report (of May 1992) of the National Commission of Inquiry of the Chadian Ministry of Justice<sup>23</sup>. In their complaint lodged with the UN Committee against Torture, the complainants claimed, as to the facts, that, between 1982 and 1990, they were tortured by agents of Chad who answered directly to Mr. H. Habré, the then President of Chad during the period at issue.

18. The Committee referred to the aforementioned Report by the National Commission of Inquiry established by the Chadian Ministry of Justice (cf. *supra*), giving account of 40,000 “political murders” and “systematic acts of torture” allegedly committed during the H. Habré regime. The Committee recalled that, after being ousted by Mr. Idriss Déby in December 1990, Mr. H. Habré took refuge in Senegal, where he has been living ever since. The Committee further recalled the initiatives of legal action (from 2000 onwards) against Mr. H. Habré, in Senegal and in Belgium. The Committee then found the communication admissible and considered that the principle of universal jurisdiction enunciated in Articles 5 (2) and 7 of the CAT implies that the jurisdiction of States parties “must extend to *potential* complainants in circumstances similar to the complainants”<sup>24</sup>.

19. As to the merits of the communication in the case *Souleymane Guen-*

---

<sup>21</sup> Article 22 of the CAT has been accepted by both Senegal (on 16 October 1996) and Belgium (on 25 July 1999). To date, 64 of the 150 States parties to the CAT have accepted this optional clause of recognition of the competence of the UN Committee against Torture. For an updated digest of the consideration of complaints under Article 22 of the CAT, cf. UN, *Report of the Committee against Torture*, 45th-46th Sessions (2010-2011), UN doc. A/66/44, pp. 150-203.

<sup>22</sup> CAT, paras. 1.1-1.3. The Committee (acting under Article 108 (9) of its Rules of Procedure) requested Senegal, as an interim measure, not to expel Mr. H. Habré and to take all necessary measures to prevent him from leaving the country (other than an extradition) — a request to which Senegal acceded.

<sup>23</sup> *Ibid.*, para. 2.1.

<sup>24</sup> *Ibid.*, para. 6.4, and cf. paras. 6.1-6.5.

droit de plainte ou de pétition individuel<sup>21</sup>, ce qui a donné lieu à l'examen, par le Comité, de l'affaire *Souleymane Guengueng et autres c. Sénégal*. Il convient de relever, à ce stade, que le Comité était habilité à se prononcer sur la question car les intéressés avaient exercé leur droit de plainte ou de pétition au niveau international.

17. Cinq ans plus tard, le 19 mai 2006, le Comité contre la torture a, en application de l'article 22 de la convention contre la torture, rendu une décision en l'affaire *Souleymane Guengueng et autres*, relativement aux plaintes de nationaux tchadiens résidant au Tchad qui prétendaient avoir été victimes d'une violation par le Sénégal de l'article 5, paragraphe 2, et de l'article 7 de la convention contre la torture<sup>22</sup>. Le Comité est parvenu à cette décision au vu des arguments présentés par les requérants et l'Etat défendeur, à la lumière du contexte factuel de l'affaire tel que décrit dans le rapport (de mai 1992) de la commission d'enquête nationale du ministère tchadien de la justice<sup>23</sup>. Dans leur plainte déposée devant le Comité, les requérants affirmaient, d'un point de vue factuel, avoir été torturés entre 1982 et 1990 par des agents tchadiens relevant de l'autorité directe de Hissène Habré, alors président du Tchad.

18. Le Comité s'est référé au rapport précité de la commission d'enquête nationale établie par le ministère tchadien de la justice (voir *supra*), lequel faisait état de 40 000 « assassinats politiques » et d'« actes de torture systématiques » qui auraient été commis durant le régime de Hissène Habré. Il a rappelé que, après son éviction par M. Idriss Déby en décembre 1990, M. Hissène Habré avait trouvé refuge au Sénégal, où il résidait depuis lors. Il a par ailleurs rappelé les actions en justice introduites à partir de 2000 à l'encontre de M. Hissène Habré, au Sénégal comme en Belgique. Le Comité a ensuite déclaré la communication recevable et estimé que le principe de la compétence universelle, énoncé à l'article 5, paragraphe 2, et à l'article 7 de la convention contre la torture, impliquait « l'élargissement de la juridiction des Etats parties à des requérants *potentiels* se trouvant dans des situations similaires à celles des requérants »<sup>24</sup>.

19. En ce qui concerne le fond de la communication présentée en l'af-

<sup>21</sup> L'article 22 de la convention contre la torture a été accepté par le Sénégal (le 16 octobre 1996) et par la Belgique (le 25 juillet 1999). A ce jour, 64 des 150 Etats parties à la convention contre la torture ont accepté cette clause facultative de reconnaissance de la compétence du Comité des Nations Unies contre la torture. Pour un résumé mis à jour de l'examen des plaintes introduites en vertu de l'article 22 de la convention contre la torture, voir Nations Unies, *Rapport du Comité contre la torture*, 45<sup>e</sup> et 46<sup>e</sup> sessions (2010-2011), doc. A/66/44, p. 150-203.

<sup>22</sup> Convention contre la torture, par. 1.11.3. Le Comité (agissant conformément à l'article 108/9) de son règlement intérieur a demandé au Sénégal, à titre de mesure conservatoire, de ne pas expulser M. Hissène Habré et de prendre toutes les mesures nécessaires (autres qu'une extradition) afin de l'empêcher de quitter le pays — demande à laquelle le Sénégal a accédé.

<sup>23</sup> *Ibid.*, par. 2.1.

<sup>24</sup> *Ibid.*, par. 6.4, et voir par. 6.1-6.5.

*gueng and Others*, the Committee, after reviewing the arguments of the parties as to the alleged violations of the relevant provisions of the CAT, noted that Senegal had not contested the fact that it had not taken “such measures as may be necessary” under Article 5 (2). The Committee found that Senegal had not fulfilled its obligations under that provision<sup>25</sup>. In reaching this decision, the Committee deemed it fit to warn, in its decision of 19 May 2006, that

“the reasonable time-frame within which the State party should have complied with this obligation [under Article 5 (2) of the CAT] has been considerably exceeded”<sup>26</sup>.

20. As to the alleged breach of Article 7 of the CAT, the Committee noted that “the obligation to prosecute the alleged perpetrator of acts of torture does not depend on the prior existence of a request for his extradition”; it further observed that the objective of Article 7 is “to prevent any act of torture from going unpunished”<sup>27</sup>. The Committee also pondered that Senegal or any other State party “cannot invoke the complexity of its judicial proceedings or other reasons stemming from domestic law to justify its failure to comply with [its] obligations under the Convention”<sup>28</sup>. The Committee found that Senegal was under an obligation to prosecute Mr. H. Habré for alleged acts of torture, unless it could demonstrate that there was not sufficient evidence to prosecute (at the time of the complainants’ submission of their original complaint of January 2000).

21. The Committee recalled that the decision of March 2001 by the Court of Cassation had put an end to any possibility of prosecuting Mr. H. Habré in Senegal, and added that since Belgium’s request of extradition of September 2005, Senegal also had the choice to extradite Mr. H. Habré. As Senegal decided neither to prosecute nor to extradite him, the Committee found that it had failed to perform its obligations under Article 7 of the CAT<sup>29</sup>. The Committee then concluded that Senegal had violated Articles 5 (2) and 7 of the CAT; it added that its decision in no way influenced the possibility of “the complainants’ obtaining compensation through the domestic courts for the State party’s failure to comply with its obligations under the Convention”<sup>30</sup>. This decision of the Committee against Torture is, in my view, of particular relevance to the present case before this Court<sup>31</sup>.

<sup>25</sup> CAT, paras. 9.1-9.6.

<sup>26</sup> *Ibid.*, para. 9.5.

<sup>27</sup> *Ibid.*, para. 9.7.

<sup>28</sup> *Ibid.*, para. 9.8.

<sup>29</sup> *Ibid.*, paras. 9.7-9.12.

<sup>30</sup> *Ibid.*, paras. 9.12 and 10.

<sup>31</sup> Cf. also Section XV, *infra*.

faire *Souleymane Guengueng et autres*, le Comité a constaté, après avoir examiné les arguments des parties relatifs aux violations supposées des dispositions pertinentes de la convention contre la torture, que le Sénégal n'avait pas contesté n'avoir pas pris «les mesures nécessaires» visées par l'article 5, paragraphe 2. Il a conclu que le Sénégal n'avait pas satisfait à ses obligations au titre de cette disposition<sup>25</sup>. Ce faisant, le Comité a jugé utile de préciser, dans sa décision du 19 mai 2006, que

«le délai raisonnable dans lequel l'Etat partie aurait dû remplir cette obligation [au titre de l'article 5, paragraphe 2, de la convention contre la torture était] largement dépassé»<sup>26</sup>.

20. S'agissant de la violation supposée de l'article 7 de la convention contre la torture, le Comité a relevé que «l'obligation de poursuivre l'auteur présumé d'actes de torture ne dépend[ait] pas de l'existence préalable d'une demande d'extradition à son encontre»; il a également fait observer que l'objectif de l'article 7 était «d'éviter l'impunité pour tout acte de torture»<sup>27</sup>. Le Comité a en outre considéré que le Sénégal ou tout autre Etat partie «ne p[ouvait] invoquer la complexité de sa procédure judiciaire ou d'autres raisons dérivées de son droit interne pour justifier le manque de respect à ses obligations en vertu de la convention»<sup>28</sup>, estimant que le Sénégal avait l'obligation de poursuivre M. Hissène Habré pour les faits de torture allégués, à moins de pouvoir démontrer qu'il ne disposait pas d'éléments suffisants pour ce faire (au moment de l'introduction de la plainte initiale par les requérants, en janvier 2000).

21. Le Comité a rappelé que, par sa décision du mois de mars 2001, la Cour de cassation avait exclu toute possibilité que soient dorénavant engagées des poursuites à l'encontre de M. Hissène Habré au Sénégal, ajoutant que, depuis la demande d'extradition formulée par la Belgique en septembre 2005, le Sénégal avait également la possibilité d'extrader l'intéressé. Le Sénégal n'ayant décidé ni de poursuivre ni d'extrader celui-ci, le Comité a estimé qu'il avait manqué aux obligations que lui imposait l'article 7 de la convention contre la torture<sup>29</sup>. Il a ainsi conclu que le Sénégal avait violé les articles 5, paragraphe 2, et 7 de la convention contre la torture, ajoutant que sa décision n'avait aucune incidence sur la possibilité pour «les requérants d'obtenir une compensation devant les organes internes de l'Etat partie en raison de l'absence de mise en œuvre de ses obligations conformément à la convention»<sup>30</sup>. Cette décision du Comité contre la torture revêt, à mon sens, une pertinence particulière aux fins de la présente espèce<sup>31</sup>.

<sup>25</sup> Convention contre la torture, par. 9.1-9.6.

<sup>26</sup> *Ibid.*, par. 9.5.

<sup>27</sup> *Ibid.*, par. 9.7.

<sup>28</sup> *Ibid.*, par. 9.8.

<sup>29</sup> *Ibid.*, par. 9.7-9.12.

<sup>30</sup> *Ibid.*, par. 9.12 et 10.

<sup>31</sup> Voir également la section XV *infra*.

IV. THE CASE BEFORE THE ICJ:  
RESPONSES TO QUESTIONS PUT TO THE CONTENDING PARTIES

1. *Questions Put to Both Parties*

22. At the end of the public hearings before this Court, I deemed it fit to put to the two contending Parties, on 16 March 2012, the following questions:

“( . . . ) First question :

1. *As to the facts* which lie at the historical origins of this case, taking into account the alleged or eventual projected costs of the trial of Mr. Habré in Senegal, what in your view would be the probatory value of the Report of the National Commission of Inquiry of the Chadian Ministry of Justice?

Second question :

2. *As to the law* :

- (a) Pursuant to Article 7 (1) of the United Nations Convention against Torture, how is the obligation to ‘submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution’ to be interpreted? In your view, are the steps that Senegal alleges to have taken to date sufficient to fulfil the obligation under Article 7 (1) of the United Nations Convention against Torture?
- (b) According to Article 6 (2) of the United Nations Convention against Torture, a State party wherein a person alleged to have committed an offence (pursuant to Article 4) is present ‘shall immediately make a preliminary inquiry into the facts’. How is this obligation to be interpreted? In your view, are the steps that Senegal alleges to have taken to date sufficient to fulfil its obligation under this provision of the United Nations Convention against Torture? ”<sup>32</sup>

2. *Reponses by Belgium*

23. Concerning the *first* question I posed<sup>33</sup>, Belgium gave its response on the basis of the relevant rules of Belgian law, and invited Senegal to elaborate on the rules applicable under Senegalese law. Belgium contended

<sup>32</sup> CR 2012/5, of 16 March 2012, pp. 42-43.

<sup>33</sup> Namely: “*As to the facts* which lie at the historical origins of this case, taking into account the alleged or eventual projected costs of the trial of Mr. Habré in Senegal, what in your view would be the probatory value of the Report of the National Commission of Inquiry of the Chadian Ministry of Justice? ”

IV. L'AFFAIRE SOUMISE À LA COUR :  
RÉPONSES AUX QUESTIONS POSÉES AUX PARTIES

1. *Questions posées aux deux Parties*

22. A la fin de l'audience publique du 16 mars 2012, j'ai jugé utile de poser les questions suivantes aux deux Parties :

« ... Première question :

1. *En ce qui concerne les faits* à l'origine de la présente affaire, quelle serait selon vous, en tenant compte du coût estimatif allégué ou éventuel que représenterait l'organisation du procès de M. Habré au Sénégal, la valeur probante du rapport de la commission d'enquête nationale du ministère tchadien de la justice ?

Deuxième question :

2. *En ce qui concerne le droit :*

- a) Comment doit être interprétée l'obligation de « soumet[tre] l'affaire [aux] autorités [nationales] compétentes pour l'exercice de l'action pénale » énoncée au paragraphe 1 de l'article 7 de la convention des Nations Unies contre la torture ? Les mesures que le Sénégal soutient avoir prises à ce jour suffisent-elles, selon vous, pour considérer qu'il a été satisfait à l'obligation énoncée audit paragraphe ?
- b) En vertu du paragraphe 2 de l'article 6 de la convention des Nations Unies contre la torture, tout Etat partie sur le territoire duquel se trouve une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction (visée à l'article 4) doit « proc[é]de[r] immédiatement à une enquête préliminaire en vue d'établir les faits ». Comment cette obligation doit-elle être interprétée ? Les mesures que le Sénégal soutient avoir prises à ce jour suffisent-elles, selon vous, pour considérer qu'il a été satisfait à l'obligation lui incombant en vertu de cette disposition de la convention des Nations Unies contre la torture ? »<sup>32</sup>

2. *Réponses de la Belgique*

23. Concernant la *première* question que j'ai posée<sup>33</sup>, la Belgique a fondé sa réponse sur les règles pertinentes du droit belge, et invité le Sénégal à exposer les règles applicables en droit sénégalais. Elle a fait valoir que le droit

<sup>32</sup> CR 2012/5, 16 mars 2012, p. 42-43.

<sup>33</sup> A savoir : « *En ce qui concerne les faits* à l'origine de la présente affaire, quelle serait selon vous, en tenant compte du coût estimatif allégué ou éventuel que représenterait l'organisation du procès de M. Habré au Sénégal, la valeur probante du rapport de la commission d'enquête nationale du ministère tchadien de la justice ? »



that Belgian law espouses the principle of “*liberté de la preuve*” in criminal contexts, which, according to Belgium, entails, first, the free choice of evidence and, secondly, allows the trial judge to have discretion to assess its probative value. Belgium pointed out that the Belgian Court of Cassation has upheld this principle many times<sup>34</sup>. Belgium further argued that the corollary of the principle of “*liberté de la preuve*” is that of firm conviction, whereby the judge can only uphold the charges in case all the evidence submitted to him by the prosecutor warrants the firm conviction that the individual has committed the offence he is charged with.

24. Belgium contended, in addition, that, essentially, any type of evidence is thus admissible, as long as it is rational and recognized, by reason and experience, as capable of convincing the judge. Belgium also alleged that, in accordance with the general legal principle of respect for the rights of the defence, any evidence taken into account by the judge in a criminal case must be subjected to adversarial argument. Belgium contended that the judge in a criminal case may take into consideration all the evidence which has been gathered abroad and which has been transmitted to the Belgian authorities, such as, a copy of the Report of the National Commission of Inquiry of the Chadian Ministry of Justice (hereinafter: “the Report”), as long as that evidence does not violate the right to a fair trial. Belgium further argued that the judge will determine the legality of the evidence obtained abroad based on the following considerations: whether the foreign law allows the evidence used; whether or not this evidence is consistent with the rules of international law directly applicable in the domestic courts and with Belgian public policy rules; and, whether the evidence was obtained in compliance with the foreign law, in so far as the judge has been seised of a dispute in this connection<sup>35</sup>.

25. Belgium further claimed that when the international arrest warrant against Mr. Habré was issued, the Belgian investigating judge took account, in particular, of the evidence contained in the Report. Thus — to conclude — Belgium argued that, while keeping in mind that it is for the trial judge to rule on the probative value of the Report at issue, it could certainly be used as evidence in proceedings against Mr. Habré. Belgium added that the use of the Report could save a considerable amount of time and money in pursuit of the obligation to prosecute, even if — and Belgium referred to Senegal’s arguments in this regard — it is not possible to point to “lack of funds or difficulties in establishing a special budget as exonerating factors” concerning the responsibility of the State which is obliged to prosecute or, failing that, to extradite<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> CR 2012/6, of 19 March 2012, p. 21. Belgium argues that the Court of Cassation has found that “in respect of criminal law, when the law does not lay down a particular method of proof, the trial judge in fact assesses the probative value of the evidence, submitted in due form, on which he bases his opinion”, Belgian Court of Cassation, 27 February 2002, Pas., 2002, p. 598 [translation by the Registry].

<sup>35</sup> CR 2012/6, of 19 March 2012, p. 21.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 22.

belge consacrait le principe de la «liberté de la preuve» en matière pénale, ce qui, selon elle, impliquait, d'une part, le libre choix des moyens de preuve et, d'autre part, la libre appréciation de la valeur probante par le juge du fond. La Belgique a précisé que ce principe avait été maintes fois réaffirmé par la Cour de cassation belge<sup>34</sup>. Elle a également indiqué que le principe de la «liberté de la preuve» avait pour corollaire celui de l'intime conviction, suivant lequel le juge ne peut déclarer une prévention établie que si l'ensemble des éléments qui lui sont soumis par la partie poursuivante entraîne son intime conviction que l'intéressé a commis l'infraction dont il est prévenu.

24. La Belgique a en outre fait valoir que, à peu de chose près, tout élément de preuve était donc admis, pourvu qu'il soit rationnel et reconnu par la raison et l'expérience comme pouvant emporter la conviction du juge. Elle a par ailleurs indiqué que, conformément au principe général de droit du respect des droits de la défense, tout élément de preuve pris en compte par le juge pénal devait être soumis à un débat contradictoire. Selon la Belgique, le juge pénal peut prendre en considération tous les éléments de preuve recueillis à l'étranger et transmis aux autorités belges, comme une copie du rapport de la commission d'enquête nationale du ministère tchadien de la Justice (ci-après, le «rapport»), pour autant que ces éléments ne contreviennent pas au droit à un procès équitable. De plus, la Belgique a précisé que le juge apprécierait la légalité de la preuve obtenue à l'étranger en recherchant : si la loi étrangère autorise le moyen de preuve utilisé ; si ce moyen n'est contraire ni aux règles de droit international directement applicables dans l'ordre juridique interne ni aux règles d'ordre public belges ; et si la preuve a été obtenue conformément au droit étranger, pour autant que le juge ait été saisi d'une contestation à ce sujet<sup>35</sup>.

25. La Belgique a encore affirmé que, lors de la délivrance du mandat d'arrêt international à l'encontre de Hissène Habré, le juge d'instruction belge avait notamment pris en considération les éléments figurant dans le rapport. Et la Belgique de conclure, tout en rappelant qu'il appartient au juge du fond de se prononcer sur la valeur probante dudit rapport, que ce document pourrait certainement constituer un des éléments de preuve dans le cadre des poursuites à l'encontre de Hissène Habré. Selon elle, l'utilisation de ce rapport représenterait en outre un gain non négligeable de temps et d'argent dans le cadre de l'exécution de l'obligation de poursuivre, même si — et la Belgique s'est à cet égard référée aux arguments du Sénégal — «l'insuffisance de moyens financiers ou les contraintes de la constitution d'un budget spécial [ne] constituent [pas] des facteurs exonérateurs» de la responsabilité de l'Etat tenu de poursuivre, à défaut d'extrader<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> CR 2012/6, 19 mars 2012, p. 21. La Belgique a précisé que, selon la Cour de cassation, «en matière répressive, lorsque la loi n'établit pas un mode spécial de preuve, le juge du fond apprécie en fait la valeur probante des éléments sur lesquels il fonde sa conviction, qui lui sont régulièrement soumis», Cour de cassation belge, 27 février 2002, Pas., 2002, p. 598.

<sup>35</sup> CR 2012/6, 19 mars 2012, p. 21.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 22.

26. As to the *second* question I posed<sup>37</sup>, Belgium argued that there are three steps to be taken pursuant to Article 6 of the Convention against Torture (CAT):

“*first*, to secure the offender’s presence; *second*, to conduct, immediately, a preliminary inquiry; and, *third*, to notify, immediately, certain States what is going on, including in particular reporting to them its findings following the preliminary inquiry and indicating whether it intends to exercise jurisdiction”.

As to the first requirement of Article 6, Belgium argued that it never contested that Senegal fulfilled this first step, even though, from time to time, Belgium has had serious concerns about Senegal’s continuing commitment to this obligation, given certain statements by high-level officials of Senegal.

27. As concerns Article 6 (2), Belgium argued that Senegal’s counsel did not make arguments in this regard during the oral hearings. Belgium claimed that Article 6 is a common provision in Conventions containing *aut dedere aut judicare* clauses (as, e.g., in the Hague and Montreal Conventions concerning civil aviation), and referred to the United Nations Study of such clauses, to the effect that the preliminary steps set out in the Conventions, including “measures (. . .) to investigate relevant facts”, are indispensable to allow the proper operation of the mechanism for the punishment of offenders in the relevant Conventions. Belgium went on to argue that the nature of the investigation required by Article 6 (2) depended to some extent on the legal system concerned, and the circumstances of the particular case. It contended, however, that from the structure of the *aut dedere aut judicare* provisions of the Convention against Torture, the reference to a preliminary inquiry in Article 6 (2) is of the kind of preliminary investigation which precedes the submission of the matter to the prosecuting authorities.

28. Belgium claimed that Article 6 (4) makes it clear that the preliminary inquiry should lead to findings, and that the main purpose of the inquiry is to enable the State in whose territory the alleged offender is

---

<sup>37</sup> Namely:

“According to Article 6 (2) of the United Nations Convention against Torture, a State party wherein a person alleged to have committed an offence (pursuant to Article 4) is present ‘shall immediately make a preliminary inquiry into the facts’. How is this obligation to be interpreted? In your view, are the steps that Senegal alleges to have taken to date sufficient to fulfil its obligation under this provision of the United Nations Convention against Torture?”

26. S'agissant de la *deuxième* question que j'ai posée<sup>37</sup>, la Belgique a précisé que l'article 6 de la convention contre la torture prescrivait les trois mesures suivantes :

«*premièrement*, l'Etat sur le territoire duquel se trouve une personne ayant commis une infraction doit assurer la présence de cette personne; *deuxièmement*, il doit procéder immédiatement à une enquête préliminaire; et, *troisièmement*, il doit aviser immédiatement certains Etats de la situation, notamment en leur communiquant les conclusions auxquelles il est parvenu à la suite de l'enquête préliminaire et en leur indiquant s'il entend exercer sa compétence».

Au sujet de la première prescription de l'article 6, la Belgique a indiqué n'avoir jamais contesté que le Sénégal y avait satisfait, même si elle a parfois eu de sérieux doutes quant à la volonté de celui-ci de continuer de respecter cette obligation, compte tenu de certaines déclarations émanant de représentants de haut rang.

27. En ce qui concerne l'article 6, paragraphe 2, la Belgique a indiqué que les conseils du Sénégal n'avaient pas dit un mot à ce propos à l'audience. Elle a fait valoir que l'article 6 était une disposition courante dans les conventions qui contiennent des clauses prescrivant l'obligation *aut dedere aut judicare* (par exemple, dans les conventions de La Haye et de Montréal relatives à l'aviation civile), et s'est référée à un passage de l'étude réalisée par l'Organisation des Nations Unies sur lesdites clauses dans lequel il est précisé que les mesures préliminaires énoncées dans les conventions, notamment les «mesures nécessaires pour ... enquêter sur les faits pertinents», sont indispensables au bon fonctionnement du mécanisme prévu dans la convention considérée pour unir les auteurs. En outre, selon la Belgique, la nature de l'enquête prescrite au paragraphe 2 de l'article 6 dépendra, dans une certaine mesure, du système juridique concerné, mais également des circonstances propres à l'affaire en cause. Elle a cependant soutenu qu'il découlait de la structure des dispositions de la convention contre la torture qui se rapportent à l'obligation *aut dedere aut judicare* que le paragraphe 2 de l'article 6 renvoie au type d'enquête préliminaire qui précède la transmission de l'affaire aux autorités chargées d'engager les poursuites.

28. Selon la Belgique, il ressort clairement du paragraphe 4 de ce même article que cette enquête préliminaire devrait aboutir à des conclusions et que l'un de ses principaux objectifs est de permettre à l'Etat sur le terri-

---

<sup>37</sup> A savoir :

«En vertu du paragraphe 2 de l'article 6 de la convention des Nations Unies contre la torture, tout Etat partie sur le territoire duquel se trouve une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction (visée à l'article 4) doit «proc[é]de[r] immédiatement à une enquête préliminaire en vue d'établir les faits». Comment cette obligation doit-elle être interprétée? Les mesures que le Sénégal soutient avoir prises à ce jour suffisent-elles, selon vous, pour considérer qu'il a été satisfait à l'obligation lui incombant en vertu de cette disposition de la convention des Nations Unies contre la torture?»

present to take a decision on whether it intends to take jurisdiction, and to report its findings to other interested States so that they may take a decision whether or not to seek extradition. In Belgium’s submission,

“[t]he preliminary inquiry referred to in Article 6, paragraph 2, thus requires the gathering of first pieces of evidence and information, sufficient to permit an informed decision by the competent authorities of the territorial State whether a person should be charged with a serious criminal offence and brought to justice”<sup>38</sup>.

Belgium concluded by claiming that there is no information before the Court speaking to any preliminary inquiry on the part of Senegal.

29. As to my question concerning the *interpretation of Article 7*<sup>39</sup>, Belgium first argued that the obligation under Article 7 (1) is closely related to the obligations under Articles 5 (2), and 6 (2) of the CAT — which in its view Senegal has also violated — and Belgium further claimed in this regard that “the breach of Article 7 flowed from the breach of the other two provisions”. Belgium explained that

“[t]he absence of the necessary legislation, in clear breach of Article 5, paragraph 2, until 2007/2008 meant that Senegal’s prosecutorial efforts were doomed to failure. So the prosecutorial efforts undertaken in 2000 and 2001 cannot be seen as fulfilling the obligation laid down in Article 7, paragraph 1, of the Convention.”<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> CR 2012/6, of 19 March 2012, pp. 42-44. Belgium also cites the *Commentary*, by Nowak and McArthur, in this sense:

“[s]uch criminal investigation is based on the information made available by the victims and other sources as indicated in Article 6 (1) and includes active measures of gathering evidence, such as interrogation of the alleged torturer, taking witness testimonies, inquiries on the spot, searching for documentary evidence, etc.”; M. Nowak, E. McArthur *et al.*, *The United Nations Convention against Torture — A Commentary*, Oxford University Press, 2008, p. 340.

<sup>39</sup> Namely:

“Pursuant to Article 7 (1) of the United Nations Convention against Torture, how is the obligation to ‘submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution’ to be interpreted? In your view, are the steps that Senegal alleges to have taken to date sufficient to fulfil the obligation under Article 7 (1) of the United Nations Convention against Torture?”

<sup>40</sup> CR 2012/6, of 19 March 2012, p. 46.

toire duquel se trouve la personne soupçonnée d'avoir commis une infraction de décider s'il entend exercer sa compétence et d'aviser les autres Etats intéressés des conclusions de l'enquête, de façon à leur permettre de décider de l'opportunité ou non de demander l'extradition de la personne en question. Selon la Belgique,

«[l']enquête préliminaire mentionnée au paragraphe 2 de l'article 6 exige que soient rassemblés des premiers éléments de preuve et d'information qui soient suffisants pour permettre aux autorités compétentes de l'Etat sur le territoire duquel se trouve l'intéressé de décider en toute connaissance de cause s'il convient de l'inculper d'une infraction pénale grave et de le traduire en justice»<sup>38</sup>.

Et la Belgique de conclure qu'aucune information présentée à la Cour n'indique qu'une enquête préliminaire ait été menée par le Sénégal.

29. Quant à ma question relative à l'interprétation de l'article 7<sup>39</sup>, la Belgique a commencé par faire valoir que l'obligation figurant au paragraphe 1 de l'article 7 était étroitement liée à celles qui sont énoncées au paragraphe 2 de l'article 5 et au paragraphe 2 de l'article 6 de la convention — dispositions que, selon elle, le Sénégal a également violées —, soutenant à cet égard que «la violation de l'article 7 décou[ait] de celle de ces deux autres dispositions». La Belgique a précisé que,

«le Sénégal ne disposant pas de la législation nécessaire jusqu'en 2007-2008, ce qui était contraire au paragraphe 2 de l'article 5 de la convention, les efforts qu'il avait entrepris pour engager des poursuites étaient voués à l'échec. Aussi les efforts entrepris en 2000 et 2001 ne constituaient pas une exécution de l'obligation énoncée au paragraphe 1 de l'article 7 de la convention.»<sup>40</sup>

<sup>38</sup> CR 2012/6, 19 mars 2012, p. 42-44. La Belgique s'appuie aussi sur le commentaire de Nowak et McArthur :

«[c]ette enquête pénale s'appuie sur les informations fournies par les victimes et par d'autres sources, tel qu'indiqué au paragraphe 1 de l'article 6, et comprend des mesures concrètes visant à réunir des preuves, telles que l'interrogatoire de la personne soupçonnée d'avoir commis des actes de torture, l'enregistrement des dépositions de témoins, la réalisation d'enquêtes sur le terrain, la recherche d'éléments de preuve documentaires, etc.»; M. Nowak, E. McArthur *et al.*, *The United Nations Convention against Torture — A Commentary*, Oxford University Press, 2008, p. 340.

<sup>39</sup> A savoir :

«Comment doit être interprétée l'obligation de «soumet[tre] l'affaire [aux] autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale» énoncée au paragraphe 1 de l'article 7 de la convention des Nations Unies contre la torture? Les mesures que le Sénégal soutient avoir prises à ce jour suffisent-elles, selon vous, pour considérer qu'il a été satisfait à l'obligation énoncée au paragraphe 1 de l'article 7 de la convention des Nations Unies contre la torture?»

<sup>40</sup> CR 2012/6, 19 mars 2012, p. 46.

30. Belgium claimed that the obligation in Article 7 of the CAT “to submit the case to the competent authorities for the purpose of prosecution” is carefully worded as it would not seem realistic “to prosecute whenever allegations are made”. In this regard, Belgium argued that:

“What can be required is that the case is submitted to the prosecuting authorities for the purpose of prosecution; and that those authorities ‘shall take their decision in the same manner as the case of any ordinary offence of a serious nature’ — in paragraph 2 of Article 7, with which paragraph 1 should be read, provides. What is at issue here, in particular, is the need for the prosecuting authorities to decide whether the available evidence is sufficient for a prosecution.”<sup>41</sup>

31. Belgium then referred to the negotiating history of Article 7 and argued that the same language is now found in many of the *aut dedere aut judicare* clauses that follow the Hague Convention<sup>42</sup> model, including the CAT. Referring to the *travaux préparatoires* of the latter, Belgium argued that it was decided that the language should follow the “well-established language” of the Hague Convention<sup>43</sup>. Belgium also claimed that “the fact that there is no absolute requirement to prosecute does not mean that the prosecuting authorities have total discretion, and that a State may simply do nothing”, and contended that, like any other international obligation, it must be performed in good faith.

32. Belgium referred to the object and purpose of the CAT stated in its concluding preambular paragraph “to make more effective the struggle against torture” which means, in its view, that the prosecuting authorities start “a prosecution if there is sufficient evidence, and that they do so in a timely fashion”. After referring to expert writing on the *travaux préparatoires* of the Hague Convention, for guidance in the interpretation of Article 7 of the CAT<sup>44</sup>, Belgium concluded that Senegal is in breach of its obligation under Article 7 of the CAT, notwithstanding the fact that the prosecuting authorities acted in the year 2000, without success, which in its view was not sufficient to fulfil its obligations under the CAT.

<sup>41</sup> CR 2012/6, of 19 March 2012, p. 46.

<sup>42</sup> Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, The Hague, 16 December 1970, United Nations, *Treaty Series*, Vol. 860, p. 105 (I-12325).

<sup>43</sup> CR 2012/6, of 19 March 2012, pp. 46-47.

<sup>44</sup> *Ibid.*, pp. 46-48.



30. Selon la Belgique, l'obligation, énoncée à l'article 7 de la convention contre la torture, de «soumet[tre] l'affaire [aux] autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale» a été rédigée avec soin, étant donné qu'il ne serait pas réaliste «*d'engager des poursuites chaque fois que des allégations sont formulées*». A cet égard, la Belgique a fait valoir ce qui suit :

«Ce qui peut être requis, c'est que l'affaire soit soumise aux autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, et que celles-ci «prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute infraction de droit commun de caractère grave» — comme le prévoit le paragraphe 2 de l'article 7, qui devrait être rapproché du paragraphe 1. La question qui se pose plus particulièrement ici est celle de la nécessité pour les autorités chargées des poursuites de décider si les éléments de preuve disponibles suffisent pour engager une action pénale.»<sup>41</sup>

31. La Belgique s'est ensuite référée à l'histoire rédactionnelle de l'article 7 et a indiqué que l'on retrouvait aujourd'hui la même formulation dans de nombreuses clauses *aut dedere aut judicare* qui suivent le modèle de la convention de La Haye<sup>42</sup>, y compris la convention contre la torture. Se référant aux travaux préparatoires de cet instrument, elle a précisé qu'il avait été décidé que la formulation suivrait «celle, bien établie», de la convention de La Haye<sup>43</sup>. La Belgique a également avancé que «l'absence d'obligation absolue de poursuivre ne signifiait pas que les autorités compétentes en la matière jouissent d'un pouvoir totalement discrétionnaire, et qu'un Etat [puisse] se contenter de ne rien faire», et que, à l'instar de toute autre obligation internationale, cette obligation devait être exécutée de bonne foi.

32. Se référant à l'objet et au but de la convention contre la torture, énoncés dans le dernier alinéa du préambule de cet instrument — «accroître l'efficacité de la lutte contre la torture» —, la Belgique a précisé que cela signifiait, selon elle, que les autorités compétentes étaient tenues d'engager «une action pénale s'il exist[ait] suffisamment d'éléments de preuve, et de le faire dans les meilleurs délais». Après s'être appuyée sur certains écrits d'experts relatifs aux travaux préparatoires de la convention de La Haye, qui apportent un éclairage sur l'interprétation de l'article 7 de la convention contre la torture<sup>44</sup>, elle a conclu que le Sénégal manquait à l'obligation qui lui incombait aux termes de cette disposition, et ce, bien que les autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale aient pris certaines mesures en 2000, sans succès; selon la Belgique, cela n'était pas suffisant pour que le Sénégal satisfasse à ses obligations au regard de la convention contre la torture.

<sup>41</sup> CR 2012/6, 19 mars 2012, p. 46.

<sup>42</sup> Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, La Haye, 16 décembre 1970, *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 860, p. 105 (I-12325).

<sup>43</sup> CR 2012/6, 19 mars 2012, p. 46-47.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 46-48.



33. Belgium further contended that, since 2000-2001, Senegal has taken no action to submit any of the allegations against Mr. H. Habré to the prosecuting authorities, a fact which Belgium submitted to be a

“matter of particular concern given that the allegations against Mr. H. Habré were renewed in the Belgian extradition request of 2005, and in the further complaint laid in Senegal in 2008, not to speak of the information now publicly available concerning the crimes that have been committed when Hissène Habré was in power in Chad, and for which he allegedly bears responsibility”<sup>45</sup>.

### 3. Responses by Senegal

34. In respect of my *first* question (*supra*), Senegal pointed out, as far as the pertinent provisions of domestic law in force in Senegal are concerned, that the Report of the Chadian Truth Commission “can only be used for information purposes and is not binding on the investigating judge who, in the course of his investigations conducted by means of an international letter rogatory, may endorse or disregard it”. Senegal added that the Report is not binding on the trial judge examining the merits of the case, and thus the value of the Report is “entirely relative”<sup>46</sup>.

35. As to my *second* question (*supra*), Senegal argued that, even before it adhered to the CAT, it had already endeavoured to punish torture, and as such it had established its jurisdiction in relation to Article 5 (3) of the Convention, on the basis of which Mr. Habré was indicted in 2000 by the senior investigating judge when the competent Senegalese authorities had been seised with complaints. Senegal further claims that pursuant to Article 7 (3) of the Convention, Mr. Habré “was able to avail himself of the means of redress made available by Senegalese law to any individual implicated in proceedings before criminal courts, without distinction of nationality, on the same basis as the civil parties”<sup>47</sup>.

36. Senegal also added that, further to the judgment of 20 March 2001 of the Court of Cassation, and the mission of the Committee against Torture in 2009, Senegal adapted its legislation to the other provisions of the CAT. Senegal further claimed that the investigating judge, in criminal proceedings, may be seised either by a complaint with civil-party application or by an application from the public prosecutor to open an investigation. Concerning the preliminary inquiry, Senegal claimed that its aim is to establish the basic facts and that it does not necessarily lead to

<sup>45</sup> CR 2012/6, of 19 March 2012, p. 48.

<sup>46</sup> CR 2012/7, of 21 March 2012, p. 32.

<sup>47</sup> *Ibid.*, pp. 32-33.

33. La Belgique a en outre soutenu que, depuis 2000-2001, le Sénégal n'avait pris aucune mesure pour soumettre l'une quelconque des allégations formulées contre M. Hissène Habré à ses autorités compétentes, ce qu'elle a jugé

«particulièrement préoccupant si l'on considère que les allégations contre l'intéressé ont été réitérées dans la demande d'extradition présentée par [elle] en 2005, ainsi que dans la nouvelle plainte déposée au Sénégal en 2008, sans parler de toutes les informations aujourd'hui accessibles au public concernant les crimes commis au Tchad sous la présidence d'Hissène Habré, et dont celui-ci se serait rendu responsable»<sup>45</sup>.

### 3. Réponses du Sénégal

34. En ce qui concerne ma *première* question (*supra*), le Sénégal a indiqué que, au regard des dispositions pertinentes du droit interne en vigueur au Sénégal, le rapport de la commission tchadienne pour la vérité «ne saurait servir qu'à titre de simple renseignement et ne li[ait] pas le juge d'instruction, qui peut, durant ses investigations menées au travers d'une commission rogatoire internationale, les conforter ou les écarter», ajoutant que ce rapport ne liait pas non plus le juge du fond amené à trancher le litige, et que sa valeur était donc «toute relative»<sup>46</sup>.

35. S'agissant de ma *deuxième* question (*supra*), le Sénégal a précisé que, avant même son adhésion à la convention contre la torture, il s'était évertué à sanctionner les actes de torture et avait ainsi établi sa compétence au regard des dispositions de l'article 5, paragraphe 3, de cet instrument, sur la base desquelles M. Hissène Habré avait été inculqué en 2000 par le doyen des juges d'instruction lorsque les autorités compétentes sénégalaises avaient été saisies de plaintes. Le Sénégal a encore fait valoir que, en application de l'article 7, paragraphe 3, de la convention, M. Habré «a[vait] pu user des voies de recours que les lois sénégalaises ont prévues pour tout individu mis en cause devant les juridictions pénales, sans distinction de nationalité, au même titre que les parties civiles»<sup>47</sup>.

36. Le Sénégal a ajouté que, faisant suite à l'arrêt de la Cour de cassation du 20 mars 2001 et à la mission effectuée par le Comité contre la torture en 2009, il avait adapté sa législation aux autres dispositions de la convention contre la torture. Il a également précisé que, en matière pénale, le juge d'instruction pouvait être saisi soit par une plainte avec constitution de partie civile, soit par le réquisitoire introductif du procureur de la République. Concernant l'enquête préliminaire, le Sénégal a fait valoir que celle-ci visait à permettre l'établissement primaire des faits

<sup>45</sup> CR 2012/6, 19 mars 2012, p. 48.

<sup>46</sup> CR 2012/7, 21 mars 2012, p. 32.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 32-33.

prosecution, as the prosecutor may, upon review of the results of the inquiry, decide that there are no grounds for further proceedings<sup>48</sup>.

37. Senegal further claimed that the CAT does not contain a “general obligation to combat impunity” as a legal obligation with the effect of requiring universal jurisdiction to be established and that an obligation of result is not in question, “since the fight against impunity is a process having prosecution or extradition as possible aims under the said Convention”. Senegal questioned the purpose of establishing universal jurisdiction in the case of a State which already has a legal entitlement to exercise territorial jurisdiction, which, in its view, is the most obvious principle in cases of competing jurisdiction. Senegal recalled that, in 2009, it established its jurisdiction concerning offences covered by the CAT.

38. Senegal further recalled the Court’s Order on the request for provisional measures of 2009 to the effect that the Parties seemed to differ on the “time frame within which the obligations provided for in Article 7 must be fulfilled or [on the] circumstances (financial, legal or other difficulties)”. Senegal argues that the obligation *aut dedere aut judicare* remains an obligation either to extradite or, in the alternative, to prosecute, given that international law does not appear to “give priority to either alternative course of action”.<sup>49</sup>

39. Senegal contended, moreover, that “[t]he obligation to try, on account of which Senegal has been brought before the Court, cannot be conceived as an obligation of result” but rather an obligation of means, where “the requirement of wrongfulness is fulfilled only if the State to which the source of the obligation is attributable has not deployed all the means or endeavours that could legitimately be expected of it in order to achieve the results expected by the authors of the rule”. Senegal referred to some international jurisprudence and argued that international law does not impose obligations of result on member States.

40. Senegal concluded by arguing that the measures it has taken thus far are largely sufficient and satisfy the obligations laid down in Articles 6 (2) and 7 (1) of the CAT. Senegal thus argued that once it

“undertook major reforms to allow the trial to be held, including constitutional reforms, it may be considered to have satisfied its obligation of means or of ‘best efforts’, so as not to give the appearance of a State heedless and not desirous of implementing its conventional obligations. It may not have done this to a sufficient extent, but it has made sufficient progress in terms of acting to achieve such a result.”<sup>50</sup>

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>49</sup> CR 2012/7, of 21 March 2012, p. 34.

<sup>50</sup> *Ibid.*, pp. 35-36.

et qu'elle ne débouchait pas forcément sur des poursuites, le procureur pouvant, au vu des résultats de ladite enquête, considérer qu'il n'y a pas lieu de poursuivre<sup>48</sup>.

37. Le Sénégal a par ailleurs soutenu que la convention des Nations Unies contre la torture n'énonçait pas « d'obligation générale de lutter contre l'impunité » au sens d'une obligation juridique ayant pour effet de contraindre à établir une compétence universelle, et qu'une obligation de résultat était exclue, « puisque la lutte contre l'impunité est un processus dont les objets possibles sont, au regard de ladite convention, la poursuite ou l'extradition ». Il a contesté le bien-fondé de l'établissement d'une compétence universelle dans le cas d'un Etat ayant déjà un titre juridique de compétence territoriale, lequel, selon lui, est le plus évident en cas de compétences concurrentes. En outre, le Sénégal a rappelé que, en 2009, il avait établi sa compétence pour connaître des infractions visées par la convention contre la torture.

38. Le Sénégal a également rappelé l'ordonnance de la Cour sur la demande en indication de mesures conservatoires de 2009, aux termes de laquelle les Parties semblaient s'opposer sur le « délai dans lequel les obligations prévues à l'article 7 d[evaient] être remplies ou [sur les] circonstances (difficultés d'ordre financier, juridique ou autre) ». Il a estimé que l'obligation *aut dedere aut judicare* n'en restait pas moins une obligation alternative imposant soit d'extrader soit de poursuivre, le droit international ne semblant « privilégie[r] aucune de ces deux lignes de conduite ». <sup>49</sup>

39. Le Sénégal a en outre soutenu que « [l']obligation de juger, au nom de laquelle [il] se trouv[ait] attrait devant la Cour, ne saurait être conçue comme une obligation de résultat » mais plutôt comme une obligation de moyen, dont « la condition d'illicéité n'est réalisée que si l'Etat auquel le fait générateur est imputable n'a pas déployé tous les moyens ou tous les efforts qu'on pourrait légitimement attendre de lui en vue d'atteindre les résultats espérés par les auteurs de la norme ». A cet égard, le Sénégal s'est référé à certains éléments tirés de la jurisprudence internationale et a indiqué que le droit international n'imposait pas aux Etats des obligations de résultat.

40. Le Sénégal a conclu en affirmant que les mesures qu'il avait prises étaient largement suffisantes et satisfaisaient aux obligations prescrites par les articles 6, paragraphe 2, et 7, paragraphe 1, de la convention contre la torture. Il a ainsi fait valoir qu'à partir du moment où il

« a[vait] procédé à des réformes importantes pour permettre la tenue du procès, y compris des réformes constitutionnelles, on p[ouvait] considérer qu'il a[vait] satisfait à son obligation de moyen pour ne pas apparaître comme un Etat non soucieux et non désireux d'appliquer ses obligations conventionnelles. S'il ne l'a[vait] pas fait avec suffisance, il aura[it] suffisamment progressé dans la voie d'agir pour atteindre un tel résultat. » <sup>50</sup>

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>49</sup> CR 2012/7, 21 mars 2012, p. 34.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 35-36.

#### 4. *General Assessment*

41. In the light of the aforementioned, it is significant that, for the arrest warrant against Mr. Habré, the evidence contained in the Report of the Chadian Truth Commission was taken into account by the Belgian investigating judge. Furthermore — as also pointed out by Belgium — that Report can certainly be taken into account as evidence in legal proceedings against Mr. H. Habré, it being for the trial judge or the tribunal to rule on its probative value. Senegal itself acknowledged that the Report at issue can be taken into account for information purposes, without being “binding” on the investigating judge; it is for the judge (or the tribunal) to rule on it.

42. There thus seems to be a disagreement between Belgium and Senegal as to the consideration of the evidence considered in the Report. In any case, the Report cannot be simply overlooked or ignored, it cannot be examined without care. It is to be examined together with all other pieces of evidence that the investigating judge or the tribunal succeeds in having produced before him/it, for the purpose of ruling on the matter at issue. The present case concerns ultimately a considerable total of victims, those murdered, or arbitrarily detained and tortured, during the Habré regime in Chad (1982-1990).

43. As to the answers provided by the contending Parties to my questions addressed to them, whether in their view the steps that Senegal alleges to have taken to date were sufficient to fulfil its obligations under Articles 6 (2) and 7 (1) of the UN Convention against Torture, an assessment of such answers ensues from the consideration of the doctrinal debate on the dichotomy between alleged obligations of means or conduct, and obligations of result. I am of the view that the obligations under a treaty of the nature of the UN Convention against Torture are not, as the respondent State argues, simple obligations of means or conduct: they are obligations of result, as we are here in the domain of peremptory norms of international law, of *jus cogens*. I feel obliged to expand on the foundations of my personal position on this matter.

#### V. PEREMPTORY NORMS OF INTERNATIONAL LAW (*JUS COGENS*): THE CORRESPONDING OBLIGATIONS OF RESULT, AND NOT OF SIMPLE CONDUCT

44. In my understanding, the State obligations — under Conventions for the protection of the human person — of prevention, investigation and sanction of grave violations of human rights and of international humanitarian law, are not simple obligations of conduct, but rather obli-

#### 4. *Appréciation générale*

41. A la lumière de ce qui précède, il convient de relever que, aux fins de la délivrance du mandat d'arrêt à l'encontre de M. Hissène Habré, le juge d'instruction belge a pris en considération les éléments de preuve figurant dans le rapport de la commission tchadienne pour la vérité. De plus — comme la Belgique l'a, elle aussi, souligné —, ce rapport peut assurément être pris en considération en tant qu'élément de preuve dans le cadre de poursuites judiciaires contre Hissène Habré, sachant qu'il appartient au juge du fond de se prononcer sur sa valeur probante. Le Sénégal lui-même a reconnu qu'il pouvait être tenu compte du rapport en question à titre d'information sans que celui-ci ne « lie » le juge d'instruction ; c'est au juge (ou au tribunal) qu'il appartient de se prononcer sur ledit rapport.

42. Une divergence semble donc opposer la Belgique et le Sénégal quant à la prise en considération des éléments de preuve contenus dans le rapport. En tout état de cause, celui-ci ne saurait être simplement ignoré ou négligé. Il doit être examiné avec attention, conjointement avec tous les autres éléments de preuve que le juge d'instruction ou le tribunal auront pu se voir soumettre, aux fins de trancher l'affaire en question. La présente affaire concerne en définitive un nombre total considérable de victimes, assassinées ou détenues arbitrairement et torturées durant le régime de Hissène Habré au Tchad (1982-1990).

43. En ce qui concerne les réponses des Parties aux questions que je leur ai posées en vue de déterminer si, selon elles, les mesures que le Sénégal soutient avoir prises à ce jour ont suffi pour considérer qu'il avait satisfait à l'obligation qui lui incombe aux termes du paragraphe 2 de l'article 6 et du paragraphe 1 de l'article 7 de la convention des Nations Unies contre la torture, leur appréciation procède d'un examen du débat doctrinal relatif à la dichotomie entre les supposées obligations de moyen et les obligations de résultat. Selon moi, les obligations découlant d'un traité tel que la convention des Nations Unies contre la torture ne sont pas, contrairement à ce que le défendeur allègue, de simples obligations de moyen, mais des obligations de résultat, étant donné que nous nous trouvons dans le domaine des normes impératives de droit international, c'est-à-dire du *jus cogens*. Je me sens donc tenu d'exposer en détail le fondement de ma position en l'espèce.

#### V. NORMES IMPÉRATIVES DE DROIT INTERNATIONAL (*JUS COGENS*) : LES OBLIGATIONS DE RÉSULTAT — ET NON SIMPLEMENT DE MOYEN — CORRESPONDANTES

44. Je suis d'avis que les obligations mises à la charge des Etats — par les conventions relatives à la protection des droits de l'homme — en matière de prévention, d'enquête et de sanction en cas de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire ne sont pas

gations of result<sup>51</sup>. It cannot be otherwise, when we are in face of peremptory norms of international law, safeguarding the fundamental rights of the human person. Obligations of simple conduct may prove insufficient; they may exhaust themselves, for example, in unsatisfactory legislative measures. In the domain of *jus cogens*, such as the absolute prohibition of torture, the State obligations are of due diligence and of result. The examination of the proposed distinction between obligations of conduct and obligations of result has tended to take place at a purely theoretical level, assuming variations in the conduct of the State, and even a succession of acts on the part of this latter<sup>52</sup>, and without taking sufficient and due account of a situation which causes irreparable harm to the fundamental rights of the human person.

45. If the corresponding obligations of the State in such a situation were not of result, but of mere conduct, the doors would then be left open to impunity. The handling of the case of Mr. Hissène Habré to date serves as a warning in this regard. Over three decades ago, when the then *rapporteur* of the UN International Law Commission (ILC) on the International Responsibility of the State, Roberto Ago, proposed the distinction between obligations of conduct and of result, some members of the ILC expressed doubts as to the viability of distinguishing between the two types of obligation; after all, in order to achieve a given result, the State ought to assume a given behaviour<sup>53</sup>. In any case, obligations of result admitted the initial free choice by the State of the means to comply with them, of obtaining the results due.

46. The aforementioned distinction between the two kinds of obligations introduced a certain hermeticism into the classic doctrine on the matter, generating some confusion, and not appearing very helpful in the domain of the international protection of human rights. Despite references to a couple of human rights treaties, the essence of Roberto Ago's reasoning, developed in his dense and substantial Reports on the International Responsibility of the State, had in mind above all the framework of essentially inter-State relations. The ILC itself, in the Report of 1977 on its work, at last reckoned that a State party to a human rights treaty has

<sup>51</sup> Cf., to this effect: IACtHR, case of the *Dismissed Employees of the Congress v. Peru* (interpretation of judgment of 30 November 2007), dissenting opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 13-29; IACtHR, case of the *Indigenous Community Sawhoyamaya v. Paraguay* (judgment of 29 March 2006), separate opinion of Judge Cançado Trindade, para. 23; IACtHR, case *Baldeón García v. Peru* (judgment of 6 April 2006), separate opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 11-12.

<sup>52</sup> A. Marchesi, *Obblighi di Condotta e Obblighi di Risultato . . .*, *op. cit. infra* note 55, pp. 50-55 and 128-135.

<sup>53</sup> Report reproduced in: Appendix I: «Obligations of Result and Obligations of Means», I. Brownlie, *State Responsibility — Part I*, Oxford, Clarendon Press, 2001 [reprint], pp. 241-276, esp. pp. 243 and 245.



de simples obligations de moyen, mais des obligations de résultat<sup>51</sup>. Il ne saurait en être autrement, dès lors que l'on est en présence de normes impératives de droit international, préservant les droits fondamentaux de la personne humaine. De simples obligations de moyen risquent en effet de se révéler insuffisantes; par exemple, des mesures législatives insatisfaisantes peuvent se trouver vidées de leur substance. Dans le domaine du *jus cogens*, dont relève l'interdiction absolue de la torture, les obligations des Etats s'analysent comme des obligations de diligence due et de résultat. La distinction avancée entre obligations de moyen et obligations de résultat est souvent examinée d'un point de vue purement théorique, en supposant que le comportement de l'Etat varie, voire en attribuant à celui-ci une succession d'actes particuliers<sup>52</sup>, et ce, sans tenir suffisamment et dûment compte d'une situation qui cause un dommage irréparable aux droits fondamentaux de la personne humaine.

45. Si les obligations correspondantes de l'Etat en pareille situation n'étaient pas des obligations de résultat, mais simplement des obligations de moyen, ce serait la porte ouverte à l'impunité. La manière dont le cas de M. Hissène Habré a été traité jusqu'à maintenant doit, à cet égard, servir de leçon. Il y a plus de trente ans, lorsque Roberto Ago, alors rapporteur de la Commission du droit international (CDI) des Nations Unies sur la responsabilité internationale des Etats, a proposé de distinguer entre obligations de moyen et obligations de résultat, certains membres de ladite commission ont exprimé des doutes quant à la viabilité de cette distinction, au motif que, tout bien considéré, afin de parvenir à un résultat donné, un Etat se doit d'adopter un certain comportement<sup>53</sup>. Quoi qu'il en soit, les obligations de résultat laissent à l'Etat le libre choix initial des moyens pour s'y conformer, c'est-à-dire obtenir les résultats attendus.

46. La distinction entre ces deux types d'obligations a été à l'origine d'un certain hermétisme dans la doctrine classique en la matière, a créé une certaine confusion et ne semble guère utile dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme. Nonobstant quelques références faites à certains traités relatifs aux droits de l'homme, le raisonnement que R. Ago a exposé dans ses denses et volumineux rapports sur la responsabilité internationale des Etats portait avant tout, et pour l'essentiel, sur les relations interétatiques. La CDI elle-même, dans son rapport de 1977, a fini par admettre qu'un Etat partie à un traité relatif aux

<sup>51</sup> Voir, à cet effet: CIADH, *Travailleurs licenciés du Congrès c. Pérou*, interprétation de l'arrêt du 30 novembre 2007, opinion dissidente du juge Cançado Trindade, par. 13-29; CIADH, *Communauté autochtone Sawhoyamaya c. Paraguay*, arrêt du 29 mars 2006, opinion individuelle du juge Cançado Trindade, par. 23; CIADH, *Baldeón García c. Pérou*, arrêt du 6 avril 2006, opinion individuelle du juge Cançado Trindade, par. 11-12.

<sup>52</sup> A. Marchesi, *Obblighi di Condotta e Obblighi di Risultato...*, op. cit. infra note 55, p. 50-55 et 128-135.

<sup>53</sup> Rapport reproduit dans Annexe I: «Obligations of Result and Obligations of Means», dans I. Brownlie, *State Responsibility — Part I*, Oxford, Clarendon Press, 2001 (rééd.), p. 241-276, en particulier p. 243 et 245.



obligations of *result*, and, if it does not abide by them, it cannot excuse itself by alleging that it has done all that it could to comply with them, that it has behaved in the best way to comply with them; on the contrary, such State has the duty to attain the *result* required of it by the conventional obligations of protection of the human person.

47. Such binding obligations of *result* (under human rights treaties) are much more common in international law than in domestic law. The confusion generated by the dichotomy of obligations of conduct and of result has been attributed to the undue transposition into international law of a distinction proper to civil law (*droit des obligations*); rather than “importing” inadequately distinctions from other branches of law or other domains of legal theory, in my view one should rather seek to ensure that the behaviour of States is such that it will abide by the required result, of securing protection to human beings under their respective jurisdictions. Human rights treaties have not had in mind the dichotomy at issue, which is vague, imprecise, and without practical effect.

48. It is thus not surprising to find that the distinction between so-called obligations of conduct and of result was discarded from the approved 2001 draft of the ILC on the International Responsibility of States, and was met with criticism in expert writing<sup>54</sup>. Moreover, it failed to have any significant impact on international case law. The ECHR, for example, held in the case of *Colozza and Rubinat v. Italy* (judgment of 12 February 1985), that the obligation under Article 6 (1) of the European Convention of Human Rights was one of result. For its part, the ICJ, in the case of the “*Hostages*” (*United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I.C.J. Reports 1980*), ordered the respondent State to comply promptly with its obligations, which were “not merely contractual”, but rather imposed by general international law (para. 62); the ICJ singled out “the imperative character of the legal obligations” incumbent upon the respondent State (para. 88), and added that

“Wrongfully to deprive human beings of their freedom and to subject them to physical constraint in conditions of hardship is in itself manifestly incompatible with the principles of the Charter of the

<sup>54</sup> Cf., e.g., I. Brownlie, *State Responsibility — Part I, op. cit. supra* note 53, pp. 241, 250-251, 255-259, 262, 269-270 and 276; J. Combacau, “Obligations de résultat et obligations de comportement: quelques questions et pas de réponse”, *Mélanges offerts à Paul Reuter — Le droit international: unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, pp. 190, 198 and 200-204; P.-M. Dupuy, “Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats”, 188 *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye* (1984), pp. 47-49; and cf. also P.-M. Dupuy, “Reviewing the Difficulties of Codification: On Ago’s Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation to State Responsibility”, 10 *European Journal of International Law* (1999), pp. 376-377.

droits de l'homme avait des obligations de *résultat*, et que, s'il ne s'y conformait pas, il ne saurait se disculper en alléguant avoir fait tout ce qu'il pouvait et s'être comporté de la meilleure façon pour y satisfaire; l'Etat en question a en réalité le devoir d'atteindre le *résultat* attendu que lui imposent les obligations conventionnelles en matière de protection de la personne humaine.

47. Pareilles obligations de *résultat* (qui découlent de dispositions contraignantes énoncées dans les traités relatifs aux droits de l'homme) sont bien plus fréquentes en droit international qu'en droit national. La confusion créée par la dichotomie entre obligations de moyen et obligations de résultat est attribuée à la transposition abusive en droit international d'une distinction propre au droit civil (*droit des obligations*); plutôt que d'«importer» de manière inappropriée certaines distinctions provenant d'autres branches du droit ou d'autres domaines de la théorie juridique, il conviendrait, selon moi, de s'assurer que le comportement des Etats leur permettra d'atteindre le résultat requis, à savoir garantir la protection des êtres humains qui relèvent de leur juridiction. La dichotomie en question — qui est vague, imprécise et dénuée d'effet pratique — n'est pas sous-jacente aux traités relatifs aux droits de l'homme.

48. Il n'est donc pas surprenant que la distinction entre obligations dites de moyen et obligations de résultat ait été supprimée du projet d'articles de 2001 sur la responsabilité internationale des Etats, tel qu'approuvé par la CDI, et qu'elle ait suscité des critiques dans les écrits d'experts<sup>54</sup>. En outre, elle n'a eu aucune incidence réelle sur la jurisprudence internationale. Ainsi, en l'affaire *Colozza et Rubinat c. Italie* (arrêt du 12 février 1985), la CEDH a jugé que l'obligation visée à l'article 6, paragraphe 1, de la convention européenne des droits de l'homme était une obligation de résultat. La Cour, quant à elle, dans l'affaire des «*Otages*» (*Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, arrêt, C.I.J. Recueil 1980*), a enjoint l'Etat défendeur de s'acquitter promptement de ses obligations, qui «ne sont pas simplement des obligations contractuelles» mais sont des obligations imposées par le droit international général (par. 62); elle a souligné le «caractère impératif des obligations juridiques» incombant à l'Etat défendeur (par. 88), ajoutant que

«Le fait de priver abusivement de leur liberté des êtres humains et de les soumettre dans des conditions pénibles à une contrainte physique [était] manifestement incompatible avec les principes de la

<sup>54</sup> Voir, par exemple, I. Brownlie, *State Responsibility — Part I, op. cit. supra* note 53, p. 241, 250-251, 255-259, 262, 269-270 et 276; J. Combacau, «Obligations de résultat et obligations de comportement: quelques questions et pas de réponse», *Mélanges offerts à P. Reuter — Le droit international: unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, p. 190, 198 et 200-204; P.-M. Dupuy, «Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 188 (1984), p. 47-49; voir également P.-M. Dupuy, «Reviewing the Difficulties of Codification: On Ago's Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation to State Responsibility», *European Journal of International Law*, vol. 10 (1999), p. 376-377.

United Nations, as well as with the fundamental principles enunciated in the Universal Declaration of Human Rights.” (Para. 91.)

49. One of such principles is that of respect of the dignity of the human person. Thus, in so far as the safeguard of the fundamental rights of the human person is concerned, the obligations of the State — conventional and of general international law — are of *result*, and not of simple conduct, so as to secure the effective protection of those rights. The absolute prohibition of grave violations of human rights (such as torture) entails obligations which can only be of *result*, endowed with a necessarily objective character, and the whole conceptual universe of the law of the international responsibility of the State has to be reassessed in the framework of the international protection of human rights<sup>55</sup>, encompassing the origin as well as the implementation of State responsibility, with the consequent and indispensable duty of reparation.

50. In the framework of the international law of human rights — wherein the UN Convention against Torture is situated — it is not the result that is conditioned by the conduct of the State, but, quite on the contrary, *it is the conduct of the State that is conditioned by the attainment of the result aimed at by the norms of protection of the human person*. The conduct of the State ought to be the one which is conducive to compliance with the obligations of result (in the *cas d’espèce*, the proscription of torture). The State cannot allege that, despite its good conduct, insufficiencies or difficulties of domestic law rendered impossible the full compliance with its obligation (to outlaw torture and to prosecute perpetrators of it); and the Court cannot consider a case terminated, given the allegedly “good conduct” of the State concerned.

51. This would be inadmissible; we are herein before obligations of *result*. To argue otherwise would amount to an exercise of legal formalism, devoid of any meaning, that would lead to a juridical absurdity, rendering dead letter the norms of protection of the human person. In sum and conclusion on this point, the absolute prohibition of torture is, as already seen, one of *jus cogens*; in an imperative law, conformed by the *corpus juris* of the international protection of the fundamental rights of the human person, the corresponding obligations of the State are ineluctable, imposing themselves *per se*, as obligations necessarily of *result*.

---

<sup>55</sup> A. Marchesi, *Obblighi di Condotta e Obblighi di Risultato — Contributo allo Studio degli Obblighi Internazionali*, Milan, Giuffrè Ed., 2003, pp. 166-171; F. Urioste Braga, *Responsabilidad Internacional de los Estados en los Derechos Humanos*, Montevideo, B de F Colección, 2002, pp. 1-115 and 139-203; L. G. Loucaides, *Essays on the Developing Law of Human Rights*, Dordrecht, Nijhoff, 1995, pp. 141-142 and 149, and cf. pp. 145, 150-152 and 156.

Charte des Nations Unies et avec les droits fondamentaux énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme.» (Par. 91.)

49. L'un de ces principes est celui du respect de la dignité de la personne humaine. Par conséquent, en ce qui concerne la protection des droits fondamentaux de la personne humaine, les obligations de l'Etat — qu'elles soient conventionnelles ou relèvent du droit international général — sont des obligations de *résultat*, et non de simples obligations de moyen, de sorte que soit garantie la protection effective des droits en question. L'interdiction absolue des violations graves des droits de l'homme (telles que la torture) crée des obligations qui ne peuvent être que des obligations de *résultat*, et revêtent un caractère nécessairement objectif. A cet égard, c'est par conséquent tout l'univers conceptuel du droit de la responsabilité internationale de l'Etat qui, du point de vue de la protection internationale des droits de l'homme<sup>55</sup>, doit être réexaminé, y compris l'origine et également la mise en œuvre de ladite responsabilité, ainsi que l'indispensable obligation de réparation qui en résulte.

50. Dans le cadre du droit international des droits de l'homme — dans lequel s'inscrit la convention des Nations Unies contre la torture —, ce n'est pas le résultat qui est conditionné par le comportement de l'Etat, mais, à l'inverse, *c'est le comportement de l'Etat qui est conditionné par l'accomplissement du résultat recherché à travers les normes régissant la protection de la personne humaine*. Ce comportement doit être propre à favoriser le respect des obligations de résultat (dans le cas d'espèce, l'interdiction de la torture). L'Etat ne saurait aucunement prétendre que, en dépit de sa bonne conduite, des insuffisances ou des difficultés relevant du droit national ne lui ont pas permis de satisfaire pleinement à ses obligations (d'interdire la torture et de poursuivre les auteurs de telles pratiques); la Cour, quant à elle, ne saurait considérer qu'une affaire est close au seul motif que l'Etat en cause se serait « bien comporté ».

51. Pareille décision serait inadmissible, dès lors que nous nous trouvons, en l'occurrence, face à des obligations de *résultat*. Affirmer le contraire reviendrait à se livrer à un exercice de formalisme juridique, qui déboucherait sur une absurdité puisque cela priverait d'effet les normes régissant la protection de la personne humaine. En résumé, et pour conclure sur ce point, l'interdiction absolue de la torture relève, comme je l'ai déjà précisé, du *jus cogens*; en droit impératif, c'est-à-dire, en l'espèce, le *corpus juris* de la protection internationale des droits fondamentaux de la personne humaine, les obligations correspondantes de l'Etat sont inéluctables, s'imposant *per se* et nécessairement comme des obligations de *résultat*.

<sup>55</sup> A. Marchesi, *Obblighi di Condotta e Obblighi di Risultato — Contributo allo Studio degli Obblighi Internazionali*, Milano, Giuffrè Ed., 2003, p. 166-171; F. Urioste Braga, *Responsabilidad Internacional de los Estados en los Derechos Humanos*, Montevideo, B de F Collection, 2002, p. 1-1-15 et 139-203; L. G. Loucaides, *Essays on the Developing Law of Human Rights*, Dordrecht, Nijhoff, 1995, p. 141-142 et 149, et voir p. 145, 150-152 et 156.

VI. THE EVERLASTING QUEST FOR THE REALIZATION OF JUSTICE  
IN THE PRESENT CASE

52. With these clarifications in mind, it would be helpful to proceed, at this stage, to a brief view of the long-standing endeavours, throughout several years, to have justice done, in relation to the grave breaches of human rights and international humanitarian law reported to have occurred during the Habré regime (1982-1990). Those endeavours comprise legal actions in domestic courts, requests of extradition (at inter-State level), some other initiatives at international level, and an initiative of entities of the African civil society. The way would then be paved for a brief review of the initiatives and endeavours to the same effect of the African Union in particular, given its influence in the orientation of the conduction of international affairs in the African continent.

*1. Legal Actions in Domestic Courts*

53. On 25-26 January 2000 the first complaints were lodged by Chadian nationals in Dakar, Senegal, against Mr. Hissène Habré, accusing him of the practice of torture (crimes against humanity). On 3 February 2000 a Senegalese judge, after hearing the victims, indicted Mr. H. Habré, and placed him under house arrest. But on 4 July 2000 the Dakar Appeals Court dismissed the indictment, ruling that Senegalese courts had no jurisdiction to pursue the charges because the crimes were not committed in Senegal.

54. On 30 November 2000, new complaints were filed against Mr. H. Habré, this time in Brussels, by Chadian victims living in Belgium. On 20 March 2001, Senegal's Appeals Court stood by its view, in ruling that Mr. H. Habré could not stand trial because the alleged crimes were not committed in Senegal. In 2002 (26 February to 7 March), a Belgian investigating judge (*juge d'instruction*), in a visit to Chad, interviewed victims and former accomplices of Mr. H. Habré, visited detention centres and mass graves, and took custody of DDS documents. At the end of a four-year investigation, on 19 September 2005, he issued an international arrest warrant *in absentia* in respect of Mr. H. Habré. Senegal, however, refused to extradite him to Belgium.

55. Parallel to new developments — at international level — from the end of 2005 to date, at domestic level new complaints were filed, on 16 September 2008, against Mr. H. Habré in Senegal, accusing him again of the practice of torture (crimes against humanity). Earlier on, on 31 January 2007, Senegal's National Assembly adopted a law allowing Senegalese courts to prosecute cases of genocide, crimes against humanity, war crimes and torture, even when committed outside of Senegal (thus removing a previous legal obstacle); it later amended its constitution.

## VI. LA RECHERCHE INCESSANTE DE LA RÉALISATION DE LA JUSTICE DANS LA PRÉSENTE AFFAIRE

52. Ces points étant clarifiés, il semble utile, à ce stade, de passer brièvement en revue les efforts menés de longue date, plusieurs années durant, pour que justice soit faite en ce qui concerne les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire qui auraient été commises sous le régime de Hissène Habré (1982-1990). Ces initiatives comprennent des procédures introduites devant des juridictions nationales, des demandes d'extradition (au niveau interétatique), d'autres initiatives prises au niveau international ainsi qu'une action conduite par certaines entités de la société civile africaine. J'en arriverai ainsi, plus spécifiquement, à un examen succinct des démarches et interventions à cette même fin faites par l'Union africaine, eu égard à l'influence que celle-ci exerce sur la conduite des affaires internationales sur le continent africain.

### *1. Les procédures introduites devant les juridictions nationales*

53. Les 25 et 26 janvier 2000, les premières plaintes ont été déposées par des ressortissants tchadiens à Dakar, au Sénégal, à l'encontre de M. Hissène Habré, l'accusant de pratiques de torture (crimes contre l'humanité). Le 3 février 2000, un juge sénégalais, après avoir entendu les victimes, a inculpé M. Hissène Habré et l'a placé en résidence surveillée. Le 4 juillet 2000, la cour d'appel de Dakar a cependant rejeté cette inculpation, au motif que les juridictions sénégalaises ne pouvaient pas connaître des faits reprochés à l'intéressé étant donné qu'ils n'avaient pas été commis au Sénégal.

54. Le 30 novembre 2000, de nouvelles plaintes ont été déposées contre M. Habré, cette fois à Bruxelles, par des victimes tchadiennes vivant en Belgique. Le 20 mars 2001, la cour d'appel sénégalaise a confirmé sa position en réaffirmant que l'intéressé ne pouvait être poursuivi puisque les crimes allégués n'avaient pas été commis au Sénégal. En 2002 (du 26 février au 7 mars), un juge d'instruction belge en mission au Tchad a entendu des victimes et d'anciens complices de M. Hissène Habré, visité des centres de détention et des charniers, et saisi les documents de la DDS. Après quatre ans d'enquête, le 19 septembre 2005, il a décerné un mandat d'arrêt international *in absentia* à l'encontre de M. Hissène Habré, que le Sénégal a toutefois refusé d'extrader vers la Belgique.

55. Tandis que l'on assistait, à partir de 2005, à de nouveaux développements sur le plan international, de nouvelles plaintes ont été déposées au niveau national, le 16 septembre 2008, à l'encontre de M. Hissène Habré au Sénégal, accusant l'intéressé d'actes de torture (crimes contre l'humanité). Quelque temps auparavant, le 31 janvier 2007, l'Assemblée nationale sénégalaise avait adopté une loi établissant la compétence des juridictions sénégalaises à l'égard des actes de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, même commis en dehors du territoire sénégalais (levant ainsi l'obstacle juridique antérieur), et la Constitution du Sénégal avait été amendée.

## 2. Requests of Extradition

56. To the above initiatives of legal actions at domestic law level, four requests by Belgium to date, of extradition of Mr. H. Habré, are to be added. As to the first Belgian request of extradition, of 22 May 2005, the Dakar Appeals Court decided, on 25 November 2005, that it lacked jurisdiction to deal with it. On 15 March 2011, Belgium presented a second extradition request, declared inadmissible by the Dakar Appeals Court in its decision of 18 August 2011. Later on, a third extradition request by Belgium, of 5 September 2011, was again declared inadmissible by the Dakar Appeals Courts in its decision of 10 January 2012. Belgium promptly lodged a fourth extradition request (same date). To those requests for extradition, one could add the whole of the diplomatic correspondence exchanged between Belgium and Senegal, reproduced in the dossier of the present case<sup>56</sup> before this Court.

## 3. Initiatives at International Level

57. On 24 January 2006 the African Union (AU), meeting in Khartoum, set up a “Committee of Eminent African Jurists”, to examine the H. Habré case and the options for his trial. In its following session, after hearing the report of that Committee, the AU, on 2 July 2006, asked Senegal to prosecute H. Habré “on behalf of Africa”. In the meantime, on 18 May 2006, the UN Committee against Torture found, in the *Souleymane Guengueng and al.* case (*supra*) that Senegal violated the CAT<sup>57</sup> and called on Senegal to prosecute or to extradite Mr. H. Habré. Shortly after the ICJ’s Order of 28 May 2009 in the present case opposing Belgium to Senegal, the President and another member of the UN Committee against Torture embarked on an unprecedented visit *in situ* to Senegal, from 4 to 7 August 2009, to seek the application of the Committee’s own decision of May 2006 in the *cas d’espèce*.

58. In the meantime, on 11 August 2008, a Chadian national residing in Switzerland (Mr. Michelot Yogogombaye) lodged an application against Senegal before the African Court on Human and Peoples’ Rights (AfCHPR) with a view to suspend the “ongoing proceedings” aiming to “charge, try and sentence” Mr. Hissène Habré. On 15 December 2009, the AfCHPR decided that it had no jurisdiction to entertain the application at issue, since Senegal had not made a declaration accepting the jurisdiction of the AfCHPR to hear such applications, pursuant to

<sup>56</sup> Cf. Annexes to Belgium’s Memorial, Vol. II, of 1 July 2010, docs. B.1-26.

<sup>57</sup> This was the first time the Committee found a breach of the duty to prosecute (Article 7 of the CAT), in a decision that has been seen as corresponding to “the letter, spirit and purpose of Article 7, namely, to avoid safe havens for torturers”; M. Nowak, E. McArthur *et al.*, *The United Nations Convention against Torture — A Commentary*, *op. cit. supra* note 38, p. 363.



## 2. Les demandes d'extradition

56. A ces actions en justice introduites sur la base du droit national, il convient d'ajouter les quatre demandes d'extradition de M. Hissène Habré formulées à ce jour par la Belgique. S'agissant de la première, qui date du 22 mai 2005, la cour d'appel de Dakar s'est, le 25 novembre 2005, déclarée incompétente pour en connaître. Le 15 mars 2011, la Belgique a présenté une deuxième demande d'extradition, déclarée irrecevable par la cour d'appel de Dakar dans sa décision du 18 août 2011. Une troisième demande d'extradition, formulée par la Belgique le 5 septembre 2011, devait également être déclarée irrecevable par la cour d'appel de Dakar dans sa décision du 10 janvier 2012, la Belgique en ayant aussitôt (à la même date) présenté une quatrième. A ces demandes d'extradition, l'on pourrait ajouter toute la correspondance diplomatique échangée entre la Belgique et le Sénégal, et reproduite dans le dossier de la présente espèce<sup>56</sup>.

## 3. Les démarches entreprises au niveau international

57. Le 24 janvier 2006, l'Union africaine, réunie à Khartoum, a créé un «comité d'éminents juristes africains» afin d'examiner le dossier d'Hissène Habré et les possibilités de juger l'intéressé. Lors de sa session suivante, après avoir entendu le rapport dudit comité, l'Union africaine a demandé au Sénégal, le 2 juillet 2006, d'engager des poursuites contre M. Hissène Habré «au nom de l'Afrique». Dans l'intervalle, le 18 mai 2006, le Comité des Nations Unies contre la torture avait estimé, dans l'affaire *Souleymane Guengueng et autres (supra)*, que le Sénégal avait violé la convention contre la torture<sup>57</sup> et l'avait enjoint de poursuivre ou d'extrader M. Hissène Habré. Peu après l'ordonnance rendue par la Cour le 28 mai 2009 en la présente affaire, le président et un autre membre du Comité des Nations Unies contre la torture ont effectué une mission *in situ* sans précédent au Sénégal, du 4 au 7 août 2009, afin de demander l'application de la décision rendue en mai 2006 par le Comité dans le cas d'espèce.

58. Pendant ce temps, le 11 août 2008, un national tchadien résidant en Suisse (M. Michelot Yogogombaye) avait déposé une requête contre le Sénégal devant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples dans le but d'obtenir le retrait de la «procédure actuellement diligentée» en vue d'«inculper, juger et condamner» M. Hissène Habré. Le 15 décembre 2009, la Cour africaine a jugé qu'elle n'était pas compétente pour connaître de cette requête, étant donné que le Sénégal n'avait pas fait de déclaration acceptant pareille compétence, conformément à l'ar-

<sup>56</sup> Voir annexes du mémoire du Royaume de Belgique, livre II, 1<sup>er</sup> juillet 2010, doc. B.1-26.

<sup>57</sup> Le Comité constatait ainsi pour la première fois un manquement à l'obligation de poursuivre (article 7 de la convention contre la torture), dans une décision considérée comme correspondant «à la lettre, à l'esprit et au but de l'article 7, à savoir d'interdire tout refuge aux tortionnaires»; M. Nowak, E. McArthur *et al.*, *The United Nations Convention against Torture — A Commentary*, *op. cit. supra* note 38, p. 363.



Article 34 (6) of the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights (on the establishment of the AfCHPR).

59. In the period 2008-2010, moreover, given Senegal's refusal to prepare for the trial of Mr. H. Habré unless it received full funding for it, the European Union and the AU sent successive delegations to negotiate on the issue with Senegal. In the meantime, on 18 November 2010, the ECOWAS Court of Justice ruled that Senegal ought to try Mr. H. Habré by a special jurisdiction or an *ad hoc* tribunal, to be created for that purpose. On 24 November 2010, a donors' international roundtable held in Dakar secured the full funding to cover all the estimated costs of the proceedings of the trial of Mr. H. Habré<sup>58</sup>. Shortly afterwards, on 31 January 2011, the AU called for the "expeditious" start of the trial of Mr. H. Habré, on the basis of the ECOWAS Court decision (cf. *infra*).

60. On 24 November 2011, the rapporteur of the CAT on the follow-up of communications (or petitions) sent a letter to the Permanent Mission of Senegal to the United Nations, reminding it of its obligation *aut dedere aut judicare* under the Convention, and took note of the fact that, until then, no proceedings had been initiated by Senegal against Mr. H. Habré. Earlier on, on 12 January 2011, the same rapporteur had sent another letter to Senegal's Permanent Mission to the UN, recalling the State party's obligation under Article 7 (1) of the CAT, now that the full funding for the trial of Mr. H. Habré had been secured (*supra*).

61. For its part, the Office of the UN High Commissioner for Human Rights (OHCHR) also expressed its concern with the delays in opening up the trial of Mr. H. Habré; on 18 March 2011, the OHCHR urged Senegal to comply with its duty of prosecution<sup>59</sup>. Later on, the OHCHR requested Senegal not to extradite (as then announced) Mr. H. Habré to Chad (where he had already been sentenced to death *in absentia*), pondering that "[j]ustice and accountability are of paramount importance and must be attained through a fair process and in accordance with human rights law"<sup>60</sup>. Shortly afterwards, the OHCHR warned, on 12 July 2011, that Mr. H. Habré was

"continuing to live with impunity in Senegal, as he has done for the past 20 years. It is important that rapid and concrete progress is made by Senegal to prosecute or extradite Habré to a country willing to

<sup>58</sup> Cf. UNHCR/Refworld, "African Union Calls for 'Expeditious' Start to Habré Trial", <http://www.refworld.org>, doc. of 31 January 2011, p. 2.

<sup>59</sup> UN/OHCHR, [www.ohchr.org/news](http://www.ohchr.org/news), of 18 March 2011, p. 1.

<sup>60</sup> UN/OHCHR, "Senegal Must Review Its Decision to Extradite Hissène Habré to Chad", [www.ohchr.org/news](http://www.ohchr.org/news), of 10 July 2011, p. 1.

ticle 34, paragraphe 6, du protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (portant création de la Cour).

59. Par ailleurs, entre 2008 et 2010, le Sénégal ayant refusé de préparer le procès de M. Hissène Habré à moins d'en obtenir le financement intégral, l'Union européenne et l'Union africaine y ont successivement envoyé des délégations pour négocier sur cette question. Dans le même temps, le 18 novembre 2010, la Cour de justice de la CEDEAO a considéré que le Sénégal devait faire juger M. Hissène Habré par une juridiction spéciale ou un tribunal *ad hoc*, devant être créé à cette fin. Le 24 novembre 2010, une table ronde des donateurs organisée à Dakar a permis de garantir le financement intégral du budget estimatif du procès de M. Hissène Habré<sup>58</sup>. Peu de temps après, le 31 janvier 2011, l'Union africaine a appelé à une organisation «rapide» du procès de M. Hissène Habré, conformément à la décision de la Cour de justice de la CEDEAO (*infra*).

60. Le 24 novembre 2011, le rapporteur de la convention contre la torture chargé du suivi des communications (ou plaintes) a adressé une lettre à la mission permanente du Sénégal auprès de l'Organisation des Nations Unies, rappelant au Sénégal l'obligation *aut dedere aut judicare* que lui impose la convention, et pris note du fait que, jusque-là, celui-ci n'avait pas engagé de poursuites contre M. Hissène Habré. Quelque temps auparavant, le 12 janvier 2011, le même rapporteur avait adressé une autre lettre à la mission permanente du Sénégal auprès de l'Organisation des Nations Unies, rappelant l'obligation incombant à l'Etat partie en application de l'article 7, paragraphe 1, de la convention contre la torture, dès lors que le financement intégral du procès de M. Habré avait été garanti (*supra*).

61. Le Bureau du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (BHCDH) s'est lui aussi dit préoccupé par le retard pris pour l'ouverture du procès de M. Hissène Habré; le 18 mars 2011, il a ainsi vivement recommandé au Sénégal de satisfaire à son obligation de poursuivre<sup>59</sup>. Par la suite, il a demandé au Sénégal de ne pas extradier (comme cela avait alors été annoncé) M. Hissène Habré vers le Tchad (où l'intéressé avait déjà été condamné à mort *in absentia*), estimant que la «[j]ustice et l'obligation de rendre compte de ses actes revêtent une importance cruciale et doivent être mises en œuvre par le biais d'un procès équitable et conformément au droit relatif aux droits de l'homme»<sup>60</sup>. Peu de temps après, le 12 juillet 2011, le BHCDH a relevé que M. Hissène Habré

«continuait de vivre en toute impunité au Sénégal, comme il le fai[sait] depuis ces vingt dernières années. Il est important que des progrès rapides et concrets soient réalisés par le Sénégal en vue de

<sup>58</sup> Voir UNHCR, Refworld, «African Union Calls for «Expeditious» Start to Habré Trial», [www.refworld.org](http://www.refworld.org), 31 janvier 2011, p. 2.

<sup>59</sup> Nations Unies/BHCDH, [www.ohchr.org/news](http://www.ohchr.org/news), 18 mars 2011, p. 1.

<sup>60</sup> Nations Unies/BHCDH, «Senegal Must Review Its Decision to Extradite Hissène Habré to Tchad», [www.ohchr.org/news](http://www.ohchr.org/news), 10 juillet 2011, p. 1.

conduct a fair trial. This has been the High Commissioner's position all along. It is also the position of the African Union (AU), as well as of much of the rest of the international community. It is a violation of international law to shelter a person who has committed torture or other crimes against humanity, without prosecuting or extraditing him."<sup>61</sup>

#### *4. Initiative of Entities of African Civil Society*

62. In addition to these three exhortations (of the UN Committee against Torture itself, the African Union, and the rapporteur of the CAT), on 21 July 2010, Nobel Peace Prize winners Archbishop Desmond Tutu and Shirin Ebadi, among others, as well as 117 African human rights groups from 25 African countries, likewise called upon Senegal to move forward with the trial of Mr. H. Habré, for political killings and the systematic practice of torture, after more than 20 years of alleged difficulties to the detriment of the victims<sup>62</sup>.

63. In their call for the fair trial of Mr. H. Habré, Archbishop D. Tutu and the other signatories stated:

“We, the undersigned NGOs and individuals urge Senegal rapidly to begin legal proceedings against the exiled former Chadian dictator Hissène Habré, who is accused of thousands of political killings and systematic torture from 1982 to 1990.

The victims of Mr. Habré's regime have been working tirelessly for 20 years to bring him to justice, and many of the survivors have already died. ( . . ) Instead of justice, the victims have been treated to an interminable political and legal soap opera ( . . ).”<sup>63</sup>

64. After recalling the facts of the victims' quest for justice, they stated that a fair trial for Mr. H. Habré in Senegal “should be a milestone” in the fight to hold “the perpetrators of atrocities ( . . ) accountable for their crimes”. They added that this would moreover show that “African courts are sovereign and capable of providing justice for African victims for crimes committed in Africa”. They thus urged the authorities “to choose justice, not impunity, and to move quickly towards the trial of Hissène Habré”<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> UN/OHCHR, [www.ohchr.org/news](http://www.ohchr.org/news), of 12 July 2011, p. 1.

<sup>62</sup> Cf. Human Rights Watch (HRW), “Senegal/Chad: Nobel Winners, African Activists Seek Progress in Habré Trial”, [www.hrw.org/news](http://www.hrw.org/news), of 21 July 2010, p. 1; HRW, “UN: Senegal Must Prosecute or Extradite Hissène Habré”, [www.hrw.org/news](http://www.hrw.org/news), of 18 January 2001, p. 1.

<sup>63</sup> FIDH [Fédération internationale des ligues des droits de l'homme], “Appeal [ . . ] for the Fair Trial of Hissène Habré”, [www.fidh.org/news](http://www.fidh.org/news), of 21 July 2010, p. 1.

<sup>64</sup> *Ibid.*

juger ou d'extrader Habré vers un pays disposé à organiser un procès équitable. Cette position a toujours été celle du Haut-Commissariat. C'est également la position de l'Union africaine et de la majorité de la communauté internationale. Le fait d'abriter une personne ayant commis des actes de torture ou d'autres crimes contre l'humanité sans la juger ou l'extrader constitue une violation du droit international.»<sup>61</sup>

#### 4. *L'action menée à l'initiative de certaines entités de la société civile africaine*

62. Outre ces trois exhortations (celle du Comité des Nations Unies contre la torture lui-même, de l'Union africaine et du rapporteur de la convention contre la torture), le 21 juillet 2010, les lauréats du prix Nobel de la paix Desmond Tutu et Shirin Ebadi, parmi d'autres, ainsi que 117 organisations africaines de défense des droits de l'homme, issues de 25 pays d'Afrique, ont appelé le Sénégal à progresser rapidement dans l'organisation du procès de M. Hissène Habré pour assassinats politiques et pratique systématique de la torture, après avoir, pendant plus de vingt ans, invoqué des difficultés au détriment des victimes<sup>62</sup>.

63. Dans leur appel à un procès équitable de M. Hissène Habré, l'archevêque Desmond Tutu et les autres signataires ont déclaré ce qui suit :

«Nous, organisations de la société civile, ONG et personnalités signataires de la présente pétition, appelons le Sénégal à ouvrir dans les meilleurs délais l'instruction judiciaire de l'ancien dictateur du Tchad Hissène Habré, accusé de milliers d'assassinats politiques et de tortures systématiques de 1982 à 1990.

Les victimes du régime d'Hissène Habré luttent sans relâche depuis vingt ans pour que justice leur soit rendue et de nombreux survivants sont déjà décédés... Au lieu de voir leur cause entendue, les victimes ont eu droit à un interminable feuilleton politico-judiciaire.»<sup>63</sup>

64. Après avoir rappelé les éléments factuels ayant trait à la recherche de la justice par les victimes, les signataires de la pétition ont précisé qu'un procès équitable de Hissène Habré au Sénégal «[était] une étape importante» dans la lutte contre «l'impunité des dirigeants accusés de crimes», ajoutant que cela démontrerait en outre que «les tribunaux africains sont souverains et capables de rendre justice aux victimes africaines pour des crimes commis en Afrique». Ils ont donc appelé les autorités «à faire le choix de la justice, pas de l'impunité, et à ouvrir sans délais la procédure judiciaire contre Hissène Habré»<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> Nations Unies/BHCDH, [www.ohchr.org/news](http://www.ohchr.org/news), 12 juillet 2011, p. 1.

<sup>62</sup> Voir Human Rights Watch (HRW), «Sénégal/Tchad: [d]es Prix Nobel de la paix appellent le Sénégal à progresser dans l'organisation du procès Habré», [www.hrw.org/news](http://www.hrw.org/news), 21 juillet 2010, p. 1; HRW, «Nations Unies: [l]e Sénégal doit juger ou extradier Hissène Habré», [www.hrw.org/news](http://www.hrw.org/news), 18 janvier 2001, p. 1.

<sup>63</sup> FIDH (Fédération internationale des ligues des droits de l'homme), «Appel... à un procès équitable de M. Hissène Habré», [www.fidh.org/news](http://www.fidh.org/news), 21 juillet 2010, p. 1.

<sup>64</sup> *Ibid.*

VII. THE SEARCH FOR JUSTICE:  
INITIATIVES AND ENDEAVOURS OF THE AFRICAN UNION

65. The above review, to be completed, requires closer attention to be paid to the initiatives and endeavours of the African Union (reflected in the *Decisions* adopted by its Assembly), in the same search for justice in the *Hissène Habré* case. Thus, at its sixth ordinary session, held in Khartoum, Sudan, the Assembly of the African Union adopted its Decision 103 (VI), on 24 January 2006, wherein it decided to establish a Committee of Eminent African Jurists “to consider all aspects and implications of the Hissène Habré case as well as the options available for his trial”<sup>65</sup>. It requested the aforementioned Committee to submit a report at the following Ordinary Session in July 2006.

66. At its seventh ordinary session, held in Banjul, Gambia, the Assembly of the African Union adopted its Decision 127 (VII), on 2 July 2006, whereby it took note of the report presented by the Committee of Eminent African Jurists. It noted that, pursuant to Articles 3 (*h*), 4 (*h*) and 4 (*o*) of the Constitutive Act of the African Union, “the crimes of which Hissène Habré is accused fall within the competence of the African Union”. Furthermore, the Assembly of the African Union mandated the Republic of Senegal “to prosecute and ensure that Hissène Habré is tried, on behalf of Africa, by a competent Senegalese court with guarantees for fair trial”.

67. At its eighth ordinary session, held in Addis Ababa, Ethiopia, the Assembly of the African Union adopted Decision 157 (VIII), on 30 January 2007, whereby the African Union commended Senegal for its efforts on “the implementation of the Banjul Decision”, encouraged it “to pursue its initiatives to accomplish the mandate entrusted to it”, and appealed to the international community to mobilize the financial resources required for the trial. Two years later, at its twelfth ordinary session, held again in Addis Ababa, from 1 to 3 February 2009, the Assembly of the African Union adopted Decision 240 (XII), whereby it called on “all Member States of the African Union, the European Union and partner countries and institutions to make their contributions to the budget of the case by paying these contributions directly to the African Union Commission”.

68. At its following thirteenth ordinary session, held in Sirte, Libya, from 1 to 3 July 2009, the Assembly of the African Union adopted Decision 246 (XIII), whereby it reiterated its “appeal to all Member States to

---

<sup>65</sup> It further took note of the briefing by President Wade of Senegal and President Obasanjo, the outgoing Chairperson of the African Union, on the *Hissène Habré* case.

VII. LA RECHERCHE DE LA JUSTICE :  
LES DÉMARCHES ET INTERVENTIONS DE L'UNION AFRICAINE

65. Dans ce même cadre de la recherche de la justice en l'affaire *Hissène Habré* — et pour compléter l'examen qui précède —, il convient de s'attacher plus particulièrement aux démarches et interventions de l'Union africaine (telles que reflétées dans les *décisions* adoptées par son Assemblée). Ainsi, lors de sa sixième session ordinaire, qui s'est tenue à Khartoum (Soudan), l'Assemblée de l'Union africaine a, le 24 janvier 2006, adopté sa décision 103 (VI), par laquelle elle décidait de mettre en place un comité d'éminents juristes africains afin « d'examiner tous les aspects et toutes les implications du procès de Hissène Habré ainsi que les options disponibles pour son jugement »<sup>65</sup>. Elle a chargé le comité précité de soumettre un rapport à la prochaine session ordinaire de l'Union africaine en juillet 2006.

66. Lors de sa septième session ordinaire, qui s'est tenue à Banjul (Gambie), l'Assemblée de l'Union africaine a, le 2 juillet 2006, adopté sa décision 127 (VII), par laquelle elle prenait note du rapport présenté par le Comité d'éminents juristes africains. Elle a relevé que, aux termes des articles 3 *h*), 4 *h*) et 4 *o*) de l'acte constitutif de l'Union africaine, « les crimes reprochés à Hissène Habré [étaient] pleinement de la compétence de l'Union africaine ». De surcroît, l'Assemblée de l'Union africaine a mandaté la République du Sénégal pour « poursuivre et faire juger, au nom de l'Afrique, Hissène Habré, par une juridiction sénégalaise compétente avec les garanties d'un procès juste ».

67. Lors de sa huitième session ordinaire, qui s'est tenue à Addis-Abeba (Ethiopie), l'Assemblée de l'Union africaine a, le 30 janvier 2007, adopté la décision 157 (VIII), par laquelle l'Union africaine félicitait le Sénégal pour les efforts qu'il avait déjà déployés « en vue d'accélérer la mise en œuvre de la décision prise à Banjul », l'encourageait « à poursuivre son travail pour l'accomplissement du mandat qui lui a été confié », et lançait un appel à la communauté internationale pour la mobilisation des ressources financières nécessaires au procès. Deux ans plus tard, lors de sa douzième session ordinaire, qui s'est à nouveau tenue à Addis-Abeba, du 1<sup>er</sup> au 3 février 2009, l'Assemblée de l'Union africaine a adopté la décision 240 (XII), par laquelle elle lançait un appel à « tous les Etats membres de l'Union africaine, à l'Union européenne et aux pays et institutions partenaires, pour qu'ils apportent leurs contributions au budget du procès en versant directement ces contributions à la Commission de l'Union africaine ».

68. Lors de sa session ordinaire suivante, la treizième, qui s'est tenue à Syrte (Libye) du 1<sup>er</sup> au 3 juillet 2009, l'Assemblée de l'Union africaine a adopté la décision 246 (XIII), par laquelle elle réitérait son « appel à tous

<sup>65</sup> Elle a également pris note des informations fournies par le président Wade du Sénégal et le président Obasanjo, président sortant de l'Union africaine, relatives à l'affaire *Hissène Habré*.

contribute to the budget of the trial and extend the necessary support to the Government of Senegal in the execution of the AU mandate to prosecute and try Hissène Habré”<sup>66</sup>. Next, at its fourteenth ordinary session, held in Addis Ababa, Ethiopia, from 31 January to 2 February 2010, the Assembly of the African Union adopted Decision 272 (XIV), wherein it requested “the Government of Senegal, the Commission and Partners, particularly the European Union to continue with consultations with the view to ensuring the holding of the Donors Round Table as soon as possible”. At its fifteenth ordinary session, held in Kampala, Uganda, the Assembly of the African Union adopted Decision 297 (XV), on 27 July 2010, to the same effect.

69. At its sixteenth ordinary session, held in Addis Ababa, Ethiopia, on 30-31 January 2011, the Assembly of the African Union adopted Decision 340 (XVI), whereby it confirmed “the mandate given by the African Union (AU) to Senegal to try Hissène Habré”. Furthermore, it welcomed the conclusions of the Donors Round Table concerning the funding of Mr. Habré’s trial and called on Member States, all partner countries and relevant institutions to disburse the funds pledged at the Donors Round Table. Moreover, the Assembly requested the “Commission to undertake consultations with the Government of Senegal in order to finalize the modalities for the expeditious trial of Hissène Habré through a special tribunal with an international character”.

70. At its seventeenth ordinary session, held in Malabo, Equatorial Guinea, the Assembly of the African Union adopted Decision 371 (XVII), on 1 July 2011, whereby it reiterated its decision (of January 2011) “confirming the mandate given to Senegal to try Hissène Habré on behalf of Africa”. The Assembly of the African Union urged Senegal

“to carry out its legal responsibility in accordance with the United Nations Convention against Torture, the decision of the United Nations (UN) Committee against Torture, as well as the said mandate to put Hissène Habré on trial expeditiously or extradite him to any other country willing to put him on trial”.

Next, at its eighteenth ordinary session, held in Addis Ababa, Ethiopia, on 29-30 January 2012, the Assembly of the African Union adopted Decision 401 (XVIII), whereby it requested the

“Commission to continue consultations with partner countries and institutions and the Republic of Senegal and subsequently with the Republic of Rwanda with a view to ensuring the expeditious trial of Hissène Habre and to consider the practical modalities as well as the legal and financial implications of the trial”.

---

<sup>66</sup> It also invited the partner countries and institutions to take part in the Donors Round Table, scheduled to be held in Dakar, Senegal.



les Etats membres ... pour qu'ils apportent leurs contributions au budget du procès et accorde[nt] leur soutien au Gouvernement de la République du Sénégal dans l'exécution du mandat de l'Union africaine d'inculper et de juger Hissène Habré»<sup>66</sup>. Ensuite, lors de sa quatorzième session ordinaire, qui s'est tenue à Addis-Abeba (Ethiopie) du 31 janvier au 2 février 2010, l'Assemblée de l'Union africaine a adopté la décision 272 (XIV), par laquelle elle invitait «le Gouvernement sénégalais, la Commission et les partenaires, notamment l'Union européenne, [à] poursuivre les consultations dans la perspective d'organiser, le plus tôt possible, la table ronde des donateurs». Lors de sa quinzième session ordinaire, qui s'est tenue à Kampala (Ouganda), l'Assemblée de l'Union africaine a, le 27 juillet 2010, adopté la décision 297 (XV), au même effet.

69. Lors de sa seizième session ordinaire, qui s'est tenue à Addis-Abeba (Ethiopie) les 30 et 31 janvier 2011, l'Assemblée de l'Union africaine a adopté la décision 340 (XVI), par laquelle elle confirmait «le mandat donné par l'Union africaine (UA) au Sénégal de juger Hissène Habré». Par ailleurs, elle se félicitait des conclusions de la table ronde des donateurs relatives au financement du procès de Hissène Habré et invitait les Etats membres, tous les pays et les institutions partenaires concernés à procéder au versement des contributions annoncées dans ce cadre. En outre, l'Assemblée demandait à la «Commission d'entreprendre des consultations avec le Gouvernement du Sénégal afin de finaliser les modalités pour l'organisation rapide du procès de Hissène Habré par un tribunal spécial à caractère international».

70. Lors de sa dix-septième session ordinaire, qui s'est tenue à Malabo (Guinée équatoriale), l'Assemblée de l'Union africaine a, le 1<sup>er</sup> juillet 2011, adopté la décision 371 (XVII), par laquelle elle rappelait sa décision de janvier 2011 «confirmant le mandat confié au Sénégal de juger Hissène Habré au nom de l'Afrique». L'Assemblée demandait instamment au Sénégal

«d'assumer sa responsabilité juridique conformément à la convention des Nations Unies contre la torture, à la décision du Comité des Nations Unies (NU) contre la torture ainsi qu'audit mandat visant à juger rapidement M. Hissène Habré ou à l'extrader vers tout autre pays susceptible de le juger».

Par la suite, lors de sa dix-huitième session ordinaire, qui s'est tenue à Addis-Abeba (Ethiopie) les 29 et 30 janvier 2012, l'Assemblée de l'Union africaine a adopté la décision 401 (XVIII), par laquelle elle demandait à la

«Commission de poursuivre les consultations avec les pays et institutions partenaires, et la République du Sénégal, ainsi qu'avec la République du Rwanda, en vue d'assurer l'organisation rapide du procès de Hissène Habré, et d'examiner les modalités pratiques ainsi que les implications juridiques et financières du procès».

<sup>66</sup> Elle a également invité les pays et les institutions partenaires à participer à la table ronde des donateurs, qui devait se tenir à Dakar (Sénégal).



71. As it can be apprehended from the aforementioned decisions, the African Union has been giving attention to the *Hissène Habré* case on a consistent basis, since 2006. Although the African Union does not have adjudicatory powers, it has felt obliged to assist Senegal in the pursuit of its obligation to bring Mr. H. Habré to justice; it thus appears to give its own contribution, as an international organization, to the rule of law (at national and international levels) and to the corresponding struggle against impunity. One can note that, as time progressed, the language of the decisions of the Assembly of the African Union has gradually strengthened.

72. This is evidenced, in particular, by the language utilized in its decision 371 (XVII), adopted on 1 July 2011, wherein the Assembly of the African Union reiterated its previous decision “confirming the mandate given to Senegal to try Hissène Habré on behalf of Africa”, and *urged* Senegal “to carry out its legal responsibility” in accordance with the UN Convention against Torture, the decision adopted by the UN Committee against Torture, as well as “the said *mandate to put Hissène Habré on trial expeditiously* or extradite him to any other country willing to put him on trial”<sup>67</sup>. The emphasis shifted from the collection of funds for the projected trial of Mr. H. Habré to the *urgency* of Senegal’s compliance with its duty of prosecution, in conformity with the relevant provisions of the UN Convention against Torture.

#### VIII. URGENCY AND THE NEEDED PROVISIONAL MEASURES OF PROTECTION

73. In the period which followed the ICJ decision (*Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Order of 28 May 2009, *I.C.J. Reports 2009*), not to order provisional measures, Senegal’s pledge before the Court to keep Mr. H. Habré under house surveillance and not to allow him to leave Senegal pending its much-awaited trial seemed at times to have been overlooked, if not forgotten. First, concrete moves towards the trial were not made, amidst allegations of lack of full funding (which was secured on 24 November 2010). Next, in early July 2011, Senegal announced that Mr. H. Habré would be returned to Chad on 11 July 2011 (where he had been sentenced to death *in absentia* by a court for allegedly planning to overthrow the Government).

74. In its Order of 28 May 2009, the ICJ had refrained from indicating the provisional measures of protection, given Senegal’s assurance that it would not permit Mr. H. Habré to leave the country before the ICJ had given its final decision on the case (*ibid.*, p. 155, para. 71); the ICJ then

---

<sup>67</sup> Emphasis added.

71. Ainsi que l'attestent les décisions précitées, l'Union africaine n'a cessé, depuis 2006, d'accorder toute son attention à l'affaire *Hissène Habré*. Bien qu'elle ne dispose pas de pouvoirs juridictionnels, elle s'est sentie tenue de venir en aide au Sénégal dans la poursuite de son obligation de faire juger M. Hissène Habré; il apparaît donc qu'elle a apporté sa propre contribution, en tant qu'organisation internationale, à la primauté du droit (aux niveaux national et international) et à la lutte contre l'impunité qui en découle. On relèvera que, au fil du temps, le libellé des décisions adoptées par l'Assemblée de l'Union africaine est devenu de plus en plus ferme.

72. En témoignent, notamment, les termes employés par l'Assemblée de l'Union africaine dans sa décision 371 (XVII), adoptée le 1<sup>er</sup> juillet 2011, par laquelle elle rappelait sa précédente décision «confirmant le mandat confié au Sénégal de juger Hissène Habré au nom de l'Afrique», et *demandait instamment* au Sénégal «d'assumer sa responsabilité juridique» conformément à la convention des Nations Unies contre la torture, à la décision du Comité des Nations Unies contre la torture ainsi qu'«audit mandat visant à juger rapidement M. Hissène Habré ou à l'extrader vers tout autre pays susceptible de le juger»<sup>67</sup>. L'accent n'était plus mis sur la collecte de fonds pour le procès prévu de M. Hissène Habré mais sur l'*urgence*, pour le Sénégal, de satisfaire à son obligation de poursuivre, conformément aux dispositions pertinentes de la convention des Nations Unies contre la torture.

#### VIII. L'URGENCE ET LA NÉCESSITÉ DE MESURES CONSERVATOIRES

73. Dans la période qui a suivi la décision de la Cour de ne pas indiquer de mesures conservatoires (*Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009), le Sénégal semble avoir ignoré, sinon oublié, l'engagement qu'il avait pris devant elle de maintenir M. Hissène Habré en résidence surveillée et de lui interdire de quitter le territoire sénégalais dans l'attente de son procès tant attendu. Tout d'abord, aucune démarche concrète n'a été entreprise en vue du procès, au motif que le financement intégral n'en était pas assuré (ce qui a été le cas le 24 novembre 2010). Ensuite, début juillet 2011, le Sénégal a annoncé que M. Hissène Habré serait renvoyé au Tchad le 11 juillet 2011 (pays où il avait été condamné à mort *in absentia* pour avoir prétendument fomenté un complot visant à renverser le gouvernement).

74. Or, si la Cour, dans son ordonnance du 28 mai 2009, n'avait pas indiqué de mesures conservatoires, c'était en raison de l'assurance donnée par le Sénégal qu'il ne permettrait pas à M. Habré de quitter son territoire avant qu'elle ait rendu sa décision définitive en l'affaire (*ibid.*, p. 155,

<sup>67</sup> Les italiques sont de moi.

found that there was not “any urgency” to order provisional measures in the present case (*I.C.J. Reports 2009*, p. 155, para. 73). Yet, on 8 July 2011, the then President of Senegal (Mr. A. Wade) wrote to the Government of Chad and to the African Union to announce the imminent expulsion of Mr. H. Habré back to Chad, scheduled for 11 July 2011 (*supra*). On the eve of that date, Senegal officially retracted its decision, on 10 July 2011, given the international outcry that promptly followed, including from the UN High Commissioner for Human Rights<sup>68</sup>.

75. Had the return of Mr. H. Habré to Chad been effected by Senegal in such circumstances, it would have been carried out in breach of the principle of good faith (*bona fides*). The fact that it was seriously considered, and only cancelled in the last minute under public pressure, is sufficient reason for serious concern. There is one lesson to be extracted from all that has happened in the present case since the Court’s unfortunate Order of 28 May 2009: I was quite right in casting a solitary and extensive dissenting opinion appended to it, sustaining the need for the ordering or indication of provisional measures of protection, given the *urgency* of the situation, and the possibility of irreparable harm (which were evident to me, already at that time).

76. A promise of a Government (any Government, of any State anywhere in the world) does not suffice to efface the urgency of a situation, particularly when fundamental rights of the human person (such as the right to the realization of justice) are at stake. The ordering of provisional measures of protection has the additional effect of dissuading a State not to incur into a breach of treaty. It thus serves the prevalence of the rule of law at international level. The present case leaves a lesson: the ordering of provisional measures of protection, guaranteeing the rule of law, may well dissuade governmental behaviour to avoid further incongruencies and not to incur what might become additional breaches of international law.

77. In my extensive dissenting opinion appended to the Court’s Order of 28 May 2009, I insisted on the issuance of provisional measures of protection, given the manifest urgency of the situation affecting the surviving victims of torture (or their close relatives) during the Habré regime in Chad (*ibid.*, pp. 183-186, paras. 50-59), and the probability of irreparable damage ensuing from the breach of the right to the realization of justice (*ibid.*, pp. 186-188, paras. 60-65). After all, the present case had been lodged with the Court under the UN Convention against Torture. Ever since, I have never seen any persuasive argument in support of the decision not to order provisional measures in the present case. All that has been said so far revolves around an empty *petitio principii*: the Court’s decision was the right one, as was

---

<sup>68</sup> HRW, “Habré Case: Questions and Answers on *Belgium v. Senegal*”, [www.hrw.org/news](http://www.hrw.org/news), of 29 March 2012, p. 5.

par. 71); la Cour avait donc jugé qu'il n'existait «aucune urgence» justifiant d'ordonner des mesures conservatoires en la présente espèce (*C.I.J. Recueil 2009*, p. 155, par. 73). Ce nonobstant, le 8 juillet 2011, M. A. Wade, alors président du Sénégal, a écrit au Gouvernement tchadien et à l'Union africaine pour annoncer l'expulsion imminente de M. Habré vers le Tchad, prévue le 11 juillet 2011 (*supra*). Ce n'est que la veille de cette date, le 10 juillet 2011, que le Sénégal est officiellement revenu sur sa décision, en raison du tollé international provoqué par cette annonce, le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme ayant lui aussi protesté<sup>68</sup>.

75. Si le Sénégal avait effectivement renvoyé M. Hissène Habré au Tchad dans de telles circonstances, il l'aurait fait en violation du principe de bonne foi (*bona fides*). Le fait que cette possibilité ait été sérieusement envisagée et qu'il n'y ait été renoncé qu'à la dernière minute, sous la pression de l'opinion publique, est un sérieux motif d'inquiétude. La leçon qui doit être tirée de l'ensemble des événements qui se sont déroulés en la présente affaire depuis la regrettable décision de la Cour du 28 mai 2009, c'est que l'opinion dissidente fort détaillée que j'ai, seul, jointe à ladite ordonnance — opinion dans laquelle je me prononçais en faveur de l'indication de mesures conservatoires étant donné l'urgence de la situation et le risque de préjudice irréparable (qui, à ce moment déjà, m'apparaissaient clairement) — était tout à fait fondée.

76. Une promesse faite par un gouvernement (n'importe quel gouvernement, de n'importe quel Etat du monde) ne suffit pas à supprimer l'urgence d'une situation, surtout lorsque sont en jeu des droits fondamentaux de la personne humaine (notamment le droit à la réalisation de la justice). L'indication de mesures conservatoires a par ailleurs pour effet de dissuader un Etat de violer un traité. Ainsi, pareilles mesures jouent un rôle pour garantir la primauté du droit au niveau international. Un enseignement peut donc être tiré de la présente affaire: l'indication de mesures conservatoires, qui garantit la primauté du droit, peut fort bien dissuader des gouvernements d'adopter certains comportements déplacés, et, par tant, de commettre de nouvelles violations du droit international.

77. Dans l'opinion dissidente fort approfondie que j'ai jointe à l'ordonnance de la Cour du 28 mai 2009, j'ai ainsi insisté sur la nécessité d'indiquer des mesures conservatoires, compte tenu de l'urgence manifeste de la situation touchant les victimes ayant survécu aux actes de torture (ou leurs proches) durant le régime Habré au Tchad (*ibid.*, pp. 183-186, par. 50-59), et de la probabilité que soit causé un préjudice irréparable en raison de la violation du droit à la réalisation de la justice (*ibid.*, pp. 186-188, par. 60-65). Après tout, c'est en vertu de la convention des Nations Unies contre la torture que la présente affaire a été introduite devant la Cour et, depuis lors, je n'ai jamais entendu d'argument convaincant à l'appui de la décision consistant à ne pas indiquer de mesures conservatoires. Tout ce qui a été dit sur ce point jusqu'à présent procède,

<sup>68</sup> HRW, «Affaire Habré: questions et réponses sur «Belgique c. Sénégal»», [www.hrw.org/news](http://www.hrw.org/news), 29 mars 2012, p. 5.

taken by a large majority (the traditional argument of authority, the *Diktat*).

78. The fact is that majorities, however large they happen to be, at times also incur mistakes, and this is why I am more inclined to abide by the authority of the argument, rather than vice versa. My position is that the Court should have ordered the provisional measures of protection in its decision of 28 May 2009, having thus assumed the role of *guarantee* of the relevant norms of the UN Convention against Torture. It should have gone beyond the short-sighted inter-State outlook, so as to behold the fundamental rights of the human person that were (and are) at stake in the present case, under the UN Convention against Torture.

79. Unilateral acts of States — such as, *inter alia*, promise — were conceptualized in the traditional framework of the inter-State relations, so as to extract their legal effects, given the “decentralization” of the international legal order. Here, in the present case, we are in an entirely distinct context, that of *objective* obligations established under a normative Convention — one of the most important of the United Nations, in the domain of the international protection of human rights, embodying an absolute prohibition of *jus cogens* —, the UN Convention against Torture. In the ambit of these obligations, a pledge or promise made in the course of legal proceedings before the Court does not remove the prerequisites (of urgency and of probability of irreparable damage) for the indication of provisional measures by the Court.

80. This is what I strongly upheld in my aforementioned dissenting opinion of 28 May 2009 (*I.C.J. Reports 2009*, p. 192, para. 78), and what successive facts ever since leave as a lesson. When the prerequisites of provisional measures are present — as they in my view already were in May 2009, as confirmed by the successive facts — such measures are to be ordered by the Court, to the benefit of the subjects of rights to be preserved and protected (such as the right to the realization of justice). Accordingly, in my dissenting opinion I deemed it fit to ponder that:

“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.

. . . . .  
[T]he prerequisites of urgency and the probability of irreparable harm were and remain in my view present in this case (. . .), requiring from the Court the indication of provisional measures. Moreover, there subsist, at this stage — and without prejudice to the merits of

de près ou de loin, d'une pétition de principe vide de sens: la décision de la Cour était la bonne dès lors qu'elle a été adoptée par une large majorité (l'habituel argument d'autorité, le *diktat*).

78. Or, le fait est que les majorités, si larges soient-elles, commettent aussi parfois des erreurs, et c'est la raison pour laquelle je suis de plus en plus enclin à me conformer à l'autorité de l'argument plutôt qu'à celle du nombre. Selon moi, la Cour aurait dû, dans sa décision du 28 mai 2009, indiquer les mesures conservatoires sollicitées, se posant ainsi en *garante* des normes pertinentes énoncées par la convention des Nations Unies contre la torture. Elle aurait dû dépasser la perspective interétatique à courte vue, ce qui lui aurait permis d'appréhender les droits fondamentaux de la personne humaine qui étaient (et sont) en jeu dans la présente affaire, au regard de la convention des Nations Unies contre la torture.

79. Compte tenu de la «décentralisation» de l'ordre juridique international, c'est dans le cadre traditionnel des relations interétatiques qu'ont été conceptualisés les actes unilatéraux des Etats — tels que les promesses — et qu'en ont été dégagés les effets juridiques. Or, le contexte de la présente espèce est tout à fait différent, puisque sont en cause des obligations *objectives*, établies en application d'une convention normative — l'une des plus importantes du système des Nations Unies en matière de protection internationale des droits de l'homme, qui consacre une interdiction absolue relevant du *jus cogens* —, à savoir la convention contre la torture. Au regard de ces obligations, un engagement ou une promesse formulé dans le cadre d'une instance devant la Cour ne fait pas disparaître les conditions requises (relatives au caractère d'urgence et au risque de dommages irréparables) pour l'indication de mesures conservatoires.

80. Telle est la position que j'ai fermement défendue dans mon opinion dissidente précitée du 28 mai 2009 (*C.I.J. Recueil 2009*, p. 192, par. 78), et tel est bien ce que les faits qui se sont produits depuis lors nous enseignent. Lorsque les conditions requises pour l'indication de mesures conservatoires sont réunies — comme c'était, selon moi, déjà le cas en mai 2009, ce qui a été confirmé par les faits —, la Cour doit prendre pareilles mesures, et ce, dans l'intérêt des sujets de droits qu'il convient de préserver et de protéger (notamment le droit à la réalisation de la justice). C'est pourquoi j'ai jugé utile, dans mon opinion dissidente, de préciser ce qui suit:

«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.

. . . . .  
[L]es conditions requises — l'urgence et l'existence d'un risque de préjudice irréparable — étaient et demeurent réunies dans la présente affaire ... exigeant des mesures conservatoires de sa part. En outre, il subsiste à ce stade — et sans préjuger l'affaire au fond — certaines

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.

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

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.

.....

This Court should in my view have remained seized 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 UN Convention against Torture in pursuance of the principle *aut dedere aut judicare*." (*I.C.J. Reports 2009*, pp. 193-195, paras. 80, 82-84 and 88.)

81. This point is not to pass unnoticed here. Fortunately — for the sake of the realization of justice in the light of the integrity of the obligations enshrined into the UN Convention against Torture — Mr. H. Habré did not escape from his house surveillance in Dakar, nor was he expelled from Senegal. The acknowledgment of the urgency of the situation was at last made by the ICJ: it underlies its present Judgment on the merits of the case, which it has just adopted today, 20 July 2012, wherein it determined that Senegal has breached Articles 6 (2) and 7 (1) of the UN Convention against Torture, and is under the duty to take "without further delay" the necessary measures to submit the case against Mr. H. Habré to its competent authorities for the purpose of prosecution (Judgment, para. 121, and resolutory point 6 of the *dispositif*).

#### IX. THE ABSOLUTE PROHIBITION OF TORTURE IN THE REALM OF *JUS COGENS*

82. The victims' everlasting ordeal in their quest for the realization of justice in the present case becomes even more regrettable if one bears in mind that the invocation of the relevant provisions of the UN Convention against Torture (Arts. 5-7) in the present case takes place in connec-



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.

Je songe par exemple aux délais prolongés apparemment dus aux frais importants qu'entraînerait la tenue du procès de M. 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 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.

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.

.....

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*.» (C.I.J. Recueil 2009, p. 193-195, par. 80, 82-84 et 88.)

81. Cela mérite d'être rappelé ici. Fort heureusement — du point de vue de la réalisation de la justice à l'aune du respect des obligations consacrées dans la convention des Nations Unies contre la torture —, Hissène Habré ne s'est pas enfui de sa résidence surveillée à Dakar, et n'a pas davantage été expulsé du Sénégal. La Cour, quant à elle, a enfin reconnu l'urgence de la situation, puisque cette reconnaissance sous-tend les conclusions énoncées dans le présent arrêt, selon lesquelles le Sénégal a violé l'article 6, paragraphe 2, et l'article 7, paragraphe 1, de la convention des Nations Unies contre la torture et est tenu de prendre, «sans autre délai», les mesures nécessaires en vue de soumettre le cas de M. Hissène Habré à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale (arrêt, par. 121 et point 6 du dispositif).

#### IX. L'INTERDICTION ABSOLUE DE LA TORTURE DANS LE CADRE DU *JUS COGENS*

82. L'interminable calvaire enduré par les victimes dans leur quête de réalisation de la justice en la présente espèce apparaît encore plus regrettable si l'on considère que les dispositions de la convention des Nations Unies contre la torture pertinentes en la présente espèce



tion with the absolute prohibition of torture, a prohibition which brings us into the domain of *jus cogens*. One would have thought that, in face of such an absolute prohibition, the *justiciables* would hardly face so many obstacles in their search for the realization of justice. This would be so in a world where justice prevailed, which is not ours. The time of human justice is not the time of human beings; ours is a world where one has to learn soon how to live with the surrounding irrationality, in order perhaps to live a bit longer.

### 1. *The International Legal Regime against Torture*

83. Yet, despite of the difficulties that have arisen in the *cas d'espèce*, the truth is that there is today an international legal regime of absolute prohibition of all forms of torture, both physical and psychological, a prohibition which falls under the domain of *jus cogens*. Such international legal regime has found judicial recognition; thus, in the case of *Cantoral Benavides v. Peru* (merits, judgment of 18 August 2000), for example, the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) stated that "a true international legal regime has been established of absolute prohibition of all forms of torture" (para. 103).

84. Such absolute prohibition of torture finds expression at both *normative* and *jurisprudential* levels. The basic principle of humanity, rooted in the human conscience, has arisen and stood against torture. In effect, in our times, the *jus cogens* prohibition of torture emanates ultimately from the universal juridical conscience, and finds expression in the *corpus juris gentium*. Torture is thus clearly prohibited, as a grave violation of the international law of human rights and of international humanitarian law, as well as of international criminal law. There is here a normative convergence to this effect; this is a definitive achievement of civilization, one that admits no regression.

85. In the domain of the international law of human rights, the international legal regime of absolute prohibition of torture encompasses the United Nations Convention (of 1984, and its Protocol of 2002) and the Inter-American (1985) and European (1987) Conventions against Torture, in addition to the Special Rapporteur against Torture (since 1985) of the former UN Human Rights Commission (HRC) and the Working Group on Arbitrary Detention (since 1991) also of the former HRC (which pays special attention to the *prevention* of torture)<sup>69</sup>. The three aforementioned co-existing Conventions to combat torture are basically complementary *ratione materiae*<sup>70</sup>. Moreover, in the domain of international criminal

<sup>69</sup> In addition to these mechanisms, there is the United Nations Voluntary Contributions Fund for Victims of Torture (since 1983).

<sup>70</sup> Cf., in this regard, A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Vol. II, Porto Alegre/Brazil, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 345-352.

(articles 5-7) ont trait à l'interdiction absolue de la torture, interdiction qui nous fait entrer dans le domaine du *jus cogens*. On aurait pu penser que, face à pareille interdiction, les justiciables ne devraient pas avoir à faire face à tant d'obstacles dans leur quête de réalisation de la justice. Il en irait ainsi dans un monde où la justice prévaudrait, mais tel n'est pas celui dans lequel nous vivons. Le temps de la justice des hommes n'est pas le temps des êtres humains; dans le monde qui est le nôtre, chacun se voit très vite contraint de s'accommoder de l'irrationalité qui y prévaut, dans l'espoir d'y prolonger quelque peu son passage.

### 1. Le régime juridique international de lutte contre la torture

83. En dépit des difficultés survenues dans le cas d'espèce, le fait est qu'il existe aujourd'hui un régime juridique international d'interdiction absolue de toutes les formes de torture, tant physiques que psychiques, interdiction qui relève du domaine du *jus cogens*. Ce régime juridique international a été consacré sur le plan judiciaire; ainsi, en l'affaire *Cantoral Benavides c. Pérou* (arrêt au fond du 18 août 2000), la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIADH) a déclaré qu'«un véritable régime juridique international d'interdiction de toutes les formes de torture a[avait] été établi» (par. 103).

84. Cette interdiction absolue de la torture trouve son expression sur les plans tant *normatif* que *jurisprudentiel*. C'est le principe fondamental d'humanité, tel qu'enraciné dans la conscience humaine, qui s'est fait jour et s'est élevé contre la torture. De fait, l'interdiction de la torture, en tant que *jus cogens*, émane aujourd'hui, en dernière analyse, de la conscience juridique universelle et trouve son expression dans le *corpus juris gentium*. La torture est donc clairement interdite en tant que violation grave du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire, ainsi que du droit pénal international. Il existe, en la matière, une convergence normative; il s'agit donc d'une avancée définitive de notre civilisation, qui ne souffre aucun retour en arrière.

85. Dans le domaine du droit international des droits de l'homme, le régime juridique international de l'interdiction absolue de la torture comprend la convention des Nations Unies (de 1984, et son protocole de 2002) ainsi que les conventions interaméricaine (1985) et européenne (1987) contre la torture, auxquelles s'ajoutent le rapporteur spécial sur la torture (depuis 1985) de l'ancienne Commission des droits de l'homme des Nations Unies (CDH) et le Groupe de travail sur la détention arbitraire (depuis 1991), lui aussi de l'ancienne CDH (qui s'attache particulièrement à la *prévention* de la torture)<sup>69</sup>. Les trois conventions précitées de lutte contre la torture sont foncièrement complémentaires *ratione materiae*<sup>70</sup>.

<sup>69</sup> A ce dispositif s'ajoute le Fonds de contributions volontaires des Nations Unies pour les victimes de la torture (depuis 1983).

<sup>70</sup> Voir, sur ce point, A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre/Brésil, S.A. Fabris Ed., 1999, p. 345-352.

law, Article 7 of the 1998 Rome Statute of the International Criminal Court (ICC) includes the crime of torture within the ICC's jurisdiction. Torture is in fact prohibited in any circumstances.

86. As the IACtHR rightly warned, in its judgments in the case of the *Gómez Paquiyauri Brothers v. Peru* (of 8 July 2004, paras. 111-112), as well as of *Tibi v. Ecuador* (of 7 September 2004, para. 143), and of *Baldeón García v. Peru* (of 6 April 2006, para. 117),

“The prohibition of torture is complete and non-revocable, even under the most difficult circumstances, such as war, ‘the struggle against terrorism’ and any other crimes, states of siege or of emergency, of civil commotion or domestic conflict, suspension of constitutional guarantees, domestic political instability, or other public disasters or emergencies.”

The IACtHR was quite clear in asserting, for example, in its judgment in the case of *Maritza Urrutia v. Guatemala* (of 27 November 2003, para. 92), and reiterating in its judgments in the cases of *Tibi v. Ecuador* (of 7 September 2004, para. 143), of the *Brothers Gómez Paquiyauri v. Peru* (of 8 July 2004, para. 112), and of *Baldeón García v. Peru* (of 6 April 2006, para. 117), that

“[t]here exists an international legal regime of absolute prohibition of all forms of torture, both physical and psychological, a regime which belongs today to the domain of *jus cogens*”.

87. Likewise, in the case of *Caesar v. Trinidad and Tobago* (judgment of 11 March 2005), the IACtHR found that the conditions of detention to which the complainant had been subjected (damaging his health — his physical, psychological and moral integrity) amount to an inhuman and degrading treatment, in breach of Article 5 (1) and (2) of the American Convention on Human Rights, which “enshrines precepts of *jus cogens*” (para. 100). And later on, in the case of *Goiburú et al. v. Paraguay* (judgment of 22 September 2006), the IACtHR reasserted the absolute prohibition of torture and enforced disappearance of persons, in the realm of *jus cogens*, and acknowledged the duty to fight impunity with regard to those grave violations (with the due investigation of the occurrences), so as to honour the memory of the victims and to guarantee the non-repetition of those facts (para. 93).

88. The IACtHR and the *ad hoc* International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) are the two contemporary international tribunals which have most contributed so far to the jurisprudential construction of the absolute prohibition of torture, in the realm of *jus cogens*<sup>71</sup>. For its part, the ICTY, in the same line of reasoning, held, in its

<sup>71</sup> Cf., recently, A. A. Cançado Trindade, “*Jus Cogens*: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case Law”, in *XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* — 2008, Washington D.C., General Secretariat of the OAS, 2009, pp. 3-29.

En outre, dans le domaine du droit pénal international, l'article 7 du Statut de Rome de 1998 de la Cour pénale internationale (CPI) prévoit que le crime de torture relève de la compétence de ladite Cour. La torture est, de fait, interdite en toutes circonstances.

86. Ainsi que la CIADH l'a rappelé à juste titre dans les décisions qu'elle a rendues dans les affaires *Frères Gómez Paquiyauri c. Pérou* (arrêt du 8 juillet 2004, par. 111-112), *Tibi c. Equateur* (arrêt du 7 septembre 2004, par. 143) et *Baldeón García c. Pérou* (arrêt du 6 avril 2006, par. 117),

«L'interdiction de la torture est totale et irrévocable, y compris dans les circonstances les plus délicates telles que la guerre, «la lutte contre le terrorisme» ou tout autre crime, l'état de siège ou l'état d'urgence, les désordres civils ou les conflits intérieurs, la suspension des garanties constitutionnelles, l'instabilité politique interne ou d'autres dangers pesant sur l'ordre public.»

La CIADH s'est prononcée de manière tout à fait claire en affirmant, par exemple dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *Maritza Urrutia c. Guatemala* (en date du 27 novembre 2003, par. 92), et en le réitérant dans les arrêts qu'elle a rendus dans les affaires *Tibi c. Equateur* (en date du 7 septembre 2004, par. 143), *Frères Gómez Paquiyauri c. Pérou* (en date du 8 juillet 2004, par. 112) et *Baldeón García c. Pérou* (en date du 6 avril 2006, par. 117), que

«il exist[ait] un régime juridique international d'interdiction absolue de toutes les formes de torture, tant physiques que psychiques, régime qui relev[ait] désormais du domaine du *jus cogens*».

87. De même, dans l'affaire *Caesar c. Trinité-et-Tobago* (arrêt du 11 mars 2005), la CIADH a estimé que les conditions de détention auxquelles avait été soumis le plaignant (qui avaient nui à sa santé, c'est-à-dire à son intégrité physique, psychique et morale) constituaient un traitement inhumain et dégradant, en violation de l'article 5, paragraphes 1 et 2, de la convention américaine relative aux droits de l'homme, qui «consacre les préceptes du *jus cogens*» (par. 100). Par la suite, dans l'affaire *Goiburú et autres c. Paraguay* (arrêt du 22 septembre 2006), la CIADH a réaffirmé l'interdiction absolue de la torture et des disparitions forcées de personnes, comme relevant du *jus cogens*, et reconnu l'obligation de lutter contre l'impunité en ce qui concerne ces violations graves (obligation assortie de l'enquête requise en vue de l'établissement des faits), de sorte à honorer la mémoire des victimes et de garantir la non-répétition de pareils faits (par. 93).

88. La CIADH et le Tribunal pénal international *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) sont les deux juridictions internationales contemporaines qui, à ce jour, ont le plus contribué à élaborer une jurisprudence relative à l'interdiction absolue de la torture en tant que règle de *jus cogens*<sup>71</sup>. Le TPIY a ainsi considéré, dans le jugement qu'il a rendu

<sup>71</sup> Voir, récemment, A. A. Cançado Trindade, «*Jus Cogens: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case Law*», dans *XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano — 2008*, Washington D.C., Secrétariat général de l'OEA, 2009, p. 3-29.

judgment (Trial Chamber, of 10 December 1998) in the *Furundžija* case, that torture is “prohibited by a peremptory norm of international law”, it is a prohibition of *jus cogens* (paras. 153 and 155). Likewise, in its judgment (Trial Chamber, of 16 November 1998) in the *Delalić et al.* case, the ICTY asserted that the prohibition of torture is of conventional and customary international law, and is a norm of *jus cogens* (paras. 453-454).

89. This view was reiterated by the ICTY in its judgment (Trial Chamber, of 22 February 2001) in the *Kunarac* case, wherein it stated that

“Torture is prohibited under both conventional and customary international law and it is prohibited both in times of peace and during an armed conflict. The prohibition can be said to constitute a norm of *jus cogens*.” (Para. 466.)

Other statements of the kind by the ICTY, as to the *jus cogens* prohibition of torture, are found in its judgment (Appeals Chamber, of 20 February 2001) in the *Delalić et al.* case (para. 172 and 225), as well as in its judgment (Trial Chamber, of 31 March 2003) in the *Naletilić et al.* case, wherein it affirmed that

“Various judgments of the Tribunal have considered charges of torture as a grave breach of the Geneva Conventions of 1949, a violation of the laws and customs of war and as a crime against humanity. The *Celebici* trial judgment stated that the prohibition of torture is a norm of customary international law and *jus cogens*.” (Para. 336.)

90. The *ad hoc* International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), in turn, contributed to the normative convergence of international human rights law and contemporary international criminal law as to the absolute prohibition of torture, in interpreting, in its decision (Chamber I) of 2 September 1998 in the case of *J.-P. Akayesu*, the term “torture” as set forth in Article 3 (*f*) of its Statute, in accordance with the definition of torture set forth in Article 1 (1) of the UN Convention against Torture, namely,

“any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act that he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity” (para. 681).

en l'affaire *Furundžija* (Chambre de première instance, 10 décembre 1998), que la torture était «prohibée par une norme impérative du droit international», et qu'il s'agissait donc d'une interdiction de *jus cogens* (par. 153 et 155). De même, dans son jugement en l'affaire *Delalić et autres* (Chambre de première instance, 16 novembre 1998), il a précisé que l'interdiction de la torture était une règle de droit international conventionnel et coutumier, et qu'elle constituait aussi une norme de *jus cogens* (par. 453-454).

89. Le TPIY a réaffirmé ces points dans le jugement qu'il a rendu en l'affaire *Kunarac* (Chambre de première instance, 22 février 2001), dans lequel il a affirmé ce qui suit :

«Le droit international, tant conventionnel que coutumier, interdit la torture en temps de paix comme de conflit armé. On peut dire que cette prohibition a valeur de *jus cogens*.» (Par. 466.)

D'autres prononcés similaires du TPIY concernant l'interdiction de la torture en tant que règle de *jus cogens* figurent dans l'arrêt qu'il a rendu en l'affaire *Delalić et autres* (Chambre d'appel, 20 février 2001, par. 172 et 225), ainsi que dans son jugement en l'affaire *Naletilić et autres* (Chambre de première instance, 31 mars 2003) :

«Dans plusieurs jugements, le Tribunal a eu à se prononcer sur des accusations de tortures assimilables à une infraction grave aux conventions de Genève de 1949, à une violation des lois ou coutumes de la guerre et à un crime contre l'humanité. Dans le jugement *Celebici*, la Chambre de première instance déclarait que l'interdiction de la torture était une norme du droit international coutumier et du *jus cogens*.» (Par. 336.)

90. Le Tribunal pénal international *ad hoc* pour le Rwanda (TPIR) a, lui aussi, contribué à la convergence normative du droit international des droits de l'homme et du droit pénal international contemporain en ce qui concerne l'interdiction absolue de la torture, en interprétant comme suit, dans sa décision (Chambre I) du 2 septembre 1998 en l'affaire *J. P. Akayesu*, le terme «torture» tel qu'il est mentionné à l'article 3 *f*) de son statut, au regard de la définition de la torture, consacrée à l'article 1, paragraphe 1, de la convention des Nations Unies contre la torture :

«tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite» (par. 681).

91. The European Court of Human Rights (ECHR), for its part, has also pronounced on the matter at issue, to the same effect. Thus, in its judgment (Grand Chamber) of 12 November 2008, on the *Demir and Baykara v. Turkey* case, it held that the prohibition of torture has “attained the status of a peremptory norm of international law, or *jus cogens*”, and added that this finding was “incorporated into its case law in this sphere” (para. 73). In a broader context, of prohibition of inhuman and degrading treatment (encompassing mental suffering), the reasoning developed by the ECHR in its judgment of 2 March 2010, in the *Al-Saadoon and Mufdhi v. United Kingdom* case, leaves room to infer an acknowledgment of a normative hierarchy in international law, giving pride of place to the norms that safeguard the dignity of the human person.

92. The aforementioned development conducive to the current absolute (*jus cogens*) prohibition of torture has taken place with the awareness of the horror and the inhumanity of the practice of torture. Testimonies of victims of torture — as in the proceedings of contemporary international human rights tribunals — give account of that. Even before the present era, some historical testimonies did the same. One such testimony — a penetrating one — is that of Jean Améry, himself a victim of torture. In his own words,

“( . . . ) torture is the most horrible event a human being can retain within himself. ( . . . ) 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 ( . . . ) 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. ( . . . ) The shame of destruction cannot be erased. Trust in the world, which already collapsed in part at the first blow, but in the end, under torture, fully will not be regained. ( . . . ) One who was martyred is a defenseless prisoner of fear. It is fear that henceforth reigns over him. Fear — and also what is called resentment. They remain ( . . . ).”<sup>72</sup>

93. The present Judgment of the ICJ in the case concerning *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* contributes decisively

<sup>72</sup> Jean Améry, *Par-delà le crime et le châtement*, Arles, Babel/Actes Sud, 2005 [reed.], pp. 61, 83-84, 92 and 94-96. And cf. Jean Améry, *At the Mind's Limits*, Bloomington, Indiana University Press, 1980 [reed.], pp. 22, 34 and 38-40.



91. La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) s'est elle aussi prononcée dans le même sens sur cette question. Ainsi, dans l'arrêt (Grande Chambre) du 12 novembre 2008 qu'elle a rendu en l'affaire *Demir et Baykara c. Turquie*, elle a constaté, en ce qui concerne l'interdiction de la torture, «l'existence d'une norme impérative de droit international ou *jus cogens*», et ajouté que cette constatation était «incorporée à sa jurisprudence dans ce domaine» (par. 73). Dans un contexte plus large, celui de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants (qui comprend la souffrance psychique), le raisonnement exposé par la CEDH dans son arrêt du 2 mars 2010 en l'affaire *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni* permet de conclure à la reconnaissance d'une hiérarchie normative en droit international, qui confère la primauté aux normes préservant la dignité de la personne humaine.

92. L'évolution susmentionnée, qui a conduit à l'interdiction absolue (*jus cogens*) de la torture, s'est produite en même temps que la prise de conscience de l'horreur et du caractère inhumain de la pratique de la torture. Les dépositions des victimes, telles qu'elles ont notamment été présentées devant les instances internationales contemporaines en matière de droits de l'homme, sont là pour en témoigner. Par le passé, certains témoignages avaient déjà joué le même rôle. L'un d'entre eux — particulièrement fort — nous est livré par Jean Améry, lui-même victime de torture. Selon ses propres termes,

«la torture est l'événement le plus effroyable qu'un homme puisse garder au fond de soi... 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. [C]elui qui vient de réchapper de la torture et dont la douleur se calme ... se sent gagné par une sorte de paix éphémère, propice à la réflexion... Si ce qui reste de l'expérience de la torture ne 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. L'outrage de l'anéantissement est indélébile. La confiance dans le monde qu'ébranle déjà le premier coup reçu et que la torture finit d'éteindre complètement est irrécupérable... Celui qui a été martyrisé est livré sans défense à l'angoisse. C'est elle qui dorénavant le mènera à la baguette de son sceptre. Elle — mais aussi ce qu'on appelle les ressentiments. Car ils demeurent.»<sup>72</sup>

93. Le présent arrêt rendu par la Cour en l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* apporte une contri-

<sup>72</sup> Jean Améry, *Par-delà le crime et le châtement*, Arles, Babel/Actes Sud, 2005 (rééd.), p. 61, 83-84, 92 et 94-96. Voir également Jean Améry, *At the Mind's Limits*, Bloomington, Indiana University Press, 1980 (rééd.), p. 22, 34 et 38-40.



to the consolidation of the international legal regime against torture. To this effect, the Court significantly states that

“In the Court’s opinion, the prohibition of torture is part of customary international law and it has become a peremptory norm (*jus cogens*).

That prohibition is grounded in a widespread international practice and on the *opinio juris* of States. It appears in numerous international instruments of universal application (in particular the Universal Declaration of Human Rights of 1948, the 1949 Geneva Conventions for the protection of war victims, the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966, General Assembly resolution 3452/30 of 9 December 1975 on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment), and it has been introduced into the domestic law of almost all States; finally, acts of torture are regularly denounced within national and international fora.” (Judgment, para. 99.)

94. One of the features of the present-day international legal regime against torture is the establishment of a mechanism of continuous monitoring of a *preventive* character. This is illustrated by the 2002 Optional Protocol of the 1984 UN Convention against Torture, as well as the preventive inspections under the 1987 European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Art. 2). In this regard, I deemed it fit to point out, in my concurring opinion in the case of *Maritza Urrutia v. Guatemala* (IACtHR, judgment of 27 November 2003), that such development has

“put an end to one of the remaining strongholds of State sovereignty, in permitting scrutiny of the *sancta sanctorum* of the State — its prisons and detention establishments, police stations, military prisons, detention centers for foreigners, psychiatric institutions, among others, — of its administrative practices and legislative measures, to determine their compatibility or not with the international standards of human rights. This has been achieved in the name of superior common values, consubstantiated in the prevalence of the fundamental rights inherent to the human person.” (Para. 11.)

## 2. *Fundamental Human Values Underlying that Prohibition*

95. Human conscience has awoken to the pressing need for decisively putting an end to the scourges of arbitrary detention and torture. The general principles of the law, and the fundamental human values underly-

bution décisive à la consolidation du régime juridique international de lutte contre la torture. A cet égard, la Cour affirme avec force ce qui suit :

«Selon la Cour, l'interdiction de la torture relève du droit international coutumier et elle a acquis le caractère de norme impérative (*jus cogens*).

Cette interdiction repose sur une pratique internationale élargie et sur l'*opinio juris* des Etats. Elle figure dans de nombreux instruments internationaux à vocation universelle (notamment la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948; les conventions de Genève pour la protection des victimes de guerre de 1949; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966; la résolution 3452/30 de l'Assemblée générale sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, en date du 9 décembre 1975), et elle a été introduite dans le droit interne de la quasi-totalité des Etats; enfin, les actes de torture sont dénoncés régulièrement au sein des instances nationales et internationales.» (Arrêt, par. 99.)

94. L'une des caractéristiques de l'actuel régime juridique international de lutte contre la torture est l'établissement d'un mécanisme permanent de surveillance de type *préventif*. Celui-ci trouve son expression dans le protocole facultatif de 2002 à la convention des Nations Unies contre la torture de 1984, ainsi que dans les inspections préventives menées en application de la convention européenne de 1987 pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (art. 2). A cet égard, j'ai jugé utile, dans mon opinion individuelle en l'affaire *Maritza Urrutia c. Guatemala* (CIADH, arrêt du 27 novembre 2003), de préciser que cette évolution avait

«éliminé l'un des derniers bastions de la souveraineté étatique, en permettant la surveillance des sanctuaires de l'Etat — notamment ses prisons et établissements pénitentiaires, postes de police, prisons militaires, centres de rétention pour étrangers et institutions psychiatriques —, ainsi que de ses pratiques administratives et mesures législatives, aux fins d'apprécier leur compatibilité avec les normes internationales en matière de droits de l'homme. Ce progrès a été réalisé au nom de valeurs communes supérieures, qui coexistent dans la prévalence des droits fondamentaux inhérents à la personne humaine.» (Par. 11.)

## *2. Les valeurs humaines fondamentales qui sous-tendent ladite interdiction*

95. La conscience humaine s'est éveillée à l'impérieuse nécessité de mettre définitivement fin aux fléaux que sont la détention arbitraire et la torture. Les principes généraux du droit, ainsi que les valeurs humaines fondamen-

ing them, play a quite significant and crucial role here. Such fundamental values have counted on judicial recognition in our times. Thus, the ECHR, for example, asserted, in the *Soering v. United Kingdom* case (judgment of 7 July 1989), that the absolute prohibition of torture (even in times of war and other national emergencies) expresses one of the “fundamental values of [contemporary] democratic societies” (para. 88). Subsequently, in the *Kalashnikov v. Russia* case (judgment of 15 July 2002), the ECHR stated that Article 3 of the European Convention on Human Rights

“enshrines one of the most fundamental values of democratic society. It prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the circumstances and the victim’s behaviour.” (Para. 95.)

96. In the *Selmouni v. France* case (judgment of 28 July 1999), the ECHR categorically reiterated that Article 3 of the European Convention

“enshrines one of the most fundamental values of democratic societies. Even in the most difficult circumstances, such as the fight against terrorism and organized crime, the Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment. Unlike most of the substantive clauses of the Convention and of Protocols Nos. 1 and 4, Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15 (2) even in the event of a public emergency threatening the life of the nation (. . .).” (Para. 95.)

In that same judgment, the European Court expressed its understanding that “the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies” (para. 101)<sup>73</sup>.

97. Like the ECHR, the IACtHR also singled out the fundamental human values underlying the absolute prohibition of torture. Thus, in the case of *Cantoral Benavides v. Peru* (merits, judgment of 18 August 2000), pondered that certain acts which were formerly classified as inhuman or degrading treatment should from now on be classified distinctly, as torture, given the “growing demands” for the protection of fundamental human rights (para. 99). This, in the understanding of the IACtHR, required a more vigorous response in facing “infractions to the basic values of democratic societies” (para. 99). In the *Cantoral Benavides* case, the IACtHR, with its reasoning, thus purported to address the consequences of the absolute prohibition of torture.

<sup>73</sup> In the *cas d’espèce*, the ECHR found the respondent State responsible for the torture inflicted on Selmouni (paras. 105-106). A similar line of reasoning can be found, e.g., in the judgment (of 7 September 2004) of the IACtHR in the case of *Tibi v. Ecuador* (para. 143), wherein it likewise found the respondent State responsible for the torture inflicted on the victim (para. 165).

tales qui les sous-tendent, jouent un rôle tout à fait crucial en la matière. Ces valeurs se sont récemment vu consacrer d'un point de vue juridique. Ainsi, la CEDH a indiqué, dans l'affaire *Soering c. Royaume-Uni* (arrêt du 7 juillet 1989), que l'interdiction absolue de la torture (même en temps de guerre et en cas d'autre danger national) consacrait l'une des «valeurs fondamentales des sociétés démocratiques [contemporaines]» (par. 88). Par la suite, dans l'affaire *Kalachnikov c. Russie* (arrêt du 15 juillet 2002), la CEDH a déclaré que l'article 3 de la convention européenne des droits de l'homme

«consacr[ait] l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. Il prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants, quels que soient les circonstances ou les agissements de la victime.» (Par. 95.)

96. Dans l'affaire *Selmouni c. France* (arrêt du 28 juillet 1999), la CEDH a catégoriquement réaffirmé que l'article 3 de la convention européenne

«consacr[ait] l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. Même dans les circonstances les plus difficiles, telle la lutte contre le terrorisme et le crime organisé, la convention prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants. L'article 3 ne prévoit pas de restrictions, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la convention et des protocoles n<sup>os</sup> 1 et 4, et d'après l'article 15, paragraphe 2, il ne souffre nulle dérogation, même en cas de danger public menaçant la vie de la nation.» (Par. 95.)

Dans ce même arrêt, la Cour européenne a dit estimer que «le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales impliqu[ait], parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques» (par. 101)<sup>73</sup>.

97. A l'instar de la CEDH, la CIADH a elle aussi mis l'accent sur les valeurs humaines fondamentales qui sous-tendent l'interdiction absolue de la torture. Ainsi, dans l'affaire *Cantoral Benavides c. Pérou* (fond, arrêt du 18 août 2000), elle a jugé que certains actes auparavant qualifiés de traitement inhumain ou dégradant devaient dorénavant être qualifiés d'actes de torture à part entière, et ce, en raison des «exigences croissantes» en matière de protection des droits fondamentaux de la personne (par. 99). Selon la CIADH, cela exigeait une plus grande fermeté dans la réponse apportée aux «atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques» (par. 99). Dans ladite affaire, la CIADH a donc, par son raisonnement, entendu s'attacher aux conséquences de l'interdiction absolue de la torture.

<sup>73</sup> Dans cette affaire, la CEDH a jugé que l'Etat défendeur était responsable des actes de torture infligés à Selmouni (par. 105-106). Un raisonnement semblable ressort, par exemple, de l'arrêt du 7 septembre 2004 de la CIADH en l'affaire *Tibi c. Equateur* (par. 143), dans lequel la Cour a, de la même manière, considéré que l'Etat défendeur était responsable des actes de torture infligés à la victime (par. 165).

98. In effect, the practice of torture, in all its perversion, is not limited to the physical injuries inflicted on the victim; it seeks to annihilate the victim's identity and integrity. It causes chronic psychological disturbances that continue indefinitely, making the victim unable to continue living normally as before. Expert opinions rendered before international tribunals consistently indicate that torture aggravates the victim's vulnerability, causing nightmares, loss of trust in others, hypertension, and depression; a person tortured in prison or detention loses the spatial dimension and even that of time itself<sup>74</sup>.

99. As to the devastating consequences of the (prohibited) practice of torture, and the irreparable damage caused by it, I pondered, in my separate opinion in the case *Tibi v. Ecuador* (IACtHR, judgment of 7 September 2004), that

“[f]urthermore, the practice of torture (whether to obtain a confession or information or to cause social fear) generates a disintegrating emotional burden that is transmitted to the next of kin of the victim, who in turn project it toward the persons they live with. The widespread practice of torture, even though it takes place within jails, ultimately contaminates all the social fabric. The practice of torture has sequels not only for its victims, but also for broad sectors of the social milieu affected by it. Torture generates psychosocial damage and, under certain circumstances, it can lead to actual social breakdown. (. . .)

The practice of torture is a hellish threat to civilization itself. One of the infallible criteria of civilization is precisely the treatment given by public authorities of any country to detainees or incarcerated persons. F. M. Dostoyevsky warned about this in his aforementioned *Memoirs from the House of the Dead* (1862); for him, the degree of civilization attained by any social milieu can be assessed by entering its jails and detention centers<sup>75</sup>. Torture is an especially grave violation of human rights because, in its various forms, its ultimate objective is to annul the very identity and personality of the victim, undermining his or her physical or mental resistance; thus, it treats the victim as a ‘mere means’ (in general to obtain a confession), flagrantly violating the basic principle of the dignity of the human person (which expresses the Kantian concept of the human being as an ‘end in himself’), degrading him, in a perverse and cruel manner<sup>76</sup>, and causing him truly irreparable damage.” (Paras. 22 and 24.)

<sup>74</sup> IACtHR, case *Tibi v. Ecuador* (judgment of 7 September 2004), separate opinion of Judge Cançado Trindade, para. 21.

<sup>75</sup> Cf. F. M. Dostoyevsky, *Souvenirs de la maison des morts* [1862], Paris, Gallimard, 1977 (reed.), pp. 35-416.

<sup>76</sup> J. L. de la Cuesta Arzamendi, *El Delito de Tortura*, Barcelona, Bosch, 1990, pp. 27-28 and 70.

98. De fait, la pratique de la torture, dans toute sa perversion, ne se limite pas aux blessures physiques infligées à la victime; elle vise également à annihiler l'identité et l'intégrité de celle-ci. Elle cause des troubles psychologiques chroniques irrémédiables, qui rendent la victime incapable de reprendre une vie normale. Tous les experts ayant déposé devant les tribunaux internationaux ont précisé que la torture aggravait la vulnérabilité de la victime en provoquant cauchemars, perte de confiance en autrui, hypertension et dépression; une personne ayant subi la torture en prison ou dans d'autres lieux de détention perd le sens de l'espace, voire la notion du temps<sup>74</sup>.

99. Au sujet des conséquences dévastatrices de la pratique (interdite) de la torture, et du préjudice irréparable que celle-ci entraîne, j'ai indiqué, dans mon opinion individuelle en l'affaire *Tibi c. Equateur* (CIADH, arrêt du 7 septembre 2004), que,

«de surcroît, la pratique de la torture (que ce soit pour obtenir des aveux ou des renseignements ou pour susciter la phobie sociale) gén[érait] une charge émotionnelle destructrice, laquelle se transmet aux proches de la victime qui, à leur tour, la projettent sur les personnes avec lesquelles ils vivent. La pratique répandue de la torture, même si elle se déroule en milieu carcéral, contamine, à terme, le tissu social dans son ensemble. Elle laisse des séquelles non seulement chez les victimes, mais marque également des pans entiers du milieu social dans lequel elle s'est déroulée. La torture entraîne des dommages psycho-sociaux et, dans certaines circonstances, peut entraîner une véritable fracture sociale...

La pratique de la torture constitue une menace épouvantable pour la civilisation elle-même. En ce sens, la manière dont les pouvoirs publics de tous les pays traitent les détenus ou les personnes incarcérées est précisément l'un des critères infaillibles permettant de mesurer le degré de civilisation. Fedor Mikhaïlovitch Dostoïevski l'a d'ailleurs souligné dans son ouvrage précité, *Souvenirs de la maison des morts* (1862); selon lui, on peut juger du degré de civilisation de tout milieu social en visitant ses prisons et centres de détention<sup>75</sup>. La torture constitue une violation particulièrement grave des droits de l'homme car, sous ses diverses formes, elle a pour objectif ultime d'annuler l'identité et la personnalité mêmes de la victime, en sapant sa résistance physique ou mentale; la victime est donc traitée comme un «simple moyen» (d'obtenir des aveux, généralement), en violation flagrante du principe fondamental de la dignité de la personne humaine (qui exprime la notion kantienne de l'être humain comme une «fin en soi»), dégradant cette personne de manière perverse et cruelle<sup>76</sup>, et lui causant un préjudice réellement irréparable.» (Par. 22 et 24.)

<sup>74</sup> CIADH, affaire *Tibi c. Equateur*, arrêt du 7 septembre 2004, opinion individuelle du juge Cançado Trindade, par. 21.

<sup>75</sup> Voir F. M. Dostoïevski, *Souvenirs de la maison des morts* [1862], Paris, Gallimard, 1977 (rééd.), p. 35-416.

<sup>76</sup> J. L. de la Cuesta Arzamendi, *El Delito de Tortura*, Barcelone, Bosch, 1990, p. 27-28 et 70.

100. For its part, the ICTY stated, in the aforementioned 1998 judgment in the *Furundžija* case, that

“Clearly, the *jus cogens* nature of the prohibition against torture articulates the notion that the prohibition has now become one of the most fundamental standards of the international community. Furthermore, this prohibition is designed to produce a deterrent effect, in that it signals to all members of the international community and the individuals over whom they wield authority that the prohibition of torture is an absolute value from which nobody must deviate.” (Para. 154.)

101. Another pertinent decision of the ICTY disclosing the close attention it dispensed to fundamental human values is its judgment (Trial Chamber II, of 17 October 2002) in the *Simić* case, wherein, in singling out the “substantial gravity” of torture, it pondered that

“[t]he right not to be subjected to torture is recognized in customary and conventional international law and as a norm of *jus cogens*. It cannot be tolerated. It is an absolute assault on the personal human dignity, security and mental being of the victims. As noted in *Krnjelac*, torture ‘constitutes one of the most serious attacks upon a person’s mental or physical integrity. The purpose and the seriousness of the attack upon the victim sets torture apart from other forms of mistreatment’.” (Para. 34.)

102. One decade ago, within the IACtHR, I upheld the view, which I reiterate herein, that *jus cogens* is not a closed juridical category, but rather one that evolves and expands<sup>77</sup>. An ineluctable consequence of the assertion and the very existence of *peremptory* norms of international law is their not being limited to the conventional norms, to the law of treaties, and their encompassing every and any juridical act, and extending themselves to general international law. *Jus cogens* being, in my understanding, an open category, it expands itself in response to the necessity to protect the rights inherent to each human being in every and any situation. The absolute prohibition of the practices of torture, of forced disappearance of persons, and of summary and extra-legal executions, leads us decidedly into the realm of the international *jus cogens*<sup>78</sup>. It is in the domain of international responsibility that *jus cogens* reveals its wide and profound dimension, encompassing all juridical acts (including the unilateral ones), and having an incidence — even beyond that — on the very *foundations* of a truly universal international law<sup>79</sup>.

<sup>77</sup> IACtHR, advisory opinion No. 18 (of 17 September 2003), on the *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*, concurring opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 65-73.

<sup>78</sup> *Ibid.*, paras. 68-69.

<sup>79</sup> *Ibid.*, para. 70.



100. Dans son jugement précité de 1998 en l'affaire *Furundžija*, le TPIY a, quant à lui, affirmé ce qui suit :

« Clairement, la valeur de *jus cogens* de l'interdiction de la torture rend compte de l'idée que celle-ci est désormais l'une des normes les plus fondamentales de la communauté internationale. En outre, cette interdiction doit avoir un effet de dissuasion en ce sens qu'elle rappelle à tous les membres de la communauté internationale et aux individus sur lesquels ils ont autorité qu'il s'agit là d'une valeur absolue que nul ne peut transgresser. » (Par. 154.)

101. Le jugement rendu par le TPIY (Chambre de première instance II, 17 octobre 2002) dans l'affaire *Simić* constitue une autre décision pertinente à cet égard, puisqu'il révèle l'attention particulière que le tribunal a accordée aux valeurs humaines fondamentales. Soulignant le caractère « très grave » de la torture, celui-ci a ainsi précisé que

« [Le] droit de ne pas subir des tortures [était] reconnu par le droit international coutumier ou conventionnel, où il a valeur de *jus cogens*. La torture ne peut être tolérée. Elle constitue une atteinte fondamentale à la dignité humaine, à la sécurité, et à l'intégrité mentale des victimes. Comme il a été dit dans *Krnjelac*, la torture « constitue l'une des atteintes les plus graves à l'intégrité physique ou mentale d'une personne. Le but et la gravité de l'atteinte portée à l'intégrité de la personne distinguent la torture des autres formes de mauvais traitements ». » (Par. 34.)

102. Dix ans auparavant, au sein de la CIADH, j'avais défendu la position, que je réitère dans la présente opinion, selon laquelle le *jus cogens* constitue non pas une catégorie juridique fermée mais, au contraire, une catégorie qui évolue et s'étend<sup>77</sup>. De l'affirmation et de l'existence même de normes *impératives* de droit international découle nécessairement que celles-ci ne se limitent pas aux normes conventionnelles, au droit des traités, mais englobent tout acte juridique, quel qu'il soit, et s'étendent au droit international général. Le *jus cogens* constituant, à mon sens, une catégorie ouverte, il ne cesse de croître en réponse à la nécessité de protéger les droits inhérents à chaque être humain, et ce, en toute situation. L'interdiction absolue des pratiques de torture ou de disparition forcée de personnes, ainsi que des exécutions sommaires ou extrajudiciaires, nous fait résolument entrer dans le domaine du *jus cogens*<sup>78</sup> international. C'est sous l'angle de la responsabilité internationale que le *jus cogens* révèle sa vaste et profonde dimension, qui englobe l'ensemble des actes juridiques (y compris les actes unilatéraux) et, de surcroît, a une incidence sur les *fondements* mêmes d'un droit international réellement universel<sup>79</sup>.

<sup>77</sup> CIADH, *Le statut juridique et les droits des migrants sans papiers*, avis consultatif n° 18 du 17 septembre 2003, opinion individuelle du juge Cançado Trindade, par. 65-73.

<sup>78</sup> *Ibid.*, par. 68-69.

<sup>79</sup> *Ibid.*, par. 70.

103. Jurisprudence of distinct international tribunals is, thus, perfectly clear in stating the reaction of *ratione materiae* law, regarding absolute prohibition of torture, in all its forms, under any and all circumstances, a prohibition that, in our days, falls under international *jus cogens*, with all its juridical consequences for the States responsible. In rightly doing so, it has remained attentive to the underlying fundamental human values that have inspired and guided it. This is a development which cannot be overlooked, and is to continue, in our days.

#### X. OBLIGATIONS *ERGA OMNES PARTES* UNDER THE UN CONVENTION AGAINST TORTURE

104. The CAT sets forth the absolute prohibition of torture, belonging to the domain of *jus cogens* (*supra*). Obligations *erga omnes partes* ensue therefrom. Significantly, this has been expressly acknowledged by the two contending Parties, Belgium and Senegal, in the proceedings before the Court. They have done so in response to a question I put to them, in the public sitting of the Court of 8 April 2009, at the earlier stage of provisional measures of protection in the *cas d'espèce*. The question I deemed it fit to put to both of them was as follows:

“Dans ces audiences publiques il y a eu des références expresses de la part de deux délégations aux droits des Etats ainsi qu’aux droits des individus. J’ai alors une question à poser aux deux Parties. Je la poserai en anglais pour maintenir l’équilibre linguistique de la Cour. La question est la suivante: For the purposes of a proper understanding of the *rights* to be preserved (under Article 41 of the Statute of the Court), are there rights corresponding to the obligations set forth in Article 7, paragraph 1, in combination with Article 5, paragraph 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?”<sup>80</sup>.

105. In response to my question, Belgium began by recalling the obligation to prosecute or extradite, incumbent upon States parties to the CAT, under Articles 5 (2) and 7 (1), and pointing out that “where there is an obligation of one State to other States, those States have a corresponding right to performance of that obligation”<sup>81</sup>.

<sup>80</sup> CR 2009/11, of 8 April 2009, p. 25.

<sup>81</sup> Response of Belgium to the Question Put by Judge Cançado Trindade at the End of the Public Sitting of 8 April 2009, doc. BS 2009/15, of 15 April 2009, p. 2, paras. 4-5.

103. Les différentes juridictions internationales ont donc très clairement précisé, par leurs décisions, l'évolution *ratione materiae* du droit en ce qui concerne l'interdiction absolue de la torture, sous toutes ses formes et en toutes circonstances, interdiction qui, désormais, relève du *jus cogens* international, avec toutes les conséquences juridiques qui en découlent pour les Etats responsables. En agissant ainsi, à juste titre, ces juridictions sont restées attentives aux valeurs humaines fondamentales sous-jacentes, qui les ont inspirées et guidées. Il s'agit là d'une évolution qu'on ne saurait ignorer, et qui est appelée à se poursuivre.

#### X. LES OBLIGATIONS *ERGA OMNES PARTES* AU REGARD DE LA CONVENTION DES NATIONS UNIES CONTRE LA TORTURE

104. La convention contre la torture consacre l'interdiction absolue de cette pratique, interdiction qui relève du domaine du *jus cogens* (*supra*). De cette interdiction découlent des obligations *erga omnes partes*. Chose notable, les deux Parties — la Belgique et le Sénégal — l'ont expressément reconnu devant la Cour. Elles l'ont fait en réponse à une question que je leur ai posée lors de l'audience publique du 8 avril 2009, au stade de l'examen des mesures conservatoires en l'espèce. La question que j'ai jugé utile de poser aux deux Parties était la suivante :

« Dans ces audiences publiques, il y a eu des références expresses de la part de deux délégations aux droits des Etats ainsi qu'aux droits des individus. J'ai alors une question à poser aux deux Parties. Je la poserai en anglais pour maintenir l'équilibre linguistique de la Cour. La question est la suivante: 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 à l'article 7, paragraphe 1, lu conjointement avec l'article 5, paragraphe 2, 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? »<sup>80</sup>

105. En réponse à ma question, la Belgique a commencé par rappeler l'obligation de poursuivre ou d'extrader, qui incombe aux Etats parties à la convention contre la torture, en application des articles 5, paragraphe 2, et 7, paragraphe 1, dudit instrument, soulignant qu'« à l'obligation d'un Etat envers d'autres Etats correspond[ait] le droit de ces Etats au respect de cette obligation »<sup>81</sup>.

<sup>80</sup> CR 2009/11, 8 avril 2009, p. 25.

<sup>81</sup> Réponse de la Belgique à la question posée par M. le juge Cançado Trindade au terme de l'audience du 8 avril 2009, BS 2009/15, 15 avril 2009, p. 2, par. 4-5.

The obligation set out in Articles 5 (2) and 7 (1) “gives rise to a correlative right” (of States parties) to secure compliance with it<sup>82</sup>. This right, Belgium proceeded, has a “conventional character”, being founded on a treaty, and “[t]he rule *pacta sunt servanda* applies in this respect”<sup>83</sup>.

106. Thus, it went on, all States parties to the CAT are entitled to seek ensuring compliance with the conventional obligations, in accordance with the rule *pacta sunt servanda*, undertaken by each State party in relation to all other States parties to the CAT<sup>84</sup>. Belgium then added:

“In the case *Goiburú et al. v. Paraguay* [2006], the Inter-American Court of Human Rights observed that all the States parties to the American Convention on Human Rights should collaborate in good faith in the obligation to extradite or prosecute the perpetrators of crimes relating to human rights; it is interesting to note that, in order to illustrate this obligation, the Court refers to the 1984 Convention (. . .):

“The Court therefore deems it pertinent to declare that the States parties to the Convention should collaborate with each other to eliminate the impunity of the violations committed in this case, by the prosecution and, if applicable, the punishment of those responsible. Furthermore, based on these principles, a State cannot grant direct or indirect protection to those accused of crimes against human rights by the undue application of legal mechanisms that jeopardize the pertinent international obligations. Consequently, the mechanisms of collective guarantee established in the American Convention, together with the regional and universal international obligations on this issue, bind the States of the region to collaborate in good faith in this respect, either by conceding extradition or prosecuting those responsible for the facts of this case on their territory.”<sup>85</sup>

In sum — as Belgium put it — the rights set forth in the 1984 UN Convention against Torture “are therefore opposable to *all* the States parties to that Convention”<sup>86</sup>.

---

<sup>82</sup> Response of Belgium to the Question Put by Judge Cañado Trindade at the End of the Public Sitting of 8 April 2009, doc. BS 2009/15, of 15 April 2009, p. 2, para. 7.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 3, para. 8.

<sup>84</sup> *Ibid.*, para. 11.

<sup>85</sup> Inter-American Court of Human Rights, judgment of 22 September 2006, para. 132, and in particular note 87, which provides a full list of the relevant universal instruments, including the 1984 Convention; cf. also the separate opinion of Judge Cañado Trindade, paras. 67-68.

<sup>86</sup> Response of Belgium to the Question..., *op. cit. supra* note 81, p. 5, para. 14.

L'obligation énoncée aux articles 5, paragraphe 2, et 7, paragraphe 1, « engendre un droit corrélatif » (des Etats parties) d'en garantir le respect<sup>82</sup>. Ce droit, a poursuivi la Belgique, revêt un « caractère conventionnel », puisqu'il est fondé sur un traité, et « [l]a règle *pacta sunt servanda* s'y applique »<sup>83</sup>.

106. Dès lors, selon la Belgique, tous les Etats parties à la convention contre la torture sont fondés à veiller au respect des obligations conventionnelles — conformément à la règle *pacta sunt servanda* —, auxquelles chacun d'entre eux s'est engagé à satisfaire, à l'égard de tous les autres<sup>84</sup>. Et la Belgique d'ajouter :

« Dans l'affaire *Goiburú et autres c. Paraguay* [2006], la Cour interaméricaine des droits de l'homme a observé que tous les Etats parties à la convention américaine des droits de l'homme devraient collaborer de bonne foi à l'obligation d'extrader ou de poursuivre les auteurs de crimes portant sur les droits de l'homme ; il est intéressant de constater que, pour illustrer cette obligation, la Cour se réfère à la convention de 1984 :

« Par conséquent, la Cour juge utile de préciser que les Etats parties devraient collaborer pour mettre fin à l'impunité en ce qui concerne les violations commises en l'espèce, en poursuivant et, le cas échéant, en punissant les responsables. Partant de ce principe, un Etat ne saurait protéger, directement ou indirectement, des personnes accusées de violations des droits de l'homme en appliquant de manière indue des mécanismes juridiques qui vont à l'encontre des obligations internationales pertinentes. Les mécanismes de garantie collective établis par la convention américaine, conjointement avec les obligations internationales régionales et universelles en la matière, imposent donc aux Etats de la région de collaborer de bonne foi, soit en acceptant d'extrader, soit en poursuivant sur leur territoire les auteurs des faits mis en cause dans la présente affaire. »<sup>85</sup>

En somme — comme la Belgique l'a affirmé —, les droits énoncés dans la convention des Nations Unies contre la torture de 1984 « sont donc opposables à *tous* les Etats parties à cette convention »<sup>86</sup>.

<sup>82</sup> Réponse de la Belgique à la question posée par M. le juge Cançado Trindade au terme de l'audience du 8 avril 2009, BS 2009/15, 15 avril 2009, p. 2, par. 7.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 3, par. 8.

<sup>84</sup> *Ibid.*, par. 11.

<sup>85</sup> Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 22 septembre 2006, par. 132, et en particulier la note n° 87, dans laquelle figure une liste exhaustive des instruments universels pertinents, y compris la convention de 1984 ; voir également l'opinion individuelle du juge Cançado Trindade, par. 67-68.

<sup>86</sup> Réponse de la Belgique à la question..., *op. cit. supra* note 81, p. 5, par. 14.

107. For its part, Senegal began its response to my question by likewise recalling the obligation to prosecute or extradite under Articles 5 (2) and 7 (1) of the CAT<sup>87</sup>, and added:

“The *nature* of the international obligation to prohibit torture has undergone a major change. From being a conventional obligation of relative effect, it has had an *erga omnes* effect attributed to it.”<sup>88</sup>

Senegal then expressly acknowledged “the existence of indivisible obligations *erga omnes*”, as restated by the ICJ on a number of occasions from 1970 onwards<sup>89</sup>. Next, Senegal reckoned that States parties to the CAT have “the right to secure compliance with the obligation” set forth in Articles 5 (2) and 7 (1)<sup>90</sup>.

108. From the responses given by Belgium and Senegal to my question, it is clear that they both share a proper understanding of the *nature* of the obligations incumbent upon them under the CAT. Such obligations grow in importance in face of the *gravity* of breaches (*infra*) of the absolute prohibition of torture. They conform the *collective guarantee* of the rights protected thereunder. If those breaches are followed by the perpetrators’ impunity, this latter, instead of covering them up, adds further gravity to the wrongful situation: to the original breaches (the acts of torture), the subsequent victims’ lack of access to justice (denial of justice) constitutes an additional violation of the protected rights. For years, within the IACtHR, I insisted on the jurisprudential construction of the material expansion of *jus cogens* and the corresponding obligations *erga omnes* of protection, in their two dimensions, the horizontal (vis-à-vis the international community as a whole) as well as the vertical (projection into the domestic law regulation of relations mainly between the individuals and the public power of the State)<sup>91</sup>; I now reiterate my position in the present case concerning *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*, decided today by the ICJ.

<sup>87</sup> Response of Senegal to the Question Put by Judge Cançado Trindade at the End of the Public Sitting of 8 April 2009, doc. BS 2009/16, of 15 April 2009, p. 1, para. 1.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 1, para. 2.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 2, paras. 3-4.

<sup>90</sup> *Ibid.*, paras. 5-6.

<sup>91</sup> Cf., in this sense, IACtHR, case *La Cantuta v. Peru* (judgment of 29 November 2006), separate opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 51 and 60.

107. Le Sénégal, quant à lui, a commencé par répondre à ma question en rappelant, à son tour, l'obligation de poursuivre ou d'extrader, en application des articles 5, paragraphe 2, et 7, paragraphe 1, de la convention contre la torture<sup>87</sup>, et a ajouté ce qui suit :

« La *nature* de l'obligation internationale d'interdiction de la torture a connu une mutation importante. D'une nature conventionnelle à effet relatif, l'obligation s'est vu attacher un effet *erga omnes*. »<sup>88</sup>

Le Sénégal a ensuite expressément reconnu « [l']existence d'obligations indivisibles *erga omnes* », ainsi que la Cour l'a réaffirmé à maintes reprises depuis 1970<sup>89</sup>, reconnaissant en outre que les Etats parties à la convention contre la torture disposaient du « droit de faire respecter l'obligation » énoncée aux articles 5, paragraphe 2, et 7, paragraphe 1<sup>90</sup>.

108. Au vu des réponses que la Belgique et le Sénégal ont apportées à ma question, il apparaît clairement que les deux Etats comprennent fort bien la *nature* des obligations qui leur incombent au titre de la convention contre la torture. L'importance de ces obligations s'accroît en fonction de la *gravité* des violations de l'interdiction absolue de la torture (voir *infra*). Ce sont ces obligations qui forment la *garantie collective* des droits protégés par ladite convention. Si les auteurs de manquements à ces obligations demeurent impunis, cette impunité non seulement ne couvre pas lesdits manquements, mais accroît la gravité de la situation illicite : le défaut d'accès des victimes à la justice (déni de justice) qui résulte de pareille impunité constitue une violation supplémentaire des droits protégés, laquelle vient s'ajouter aux violations initiales (les actes de torture). Pendant des années, au sein de la CIADH, j'ai ainsi insisté sur la concrétisation jurisprudentielle du développement matériel du *jus cogens* et des obligations *erga omnes* de protection correspondantes, et ce, dans leurs deux dimensions, horizontale (vis-à-vis de la communauté internationale dans son ensemble) et verticale (par transposition dans le droit interne régissant pour l'essentiel les relations entre les individus et les pouvoirs publics)<sup>91</sup>. La présente affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, en laquelle la Cour s'est prononcée, est pour moi l'occasion de réaffirmer ma position.

<sup>87</sup> Réponse du Sénégal à la question posée par M. le juge Cançado Trindade au terme de l'audience du 8 avril 2009, BS 2009/16, 15 avril 2009, p. 1, par. 1.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 1, par. 2.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 2, par. 3-4.

<sup>90</sup> *Ibid.*, par. 5-6.

<sup>91</sup> Voir en ce sens CIADH, *La Cantuta c. Pérou*, arrêt du 29 novembre 2006, opinion individuelle du juge Cançado Trindade, par. 51 et 60.



XI. THE GRAVITY OF THE HUMAN RIGHTS VIOLATIONS  
AND THE COMPELLING STRUGGLE AGAINST IMPUNITY

*1. Human Cruelty at the Threshold of Gravity*

109. In effect, in addition to its horizontal expansion, *jus cogens* also projects itself on a vertical dimension, i.e., that of the interaction between the international and national legal systems in the current domain of protection (*supra*). The effect of *jus cogens*, on this second (vertical) dimension, is to invalidate any and all legislative, administrative or judicial measures that, under the States' domestic law, attempt to authorize or tolerate torture<sup>92</sup>. The absolute prohibition of torture, as a reaction of *ratione materiae* law as here envisaged, in both the horizontal and the vertical dimensions, has implications regarding the longstanding struggle against impunity and the award of reparations due to the victims.

110. As to the first (horizontal) dimension, in my understanding, the "*intérêt pour agir*" of States parties to the CAT grows in importance, in the light of the gravity of the breaches under that Convention. It would be a mistake to attempt to "bilateralize" contentious matters under the CAT (like in traditional inter-State disputes), which propounds a distinct outlook of initiatives thereunder, to prevent torture and to struggle against it. Even in a wider horizon, this trend was already discernible in the years following the adoption of the CAT in 1984.

111. Thus, in 1988, the Senegalese jurist Kéba Mbaye, in his thematic course at the Hague Academy of International Law, rightly observed that a State's "*intérêt pour agir*" goes beyond a simple interest, in that it is a concept of procedural law. And, in the present stage of evolution of international law, it is widely reckoned that States can exercise their "*intérêt pour agir*" not only in pursuance of their own interests, but also of common and superior values, and, under some UN Conventions, in pursuance of shared fundamental values by means of an "objective control"<sup>93</sup>. This is what I refer to as the *collective guarantee* of human rights treaties, by the States parties themselves. This is notably the case of the UN Convention against Torture; the "*intérêt pour agir*" thereunder is fully justified given the *gravity* of the breaches at issue, acts of torture in all its forms.

<sup>92</sup> Cf. E. de Wet, "The Prohibition of Torture as an International Norm of *Jus Cogens* and Its Implications for National and Customary Law", 15 *European Journal of International Law* (2004), pp. 98-99.

<sup>93</sup> Kéba Mbaye, "L'intérêt pour agir devant la Cour internationale de Justice", 209 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (1988), pp. 257 and 271.

XI. LA GRAVITÉ DES VIOLATIONS DES DROITS DE L'HOMME  
ET LA NÉCESSITÉ IMPÉRIEUSE DE LUTTER CONTRE L'IMPUNITÉ

1. *La cruauté humaine à l'aune du critère de gravité*

109. De fait, outre son développement horizontal, le *jus cogens* se développe aussi de manière verticale, et ce, par l'interaction entre les systèmes juridiques internationaux et nationaux dans le domaine de protection des droits en cause (*supra*). Vu sous ce second angle (vertical), le *jus cogens* a pour effet d'invalider toute mesure législative, administrative ou judiciaire tendant à autoriser ou à tolérer la torture sur le plan de l'ordre juridique interne des Etats<sup>92</sup>. L'interdiction absolue de la torture, en tant que réaction de droit *ratione materiae* telle que considérée dans la présente opinion, entraîne, dans ses dimensions tant horizontale que verticale, des conséquences du point de vue de la lutte menée de longue date contre l'impunité et de l'octroi des réparations dues aux victimes.

110. S'agissant de la première dimension (horizontale), je suis d'avis que l'«intérêt pour agir» des Etats parties à la convention contre la torture s'accroît en fonction de la gravité des violations de ladite convention. Ce serait une erreur que de chercher à «bilatéraliser» des questions litigieuses au regard de la convention contre la torture (en les réduisant à des différends interétatiques traditionnels), puisque cet instrument offre la possibilité de prendre des initiatives obéissant à une logique différente afin de prévenir et de combattre la torture. D'une manière plus générale, cette tendance était d'ailleurs déjà perceptible dans les années qui ont suivi l'adoption de la convention contre la torture en 1984.

111. Ainsi, en 1988, le juriste sénégalais Kéba Mbaye a, dans le cadre du cours thématique qu'il a dispensé à l'Académie de droit international de La Haye, fait observer à juste titre que l'«intérêt pour agir» d'un Etat allait au-delà d'un simple intérêt en ce qu'il s'agissait d'une notion de droit procédural. De plus, au stade actuel de l'évolution du droit international, il est généralement admis que les Etats peuvent exercer leur «intérêt pour agir» non seulement en poursuivant leurs propres intérêts, mais également au nom de valeurs communes et supérieures et, dans le cadre de certaines conventions des Nations Unies, dans le dessein de sauvegarder certaines valeurs fondamentales communes au moyen d'un «contrôle objectif»<sup>93</sup>. C'est ce que je qualifie de *garantie collective* des traités relatifs aux droits de l'homme assurée par les Etats parties eux-mêmes. Tel est notamment le cas de la convention des Nations Unies contre la torture; l'«intérêt pour agir» au regard de cet instrument est totalement justifié, compte tenu de la *gravité* des violations en cause, c'est-à-dire des actes de torture de toute nature.

<sup>92</sup> Voir E. de Wet, «The Prohibition of Torture as an International Norm of *Jus Cogens* and Its Implications for National and Customary Law», *European Journal of International Law*, vol. 15 (2004), p. 98-99.

<sup>93</sup> Kéba Mbaye, «L'intérêt pour agir devant la Cour internationale de Justice», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 209 (1988), p. 257 et 271.

112. The cruelty of the systematic practice of torture cannot possibly be forgotten, neither by the victims and their next-of-kin, nor by their social milieu at large. In this connection, I have already reviewed the findings of the 1992 Report of the Chadian Commission of Inquiry<sup>94</sup>. The Truth Commission's Report gives a sinister account of the methods of torture utilized during the Habré regime, with illustrations<sup>95</sup>, in addition to pictures of the mass graves<sup>96</sup>. The findings of the Chadian Truth Commission have been corroborated by humanitarian fact-finding by non-governmental organizations (NGOs). Although the *Association des victimes de crimes et répressions politiques au Tchad* (AVCRP) was established in N'djamena on 12 December 1991, the files of the archives of the "political police" (the DDS) of the Habré regime were reported to have been discovered in N'Djamena only one decade later, in May 2001, by Human Rights Watch (HRW)<sup>97</sup>.

113. In another report, of the same year 2001, Amnesty International stated that, in addition to the information contained in the Chadian Truth Commission's Report (*supra*), most of the information in its own possession came from accounts of surviving victims of torture themselves, or from other detainees. According to such sources, the Chadian Government of Hissène Habré

"applied a deliberate policy of terror in order to discourage opposition of any kind. Actual and suspected opponents and their families were victims of serious violations of their rights. Civilian populations were the victims of extrajudicial executions, committed in retaliation for armed opposition groups' actions on the basis of purely ethnic or geographical criteria. Thousands of people suspected of not supporting the Government were arrested and held in secret by the DDS. Thousands of people died on DDS premises — killed by torture, by the inhuman conditions in which they were detained or by a lack of food or medical care."<sup>98</sup>

114. The 2001 report by Amnesty International proceeded that, during the Hissène Habré regime in Chad,

"the practice of torture was, by all accounts, an 'institutional practice' used to extract confessions, to punish or to instil fear. (. . .) According to survivors, Hissène Habré personally gave the order for certain

<sup>94</sup> Cf. Section II, *supra*.

<sup>95</sup> Cf. Chadian Ministry of Justice, "Les crimes et détournements de l'ex-président Habré et de ses complices — Rapport de la Commission d'enquête nationale. . .", *op. cit. supra*, note 5, pp. 111-123, 137-146 and 148-149.

<sup>96</sup> Cf. *ibid.*, pp. 150-154.

<sup>97</sup> Cf. UNHCR, "African Union: Press Senegal on Habré Trial", [www.unhcr.org/news](http://www.unhcr.org/news), of 28 January 2009, p. 1; HRW, *Chad: The Victims of Hissène Habré Still Awaiting Justice*, Vol. 17, July 2005, No. 10 (A), p. 5; and cf. S. Guengueng, *Prisonnier de Hissène Habré. . .*, *op. cit. infra* note 101, pp. 135 and 153.

<sup>98</sup> Amnesty International, [Report] *The Habré Legacy*, AI Index AFR-20/004/2001, of October 2001, p. 10, and cf. p. 26.

112. La cruauté de la pratique systématique de la torture ne peut tout simplement être oubliée, ni par les victimes et leurs parents proches, ni par leur milieu social au sens large. A cet égard, j'ai déjà passé en revue les conclusions du rapport de la commission d'enquête tchadienne de 1992<sup>94</sup>. Ce rapport fait un funeste compte rendu des méthodes de torture utilisées durant le régime de Hissène Habré, assorti d'illustrations<sup>95</sup> qui s'ajoutent aux images des charniers<sup>96</sup>. Les constatations de la commission tchadienne pour la vérité ont été corroborées par les travaux d'établissement des faits effectués par certaines organisations non gouvernementales (ONG). Bien que l'Association des victimes de crimes et répressions politiques au Tchad (AVCRP) ait été créée à N'Djamena dès le 12 décembre 1991, les archives de la « police politique » (la DDS) du régime Habré n'auraient été découvertes dans cette ville que dix ans plus tard, en mai 2001, par Human Rights Watch (HRW)<sup>97</sup>.

113. Dans un autre rapport, de la même année (2001), Amnesty International a précisé que, outre les informations contenues dans le rapport de la commission tchadienne pour la vérité (*supra*), la plupart des informations dont l'organisation disposait provenaient des récits des victimes ayant survécu aux tortures elles-mêmes, ou d'autres détenus. Selon ces sources, le Gouvernement tchadien de Hissène Habré

« a appliqué une politique délibérée de terreur, afin de décourager toute forme d'opposition. Des opposants, réels et soupçonnés, et leurs familles ont été victimes de graves violations de leurs droits. Les populations civiles ont été victimes d'exécutions extrajudiciaires, commises en représailles contre des actions de groupes d'opposition armés, en fonction de critères purement ethniques ou géographiques. Des milliers de personnes, soupçonnées de ne pas soutenir le gouvernement, furent arrêtées et détenues secrètement par la DDS. Des milliers de personnes sont mortes dans les locaux de celle-ci — tuées par la torture, par des conditions inhumaines de détention ou par manque de nourriture ou de soins médicaux. »<sup>98</sup>

114. Ce rapport d'Amnesty International poursuit en indiquant que, durant le régime Habré au Tchad,

« la pratique de la torture était de toute évidence une « pratique institutionnelle » employée pour extorquer des aveux, ou encore pour punir ou faire peur... Selon des survivants, Hissène Habré aurait personnellement

<sup>94</sup> Voir section II *supra*.

<sup>95</sup> Voir ministère tchadien de la justice, « Les crimes et détournements de l'ex-président Habré et de ses complices — Rapport de la Commission d'enquête nationale... », *op. cit. supra* note 5, p. 111-123, 137-146 et 148-149.

<sup>96</sup> Voir *ibid.*, p. 150-154.

<sup>97</sup> Voir UNHCR, « African Union: Press Senegal on Habré Trial », [www.unhcr.org/news](http://www.unhcr.org/news), 28 janvier 2009, p. 1; HRW, *Chad: The Victims of Hissène Habré Still Awaiting Justice*, vol. 17, juillet 2005, n° 10 (A), p. 5; et voir S. Guengueng, *Prisonnier de Hissène Habré...*, *op. cit. infra* note 101, p. 135 et 153.

<sup>98</sup> Amnesty International, [Rapport] *L'héritage Habré*, AI Index AFR-20/004/2001, octobre 2001, p. 10, et voir p. 26.

people to be tortured. Other sources say that he was often present during torture sessions. (. . .) Political prisoners were interrogated as a rule by members of the security service at DDS headquarters in N'Djamena. In some cases, they were interrogated and held at the presidential palace after being tortured. (. . .)

According to survivors, some of the most common forms of torture were electric shocks, near-asphyxia, cigarette burns and having gas squirted into the eyes. Sometimes, the torturers would place the exhaust pipe of a vehicle in their victim's mouth, then start the engine. Some detainees were placed in a room with decomposing bodies, others suspended by their hands or feet, others bound hand and foot. Two other common techniques consisted of gripping the victim's head between two small sticks joined by cords, which were twisted progressively (. . .). Some prisoners were subjected to particularly brutal beatings during their interrogation. (. . .)"<sup>99</sup>

115. In a subsequent report, of 2006, Amnesty International added that many detainees were held at the prison of the *Camp des Martyrs*, not far from the so-called "*Piscine*" (a former swimming pool that had been covered over with concrete and divided into several cells below ground level), wherein they were "subjected to torture". A form of torture that became sadly well known as practised in the Habré regime in Chad was the "*arbatachar*", which consisted of "choking the prisoner by tying his wrists to his ankles from behind"<sup>100</sup>, up to a point of stopping the blood circulation and causing paralysis<sup>101</sup>. Moreover, in the personal account of a surviving victims — complainant before the UN Committee against Torture —, very recently published in 2012,

"The DDS took pleasure in creating conditions that would provoke epidemics and illnesses among the prisoners — such as malaria and pulmonary oedemas — in order to dispatch large numbers of them very quickly.

From what I saw in the two years and five months which I had to spend in the four different DDS prisons, this political police force had every means of saving the lives of those being held. Since their mission was to terrorize and exterminate the Chadian people, they thus did all they could to dispose of the prisoners.

(. . .) Those in charge, like the DDS officers, showed no humanity towards the detainees."<sup>102</sup>

<sup>99</sup> *Op. cit. supra* note 98, pp. 26-27.

<sup>100</sup> Amnesty International, [Report] *Chad: Voices of Habré's Victims*, AI Index AFR-20/009/2006, of August 2006, p. 6.

<sup>101</sup> Cf. Chadian Ministry of Justice, "Les crimes et détournements de l'ex-président Habré et de ses complices — Rapport de la Commission d'enquête nationale. . .", *op. cit. supra*, note 5, p. 42; S. Guengueng, *Prisonnier de Hissène Habré — L'expérience d'un survivant des geôles tchadiennes et sa quête de justice*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 121. [Translation by the Registry.]

<sup>102</sup> S. Guengueng, *op. cit. supra* note 101, pp. 79-80. [Translation by the Registry.]

donné l'ordre de soumettre à la torture certaines personnes. D'autres sources affirment qu'il assistait parfois aux séances de torture... Les prisonniers politiques ont généralement été interrogés par des membres du service de sécurité au siège de la DDS, à N'Djamena. Dans certains cas, ils ont été interrogés et détenus à la Présidence après avoir été torturés...

D'après les témoignages des survivants, parmi les techniques les plus courantes on peut citer : décharges électriques, quasi-asphyxie, brûlures de cigarette et jets de gaz dans les yeux. Parfois, les tortionnaires plaçaient le tuyau d'échappement d'un véhicule dans la bouche de leur victime, puis mettaient le moteur en marche. Certains détenus furent enfermés au milieu de cadavres en décomposition, d'autres suspendus par les mains ou par les pieds, d'autres ligotés. Deux autres techniques courantes consistaient à serrer la tête de la victime entre deux petits bâtons reliés par des cordelettes, que l'on tordait progressivement... Certains prisonniers ont été tabassés d'une manière particulièrement sauvage pendant leurs interrogatoires... »<sup>99</sup>

115. Dans un rapport ultérieur, datant de 2006, Amnesty International a précisé que de nombreuses personnes étaient maintenues en détention dans la prison du Camp des Martyrs, non loin de la « Piscine » (une ancienne piscine qui avait été recouverte d'une chape de béton et divisée en plusieurs cellules en sous-sol), où elles étaient « soumises à la torture ». Une forme de torture pratiquée sous le régime Habré au Tchad — et devenue tristement célèbre — était l'« arbatachar ». Cette pratique consistait à « à étouffer le prisonnier en lui attachant dans le dos les poignets aux chevilles »<sup>100</sup>, jusqu'à stopper la circulation sanguine et causer la paralysie<sup>101</sup>. En outre, d'après le récit d'une victime survivante — plaignante devant le Comité des Nations Unies contre la torture —, qui a été rendu public très récemment, en 2012,

« La DDS prenait plaisir à créer des situations pour rendre les prisonniers malades ou pour provoquer l'épidémie comme la malaria, l'œdème pulmonaire, etc., afin de faire mourir très vite et à la fois beaucoup de prisonniers.

Selon mes constats, pendant les deux ans et cinq mois que j'ai eu à vivre dans les quatre différentes prisons de la DDS, cette police politique avait tous les moyens de sauver la vie aux détenus. Comme leur mission était de terroriser et d'exterminer le peuple tchadien, ils faisaient donc tout pour faire mourir les prisonniers.

... Les responsables tout comme les agents de la DDS n'éprouvaient aucun sentiment humanitaire vis-à-vis des détenus. »<sup>102</sup>

<sup>99</sup> *Op. cit. supra* note 98, p. 26-27.

<sup>100</sup> Amnesty International, [Rapport:] *Tchad : les voix des victimes de Hissène Habré*, AI Index AFR-20/009/2006, août 2006, p. 6.

<sup>101</sup> Voir ministère tchadien de la justice, « Les crimes et détournements de l'ex-président Habré et de ses complices — Rapport de la Commission d'enquête nationale... », *op. cit. supra*, note 5, p. 42 ; S. Guengueng, *Prisonnier de Hissène Habré — L'expérience d'un survivant des géôles tchadiennes et sa quête de justice*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 121.

<sup>102</sup> S. Guengueng, *op. cit. supra* note 101, p. 79-80.

## 2. *The Inadmissibility of Impunity of the Perpetrators*

116. It is in no way surprising that the reparations due to victims in cases of torture have revealed a dimension that is both individual and collective or social. Impunity worsens the psychological suffering inflicted both on the direct victim and on his or her next of kin and other persons with whom he or she lived. Actually, it causes new psychosocial damage. Covering up what happened, or handling with indifference the consequences of criminal acts, constitutes a new aggression against the victim and his or her next of kin, disqualifying their suffering. The practice of torture, aggravated by the impunity of the perpetrators, contaminates the whole social milieu wherein it took place.

117. As I deemed it fit to warn in the IACtHR, in my separate opinion in the case of the “*Street Children*” (*Villagrán Morales and Others v. Guatemala*, reparations, judgment of 26 May 2001),

“Human suffering has a dimension which is both personal and social. Thus, the damage caused to each human being, however humble he might be, affects the community itself as a whole. As the present case discloses, the victims are multiplied in the persons of the surviving close relatives, who, furthermore, are forced to live with the great pain inflicted by the silence, the indifference and the oblivion of the others.” (Para. 22.)

118. The realization of justice is, therefore, extremely important for the rehabilitation of the victims of torture (as a form of reparation), since it attenuates their suffering, and that of their beloved ones, by recognizing what they have suffered. This is still an evolving matter, but the right of those victims to fair and adequate reparation is addressed today on the basis of recognition of the central role of the integrity of said victims, of the human person. Realization of justice, with due reparations, helps to reorganize human relations and restructure the psyche of victims. Realization of justice must take place from the standpoint of the integral nature of the personality of the victims. Reparations at least mitigate or soothe the suffering of the victims, in conveying to them the sense of the realization of justice.

119. Such reparations cannot be disrupted by undue invocations of State sovereignty or State immunity, as I have pointed out in two recent cases adjudicated by this Court<sup>103</sup>. Likewise, the struggle against impunity for grave violations of human rights and of international humanitarian law cannot be dismantled by undue invocations of State

<sup>103</sup> Case concerning *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012 (I), dissenting opinion of Judge Cançado Trindade, pp. 179-290, paras. 1-316; case concerning *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012 (I), separate opinion of Judge Cançado Trindade, pp. 347-384, paras. 1-101.



## 2. Le caractère inadmissible de l'impunité des auteurs

116. Il n'y a rien d'étonnant à ce que les réparations dues aux victimes dans des cas d'actes de torture revêtent une dimension tant individuelle que collective ou sociale. L'impunité aggrave les souffrances psychologiques infligées à la victime directe ainsi qu'à ses parents proches et aux autres personnes avec qui elle vivait, causant en réalité un nouveau dommage psycho-social. Couvrir les faits commis ou traiter avec indifférence les conséquences d'actes criminels constitue une nouvelle agression à l'encontre de la victime et de ses parents proches en ce que pareille attitude constitue une négation de leurs souffrances. La pratique de la torture, aggravée par l'impunité des auteurs des actes en question, contamine le milieu social au sein duquel elle s'est déroulée dans son ensemble.

117. Ainsi que j'ai jugé utile de le préciser à la CIADH, dans mon opinion individuelle en l'affaire des « *Enfants des rues* » (*Villagrán Morales et autres c. Guatemala*, arrêt du 26 mai 2001 (réparations)),

« La souffrance humaine revêt une dimension tant personnelle que sociale. Le dommage causé à chaque être humain, si faible soit-il, a ainsi une incidence sur la communauté elle-même, dans son ensemble. Comme cela ressort de la présente affaire, au nombre des victimes elles-mêmes s'ajoute celui des parents proches des survivants, qui, de surcroît, sont contraints de vivre avec la douleur profonde infligée par le silence, l'indifférence et l'oubli des autres. » (Par. 22.)

118. La réalisation de la justice revêt, par conséquent, une importance cruciale pour la réadaptation des victimes de torture (en tant que forme de réparation), étant donné qu'elle atténue leurs souffrances et celles de leurs proches, en reconnaissant les épreuves qu'ils ont endurées. Bien qu'il s'agisse d'un domaine en constante évolution, le droit des victimes d'obtenir une réparation équitable et appropriée procède désormais de la reconnaissance du rôle central de l'intégrité desdites victimes, de l'intégrité de la personne humaine. La réalisation de la justice, assortie de justes réparations, contribue ainsi à réorganiser les relations humaines et à restructurer le psychisme des victimes. Justice doit être faite en prenant en compte la personnalité des victimes dans son intégralité. Les réparations permettent à tout le moins d'atténuer ou d'apaiser les souffrances des victimes, en leur donnant le sentiment que justice a été rendue.

119. Ainsi que je l'ai souligné dans deux affaires récentes en lesquelles la présente Cour a statué<sup>103</sup>, pareilles réparations ne sauraient être compromises par des invocations indues de la souveraineté ou de l'immunité des Etats. De même, la lutte contre l'impunité, lorsque sont en cause de graves violations des droits de l'homme et du droit international humani-

<sup>103</sup> *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (I), opinion dissidente de M. le juge Cançado Trindade, p. 179-290, par. 1-316; *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (I), opinion individuelle de M. le juge Cançado Trindade, p. 347-384, par. 1-101.

sovereignty or State immunity. The hope has been expressed of advances in this respect:

“( . . . ) The idea of exemption from responsibility, under the cover of sovereignty or immunity, is gradually on the decline, at least in respect of a series of atrocities now classified as ‘international crimes’. That is a source of great hope for every citizens’ and human rights movement, for all those who have been forgotten.”<sup>104</sup>

120. In the case *Bulacio v. Argentina* (judgment of 18 September 2003), the IACtHR held as “inadmissible” any measure of domestic law intended to hinder the investigation and sanction of those responsible for violations of human rights (para. 116), thus leading to impunity. In my separate opinion in the case *Bulacio*, I pondered *inter alia* that

“*Reparatio* does not put an end to what occurred, to the violation of human rights. The wrong was already committed<sup>105</sup>; *reparatio* avoids the aggravation of its consequences (by the indifference of the social milieu, by the impunity, by the oblivion). ( . . . ) *Reparatio* disposes again, reestablishes order in the life of the surviving victims, but it cannot eliminate the pain that is already ineluctably incorporated into their daily existence. The loss is, from this angle, rigorously irreparable. ( . . . ) *Reparatio* is a reaction, in the realm of law, to human cruelty, manifested in the most diverse forms: violence in dealing with fellow human beings, the impunity of those responsible on the part of the public power, the indifference and the oblivion of the social milieu.

This reaction of the breached legal order (the *substratum* of which is precisely the observance of human rights) is ultimately moved by the spirit of human solidarity. This latter, in turn, teaches that the oblivion is inadmissible, by the absence it implies of any solidarity whatsoever of the living with their deceased. ( . . . ) Death has over centuries been linked to what is supposed to be the revelation of destiny, and it is especially in facing death that each person becomes aware of his or her individuality<sup>106</sup>. ( . . . ) The rejection of the indifference and the oblivion, and the guarantee of non-repetition of the violations, are manifestations of the links of solidarity between those victimized and potential victims, in the violent world, empty of values,

<sup>104</sup> L. Joinet (ed.), *Lutter contre l'impunité*, Paris, Eds. La Découverte, 2002, p. 125. [Translation by the Registry.]

<sup>105</sup> Human capacity to promote good and to commit evil has not ceased to attract the attention of human thinking throughout the centuries; cf. F. Alberoni, *Las Razones del Bien y del Mal*, Mexico, Gedisa Edit., 1988, pp. 9-196; A.-D. Sertillanges, *Le problème du mal*, Paris, Aubier, 1949, pp. 5-412.

<sup>106</sup> Ph. Ariès, *Mourir en Occident — Desde la Edad Media hasta Nuestros Días*, Buenos Aires, A. Hidalgo Ed., 2000, pp. 87, 165, 199, 213, 217, 239 and 251.

taire, ne saurait être mise à bas par de telles invocations. A cet égard, des espoirs d'avancées ont été exprimés :

«... Progressivement, l'idée d'irresponsabilité, sous couvert de souveraineté ou d'immunité, recule, tout au moins pour une série d'actes atroces désormais qualifiés de «crimes internationaux». Cela constitue une source d'espoir considérable pour tous les mouvements citoyens et de défense des droits humains, pour tous les oubliés de la Terre.»<sup>104</sup>

120. Dans l'affaire *Bulacio c. Argentine* (arrêt du 18 septembre 2003), la CIADH a jugé «inadmissible» toute mesure de droit interne visant à entraver l'enquête et les sanctions à l'encontre des responsables de violations des droits de l'homme (par. 116) et débouchant sur l'impunité. Dans mon opinion individuelle en l'affaire *Bulacio*, j'ai notamment exposé ce qui suit :

«La réparation (*reparatio*) ne met pas fin à ce qui s'est produit, à la violation des droits de l'homme. Le mal a déjà été fait<sup>105</sup> ; la réparation évite l'aggravation des conséquences qui en découlent (en raison de l'indifférence du milieu social, de l'impunité, de l'oubli)... La réparation rétablit les choses, remet de l'ordre dans la vie des victimes qui ont survécu, mais ne peut supprimer la douleur qui fait désormais inéluctablement partie intégrante de leur existence quotidienne. Vu sous cet angle, le préjudice se révèle rigoureusement irréparable... La réparation est une réaction, relevant du droit, à la cruauté humaine qui se manifeste sous les formes les plus diverses : violence dans les agissements envers autrui, impunité des responsables du côté des pouvoirs publics, indifférence et oubli du milieu social.

Cette réaction de l'ordre juridique violé (dont le substrat est précisément le respect des droits de l'homme) est, en définitive, suscitée par l'esprit de solidarité humaine. Celui-ci veut que l'oubli soit inadmissible en ce qu'il implique l'absence de toute solidarité entre les survivants et les morts... A travers les siècles, un lien a été établi entre la mort et ce qui est supposé être la révélation du destin individuel ; c'est précisément face à la mort que chaque personne prend conscience de son individualité<sup>106</sup>... Le rejet de l'indifférence et de l'oubli ainsi que la garantie de non-répétition des violations sont des manifestations des liens de solidarité entre les personnes persécutées et les victimes potentielles, au sein du monde violent, dépourvu de

<sup>104</sup> L. Joinet (dir. publ.), *Lutter contre l'impunité*, Paris, Ed. La Découverte, 2002, p. 125.

<sup>105</sup> La capacité des hommes d'encourager le bien et de faire le mal n'a jamais cessé d'être au cœur de la réflexion humaine au cours des siècles ; voir F. Alberoni, *Las Razones del Bien y del Mal*, Mexico, Gedisa Edit., 1988, p. 9-196 ; A.-D. Sertillanges, *Le problème du mal*, Paris, Aubier, 1949, p. 5-412.

<sup>106</sup> Ph. Ariès, *Mourir en Occidente — Desde la Edad Media hasta Nuestros Días*, Buenos Aires, A. Hidalgo Ed., 2000, p. 87, 165, 199, 213, 217, 239 et 251.

wherein we live. It is, ultimately, an eloquent expression of the links of solidarity that unite the living to their deceased<sup>107</sup>. Or, more precisely, of the links of solidarity that unite the deceased to those who survive them (. . .)” (*Bulacio*, paras. 37-40.)

121. As to the present case before this Court concerning *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*, the facts speak for themselves. As I deemed it fit to warn in my earlier dissenting opinion in the Court’s Order of 28 May 2009 (not indicating provisional measures of protection) in the *cas d’espèce*,

“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 (. . .). The passing of time with impunity renders the gravity of the situation even greater, and stresses more forcefully the urgency to make justice prevail.” (*I.C.J. Reports 2009*, p. 187, para. 60.)

122. In the present Judgment on the merits in the case opposing Belgium to Senegal, the Court recalls the *ratio legis* of the CAT. After recalling the sixth preambular paragraph of the CAT<sup>108</sup>, the Court states that

“The States parties to the Convention have a common interest to ensure, in view of their shared values, that acts of torture are prevented and that, if they occur, their authors do not enjoy impunity. The obligations of a State party to conduct a preliminary inquiry into the facts and to submit the case to its competent authorities for prosecution are triggered by the presence of the alleged offender in its territory, regardless of the nationality of the offender or the victims, or of the place where the alleged offences occurred. All the other States parties have a common interest in compliance with these obligations by the State in whose territory the alleged offender is present.” (Judgment, para. 68.)

123. The Court here captures the rationale of the CAT, with the latter’s denationalization of protection, and assertion of the principle of universal jurisdiction. Yet, in doing so, the Court does not resist the

---

<sup>107</sup> On these links of solidarity, cf. my separate opinions in the case *Bámaca Velásquez v. Guatemala* (IACtHR, judgments on the merits, of 25 November 2000, and on reparations, of 22 February 2002).

<sup>108</sup> Which expresses the desire “to make more effective the struggle against torture (. . .) throughout the world”. Article 2 (1) of the CAT adds that “[e]ach State party shall take effective legislative, administrative, judicial or other measures to prevent acts of torture in any territory under its jurisdiction”.

valeurs, dans lequel nous vivons. Il s'agit, en dernière analyse, d'une expression claire des liens de solidarité qui unissent les vivants à leurs défunts<sup>107</sup>, ou, plus précisément, des liens de solidarité qui unissent les défunts à ceux qui leur survivent.» (*Bulacio*, par. 37-40.)

121. En ce qui concerne la présente affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, les faits parlent d'eux-mêmes. Ainsi que j'ai jugé utile de le préciser dans l'exposé de ma précédente opinion dissidente jointe à l'ordonnance rendue par la Cour le 28 mai 2009 (qui n'indiquait pas de mesures conservatoires), en la présente affaire,

«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... 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.» (*C.I.J. Recueil 2009*, p. 187, par. 60.)

122. Dans le présent arrêt rendu au fond dans l'affaire opposant la Belgique au Sénégal, la Cour rappelle la *ratio legis* de la convention contre la torture. Après avoir renvoyé au sixième alinéa du préambule de cet instrument<sup>108</sup>, elle précise ce qui suit :

«En raison des valeurs qu'ils partagent, les Etats parties à cet instrument ont un intérêt commun à assurer la prévention des actes de torture et, si de tels actes sont commis, à veiller à ce que leurs auteurs ne bénéficient pas de l'impunité. Les obligations qui incombent à un Etat partie de procéder à une enquête préliminaire en vue d'établir les faits et de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale s'appliquent du fait de la présence de l'auteur présumé sur son territoire, quelle que soit la nationalité de l'intéressé ou celle des victimes, et quel que soit le lieu où les infractions alléguées ont été commises. Tous les autres Etats parties à la convention ont un intérêt commun à ce que l'Etat sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé respecte ces obligations.» (Arrêt, par. 68.)

123. La Cour expose ainsi la raison d'être de la convention contre la torture : dénationalisation de la protection des droits qui y sont visés et affirmation du principe de la compétence universelle. Ce faisant, elle ne

<sup>107</sup> Concernant ces liens de solidarité, voir mes opinions individuelles en l'affaire *Bámaca Velásquez c. Guatemala* (CIADH, arrêts du 25 novembre 2000 (fond) et du 22 février 2002 (réparations)).

<sup>108</sup> Dans lequel est exprimé le souhait «d'accroître l'efficacité de la lutte contre la torture ... dans le monde entier». L'article 2, paragraphe 1, de la convention contre la torture ajoute que «[t]out Etat partie prend des mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces pour empêcher que des actes de torture soient commis dans tout territoire sous sa juridiction».

temptation to quote itself, rescuing its own language of years or decades ago, such as the invocation of “legal interest” (in the *célèbre obiter dictum* in the *Barcelona Traction* case of 1970), or “common interest” (expressions used in the past in different contexts). In order to reflect in an entirely faithful way the rationale of the CAT, the Court, in my understanding, should have gone a bit further: more than a “common interest”, States parties to the CAT have a *common engagement* to give *effet utile* to the relevant provisions of the Convention; they have agreed to exercise its *collective guarantee*, in order to put an end to the impunity of the perpetrators of torture, so as to rid the world of this heinous crime. *We are here in the domain of obligations, rather than interests*. These obligations emanate from the *jus cogens* prohibition of torture.

124. In sum, as to this particular point, the development, in recent years — acknowledged also in expert writing — leading to the formation and consolidation of a true international legal regime against torture (cf. *supra*), has contributed to the growing awareness as to the pressing need and the compelling duty to put an end to impunity. In effect, the response to the diversification of sources of human rights violations, and the struggle against the impunity of its perpetrators<sup>109</sup>, are challenges which call for the enhancement of the existing mechanisms of protection and the devising of new forms of protection. Impunity, besides being an evil which corrodes the trust in public institutions, remains an obstacle which international supervisory organs have not yet succeeded to overcome fully.

125. However, some of the Truth Commissions, established in recent years in certain countries, with distinct mandates and varying results of investigations, have constituted a positive initiative in the struggle against that evil<sup>110</sup>. Another positive initiative is represented by the recent endeav-

<sup>109</sup> Cf. J. A. Carrillo Salcedo, *Dignidad frente a Barbarie — La Declaración Universal de Derechos Humanos Cincuenta Años Después*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, pp. 105-145; N. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, Paris/Oxford, Unesco/Clarendon Press, 1987, pp. 17-143. Cf. also N. Roht-Arriaza (ed.), *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford University Press, 1995, pp. 3-381; S. R. Ratner and J. S. Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 3-303; Kai Ambos, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, Medellín, Found. K. Adenauer *et al.*, 1997, pp. 25-451; Y. Beigbeder, *International Justice against Impunity — Progress and New Challenges*, Leiden, Nijhoff, 2005, pp. 45-235; [Various Authors,] *Prosecuting International Crimes in Africa* (eds. C. Murungu and J. Biegon), Pretoria/South Africa, Pretoria University Law Press (PULP), 2011, pp. 1-330; N. S. Rodley, “Impunity and Human Rights”, in *Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights* (Proceedings of the Siracusa Conference, September 1998, ed. C. C. Joyner), Ramonville St-Agne, Erès, 1998, pp. 71-78.

<sup>110</sup> Cf., *inter alia*, [Various Authors,] “Humanitarian Debate: Truth and Reconciliation Commissions”, 88 *International Review of the Red Cross* (2006), No. 862, pp. 225-373; P. B. Hayner, *Unspeakable Truths — Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*, 2nd ed., N.Y./London, Routledge, 2011, pp. 1-337; A. Bisset, *Truth Commis-*

résiste cependant pas à la tentation de se citer elle-même, reprenant des termes employés des années ou des décennies auparavant, tels que «intérêt juridique» (le célèbre *obiter dictum* formulé dans l'affaire de la *Barcelona Traction* en 1970) ou «intérêt commun» (expressions utilisées par le passé dans différents contextes). Or, pour exprimer fidèlement la raison d'être de la convention contre la torture, la Cour aurait dû, selon moi, aller un peu plus loin : plus qu'un «intérêt commun», c'est un *engagement commun* visant à donner un effet utile aux dispositions pertinentes de la convention que partagent les Etats parties; ceux-ci sont convenus d'en exercer la *garantie collective* pour mettre fin à l'impunité des auteurs d'actes de torture, afin que le monde soit débarrassé de ce crime odieux. *Il s'agit donc ici d'obligations, et non d'intérêts*. Ces obligations découlent de l'interdiction de la torture, qui relève du *jus cogens*.

124. En somme, sur ce point particulier, l'évolution qui a conduit, ces dernières années, à la formation et à la consolidation d'un véritable régime juridique international de lutte contre la torture (voir *supra*) — évolution qui a été reconnue dans certaines contributions écrites d'experts — a participé de la prise de conscience grandissante de l'urgente nécessité et de l'obligation impérieuse de mettre fin à l'impunité. Répondre à la diversification des sources de violations des droits de l'homme et lutter contre l'impunité de leurs auteurs<sup>109</sup> constituent en effet des défis qui requièrent le renforcement des mécanismes de protection existants ainsi que l'élaboration de nouvelles formes de protection. L'impunité, outre qu'elle est un mal qui sape la confiance dans les institutions publiques, demeure un obstacle que les organes internationaux de surveillance n'ont pas encore réussi à surmonter entièrement.

125. L'établissement, ces dernières années, de commissions pour la vérité dans certains pays, avec des mandats différents et des résultats variables, a néanmoins constitué une initiative positive dans la lutte contre ce fléau<sup>110</sup>. Une autre initiative positive réside dans les efforts

<sup>109</sup> Voir J. A. Carrillo Salcedo, *Dignidad frente a Barbarie — La Declaración Universal de Derechos Humanos Cincuenta Años Después*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, p. 105-145; N. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, Paris/Oxford, Unesco/Clarendon Press, 1987, p. 17-143. Voir également N. Roht-Arriaza (dir. publ.), *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford University Press, 1995, p. 3-381; S. R. Ratner et J. S. Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 3-303; Kai Ambos, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, Medellín, Found. K. Adenauer et al., 1997, p. 25-451; Y. Beigbeder, *International Justice against Impunity — Progress and New Challenges*, Leyde, Nijhoff, 2005, p. 45-235; [divers auteurs], *Prosecuting International Crimes in Africa* (dir. publ., C. Murungu et J. Biegon), Pretoria/Afrique du Sud, Pretoria University Law Press (PULP), 2011, p. 1-330; N. S. Rodley, «Impunity and Human Rights», dans *Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights* (actes de la conférence de Syracuse, septembre 1998, dir. publ., C. C. Joyner), Ramonville-Saint-Agne, Erès, 1998, p. 71-78.

<sup>110</sup> Voir notamment [divers auteurs], «Humanitarian Debate: Truth and Reconciliation Commissions», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 88, n° 862 (2006), p. 225-373; P. B. Hayner, *Unspeakable Truths — Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*, 2<sup>e</sup> éd., New York/Londres, Routledge, 2011, p. 1-337; A. Bisset,



ours, within the United Nations, towards the establishment of an international penal jurisdiction of permanent character; they have resulted in the creation (by the UN Security Council), in 1993 and 1994, of the two *ad hoc* international criminal tribunals, for ex-Yugoslavia and Rwanda, respectively — followed by the adoption (by the UN Conference of Rome) of the 1998 Statute of the International Criminal Court (ICC), and thereafter by the adoption of the first permanent international criminal jurisdiction. Attention turns now to the evolving position of the individual victims before the ICC, opening up what appears to be a new chapter in the longstanding history of restorative justice<sup>111</sup>.

### 3. *The Position of Chad against Impunity*

126. There is another element to be here taken into account: the records of the present case concerning *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* give account of Chad's position against impunity. References in this regard include: (a) official pronouncements by Chad concerning the trial of Mr. H. Habré, in connection with the right of victims to the realization of justice and the need to fight against impunity<sup>112</sup>; (b) Chad's decision to lift Mr. H. Habré's immunity in 1993, as confirmed in 2002<sup>113</sup>; (c) claims that Chad joined in efforts to gather the financial resources for the trial of Mr. H. Habré in Senegal<sup>114</sup>; and (d) Chad's recent statements in support of the extradition of Mr. H. Habré to Belgium<sup>115</sup>.

127. In this respect, Belgium refers, in its Memorial, to the fact that, in 1993, Chad had, in so far as it was necessary, "lifted the immunities which Mr. Habré may have sought to claim"<sup>116</sup>. In the same vein, Belgium submitted a letter addressed by the Minister of Justice of Chad to the Belgian *juge d'instruction*, dated 7 October 2002, confirming the lifting of any

---

*sions and Criminal Courts*, Cambridge University Press, 2012, pp. 1-199; P. B. Hayner, "Fifteen Truth Commissions — 1974 to 1994: A Comparative Study", 16 *Human Rights Quarterly* (1994), pp. 598-634; [Various Authors,] *Truth Commissions: A Comparative Assessment* (Seminar of the Harvard Law School, of May 1996), Cambridge/Mass., Harvard Law School, 1997, pp. 16-81.

<sup>111</sup> Cf. Section XV, *infra*.

<sup>112</sup> Cf. CR 2012/6, of 19 March 2012, p. 25, para. 43 (citing "Communiqué de presse du ministère des affaires étrangères du Tchad", of 22 July 2011).

<sup>113</sup> Cf. Memorial of Belgium, of 1 July 2010, p. 10, para. 1.29, and p. 57, para. 4.44, and Annex C.5; CR 2012/2, of 12 March 2012, p. 23, para. 21; and CR 2012/3, of 13 March 2012, p. 21, para. 41.

<sup>114</sup> CR 2012/2, of 12 March 2012, pp. 47-48.

<sup>115</sup> Given its view that a trial of Mr. H. Habré in Africa would seem difficult to realize; cf. CR 2012/6, of 19 March 2012, p. 25, para. 43 (citing "Communiqué de presse du ministère des affaires étrangères du Tchad", of 22 July 2011).

<sup>116</sup> Memorial of Belgium, of 1 July 2010, p. 10, para. 1.29.

récemment menés au sein de l'Organisation des Nations Unies en vue d'établir une juridiction pénale internationale à caractère permanent; ces efforts se sont traduits par la création (par le Conseil de sécurité de l'Organisation), en 1993 et 1994, des deux tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda, puis par l'adoption (par la Conférence des Nations Unies, tenue à Rome) du Statut de la Cour pénale internationale (CPI) de 1998, elle-même suivie par la création de la première juridiction pénale internationale permanente. L'attention se porte désormais sur l'évolution de la position des victimes individuelles devant la CPI, ce qui semble ouvrir un nouveau chapitre dans la longue histoire de la justice réparatrice<sup>111</sup>.

### 3. La position du Tchad sur la question de l'impunité

126. Un autre élément doit être pris en compte, à savoir le fait que, ainsi qu'il ressort du dossier de la présente affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, le Tchad s'est prononcé contre l'impunité. A cet égard, on se référera notamment: *a*) aux prises de position officielles du Tchad relativement au procès de M. Hissène Habré, du point de vue du droit des victimes à la réalisation de la justice et de la nécessité de lutter contre l'impunité<sup>112</sup>; *b*) à la décision prise par le Tchad de lever l'immunité de M. Hissène Habré en 1993, telle que confirmée en 2002<sup>113</sup>; *c*) aux déclarations selon lesquelles le Tchad a contribué aux efforts visant à collecter les ressources financières aux fins du procès de M. Hissène Habré au Sénégal<sup>114</sup>; et *d*) aux récentes déclarations du Tchad appuyant l'extradition de M. Hissène Habré vers la Belgique<sup>115</sup>.

127. La Belgique s'est, dans son mémoire, référée au fait qu'en 1993 le Tchad avait, pour autant que de besoin, «levé les immunités dont M. Habré pourrait souhaiter se prévaloir»<sup>116</sup>. Dans le même ordre d'idées, elle a soumis une lettre, datée du 7 octobre 2002, adressée par le ministre de la justice tchadien au juge d'instruction belge, confirmant la

---

*Truth Commissions and Criminal Courts*, Cambridge University Press, 2012, p. 1-199; P. B. Hayner, «Fifteen Truth Commissions — 1974 to 1994: A Comparative Study», *Human Rights Quarterly*, vol. 16 (1994), p. 598-634; [divers auteurs,] *Truth Commissions: A Comparative Assessment* (séminaire de la Harvard Law School, mai 1996), Cambridge/Mass., Harvard Law School, 1997, p. 16-81.

<sup>111</sup> Voir la section XV *infra*.

<sup>112</sup> Voir CR 2012/6, 19 mars 2012, p. 25, par. 43 (citant le «communiqué de presse du ministère des affaires étrangères du Tchad» du 22 juillet 2011).

<sup>113</sup> Voir mémoire du Royaume de Belgique, 1<sup>er</sup> juillet 2010, p. 19-20, par. 1.29, et p. 87, par. 4.44, ainsi que l'annexe C.5; CR 2012/2, 12 mars 2012, p. 23, par. 21; et CR 2012/3, 13 mars 2012, p. 21, par. 41.

<sup>114</sup> CR 2012/2, 12 mars 2012, p. 47-48.

<sup>115</sup> Etant donné qu'il considère que le procès de M. Hissène Habré semblerait difficile à réaliser en Afrique; voir CR 2012/6, 19 mars 2012, p. 25, par. 43 (citant le «communiqué de presse du ministère des affaires étrangères du Tchad» du 22 juillet 2011).

<sup>116</sup> Mémoire du Royaume de Belgique, 1<sup>er</sup> juillet 2010, p. 19-20, par. 1.29.

immunity of Mr. H. Habré<sup>117</sup>. Furthermore, it stems from the records of the present case that Chad, among other States, reportedly agreed to assist financially Senegal in the trial of Mr. H. Habré<sup>118</sup>. Belgium claims, in this regard, that,

“despite the gestures of support of the European Union, the African Union and other States — including Belgium and Chad — in particular for the funding of the Hissène Habré trial in Senegal, the latter has not yet performed the obligations incumbent on it under international law in respect of the fight against impunity for the crimes concerned”<sup>119</sup>.

128. Moreover, as to Belgium’s request for extradition, and in light of Senegal’s failure to prosecute Mr. H. Habré so far, it also appears from the records of the present case that Chad does not oppose the extradition of Mr. H. Habré to Belgium<sup>120</sup>. In fact, on 22 July 2011, the Ministry of Foreign Affairs, African Integration and International Co-operation of Chad stated that:

“Despite the many national, continental and international initiatives, it appears increasingly unlikely that the former dictator will be tried under the circumstances preferred by the AU [the African Union]. Recent developments confirm this impression.

It seems more difficult than ever to fulfil the conditions, in particular the legal conditions, for the trial of Mr. Hissène Habré to be held on African soil.

In light of this situation, and given the victims’ legitimate right to justice and the principle of rejection of impunity enshrined in the Constitutive Act of the African Union, the Government of Chad requests that preference should be given to the option of extraditing Mr. Habré to Belgium for trial. This option, which was explicitly considered among others by the African Union, is the most suitable under the circumstances.”<sup>121</sup>

129. In sum and conclusion, as it can be perceived from the aforementioned, the records of the present case demonstrate that Chad has been consistently supporting the imperative of the fight against impunity, in so far as the case of Mr. H. Habré is concerned. The records of the case make Chad’s position clear, to the effect that Mr. H. Habré must be brought to justice, in Senegal or elsewhere<sup>122</sup>. Last but not least, the posi-

<sup>117</sup> Cf. Memorial of Belgium, Annex C.5.

<sup>118</sup> CR 2012/2, of 12 March 2012, p. 47, para. 20.

<sup>119</sup> Cf. *ibid.*, p. 48, para. 21 (3).

<sup>120</sup> CR 2012/6, of 19 March 2012, pp. 24-25.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 25, para. 43.

<sup>122</sup> *Ibid.*

levée de toutes les immunités de M. Hissène Habré<sup>117</sup>. Le dossier de la présente espèce révèle en outre que le Tchad a, parmi d'autres Etats, accepté d'apporter une aide financière au Sénégal pour l'organisation du procès de Hissène Habré<sup>118</sup>. Sur ce point, la Belgique considère que,

« malgré les gestes de soutien de l'Union européenne, de l'Union africaine et d'autres Etats — dont la Belgique et le Tchad —, notamment pour le financement du procès Hissène Habré au Sénégal, le Sénégal n'a toujours pas rempli les obligations que lui impose le droit international en matière de lutte contre l'impunité des crimes en cause »<sup>119</sup>.

128. Par ailleurs, s'agissant de la demande d'extradition de la Belgique, et compte tenu de l'absence de poursuites engagées jusqu'ici par le Sénégal à l'encontre de M. Hissène Habré, il ressort également du dossier de l'affaire que le Tchad ne s'oppose pas à ce que l'intéressé soit extradé vers la Belgique<sup>120</sup>. De fait, le 22 juillet 2011, le ministère des affaires étrangères, de l'intégration africaine et de la coopération internationale a déclaré ce qui suit :

« Malgré les nombreuses initiatives à l'échelle nationale, continentale et internationale, il semble de plus en plus hypothétique qu'un procès de l'ancien dictateur puisse se tenir suivant le schéma privilégié par l'UA [l'Union africaine]. Les récents développements de l'affaire viennent conforter ce sentiment.

Plus que jamais, les conditions, notamment juridiques, d'un procès de M. Hissène Habré sur le sol africain paraissent difficilement réalisables.

Eu égard à cette situation, le droit légitime des victimes à la justice et le principe de rejet de l'impunité consacré par l'Acte constitutif de l'Union africaine conduisent le Gouvernement du Tchad à demander que soit privilégiée l'option de l'extradition de M. Hissène Habré vers la Belgique pour qu'il y soit jugé. Cette option explicitement envisagée parmi d'autres par l'Union africaine est la mieux adaptée à la situation. »<sup>121</sup>

129. Au vu de ce qui précède, et pour conclure sur ce point, le dossier de l'affaire montre que le Tchad a toujours soutenu la nécessité impérieuse de lutter contre l'impunité dans le cas de M. Hissène Habré. Il apparaît clairement que la position du Tchad est que l'intéressé doit être traduit en justice, au Sénégal ou ailleurs<sup>122</sup>. Enfin, et ce n'est pas le moins important, le Tchad a confirmé sa position par la déclaration qu'il a pro-

<sup>117</sup> Voir mémoire du Royaume de Belgique, annexe C.5.

<sup>118</sup> CR 2012/2, 12 mars 2012, p. 47, par. 20.

<sup>119</sup> Voir *ibid.*, p. 48, par. 21 3).

<sup>120</sup> CR 2012/6, 19 mars 2012, p. 24-25.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 25, par. 43.

<sup>122</sup> *Ibid.*

tion of Chad is further confirmed by its statement before the UN Human Rights Committee, the supervisory organ of the UN Covenant on Civil and Political Rights, on the occasion of the consideration of Chad's initial report on measures undertaken to implement the provisions of the Covenant. In responding to questions put to it, the delegation of Chad, stressing its commitment to the struggle against impunity, declared, on 17 July 2009, that

“under Hissène Habré’s regime nothing had been done to restore the rule of law, since that regime had been a dictatorship . . . The present Government, however, wished to move forward, and in particular to combat impunity at all levels . . . Efforts to overcome political impunity would take a long time, but the Government was working actively to that end.

Although Chad’s request for Hissène Habré’s trial had been loud and clear, Senegal, which was responsible for conducting the trial, claimed to have financial difficulties.”<sup>123</sup>

#### 4. *The Struggle against Impunity in the Law of the United Nations*

130. The final document of the II World Conference of Human Rights (Vienna, 1993), of which I keep vivid memories<sup>124</sup>, the Vienna Declaration and Programme of Action, cared to include in its Part II two paragraphs (60 and 91) on the compelling struggle against impunity (of perpetrators of torture), which read as follows:

“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. (. . .)

The [II] World Conference on Human Rights views with concern the issue of impunity of perpetrators of human rights violations, and supports the efforts of the Commission on Human Rights and the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities to examine all aspects of the issue.”

131. In pursuance to the call of the 1993 World Conference of the United Nations, the (former) UN Commission on Human Rights, and its (former) Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human

<sup>123</sup> UN/Comité des droits de l’homme, 96th Session — 2636th meeting (of 17 July 2009), document CCPR/C/SR.2636, of 25 September 2009, p. 5, paras. 15-16. And cf. also: UN Human Rights Committee, “Human Rights Committee Considers Report of Chad”, [www.unog.ch/news](http://www.unog.ch/news), of 17 July 2009, p. 9.

<sup>124</sup> A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 2nd ed., Vol. I, Porto Alegre/Brazil, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 1-640; A. A. Cançado Trindade, “Memória da Conferência Mundial de Direitos Humanos (Vienna, 1993)”, 87/90 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1993-1994), pp. 9-57.

noncée devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies — l'organe de surveillance du Pacte international des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques — à l'occasion de l'examen de son rapport initial concernant les mesures prises afin de mettre en œuvre les dispositions dudit instrument. Dans les réponses qu'elle a fournies aux questions qui lui étaient adressées, la délégation tchadienne, soulignant son engagement à lutter contre l'impunité, a, le 17 juillet 2009, déclaré ce qui suit :

« sous le régime de Hissène Habré, rien n'a été fait pour rétablir l'état du droit, puisque c'était une dictature... Toutefois, le gouvernement actuel veut faire avancer les choses, et surtout combattre l'impunité, à tous les niveaux... Lutter contre l'impunité politique est une entreprise de longue haleine, mais le gouvernement travaille activement dans ce sens.

Le Tchad demande haut et fort que Hissène Habré soit jugé, mais le Sénégal, à qui incombe cette tâche, invoque des difficultés financières... »<sup>123</sup>

#### 4. La lutte contre l'impunité dans le droit des Nations Unies

130. Le document final de la II<sup>e</sup> Conférence mondiale sur les droits de l'homme (Vienne, 1993) — connu sous le nom de Déclaration et Programme d'action de Vienne, et qui reste bien présent dans ma mémoire<sup>124</sup> — a veillé à inclure, dans sa partie II, deux paragraphes (60 et 91) relatifs à la nécessité impérieuse de la lutte contre l'impunité (des auteurs d'actes de torture). Ces paragraphes sont ainsi libellés :

« Les Etats devraient abroger les lois qui assurent, en fait, l'impunité aux personnes responsables de violations graves des droits de l'homme telles que les actes de torture, et ils devraient poursuivre les auteurs de ces violations, asseyant ainsi la légalité sur des bases solides... »

La [II<sup>e</sup>] Conférence mondiale sur les droits de l'homme s'inquiète de la question de l'impunité des auteurs de violations des droits de l'homme et appuie les efforts que déploient la Commission des droits de l'homme et la sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités pour examiner tous les aspects de ce problème. »

131. Comme suite à l'appel lancé lors de la Conférence mondiale des Nations Unies de 1993, les (anciennes) Commission des droits de l'homme et sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme

<sup>123</sup> Comité des droits de l'homme, 96<sup>e</sup> session, 2636<sup>e</sup> séance (17 juillet 2009), Nations Unies, doc. CCPR/C/SR.2636, 25 septembre 2009, p. 5, par. 15-16. Voir également Comité des droits de l'homme, « Le Comité des droits de l'homme examine le rapport du Tchad », www.unog.ch/news, 17 juillet 2009, p. 9.

<sup>124</sup> A. A. Cañado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 2<sup>e</sup> éd., vol. I, Porto Alegre/Brésil, S.A. Fabris Ed., 2003, p. 1-640; A. A. Cañado Trindade, « Memória da Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993) », *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, n° 87/90 (1993-1994), p. 9-57.

Rights, engaged themselves in producing, in 1997, a *Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights through Action to Combat Impunity* (restated by the Commission in 2005)<sup>125</sup>. Later on, also in pursuance of the aforementioned call of the II World Conference on Human Rights, the (former) UN Commission on Human Rights adopted its resolution 2003/72, of 25 April 2003, wherein it deemed it fit to emphasize “the importance of combating impunity to the prevention of violations of international human rights and humanitarian law” as well as “the importance of taking all necessary and possible steps to hold accountable perpetrators, including their accomplices, of violations of international human rights and humanitarian law” (paras. 1-2). The resolution urged States to “give necessary attention” to the matter (para. 1), and recognized that

“crimes such as genocide, crimes against humanity, war crimes and torture are violations of international law, and (. . .) perpetrators of such crimes should be prosecuted or extradited by States (. . .)” (para. 10).

The resolution further urged “all States to take effective measures to implement their obligations to prosecute or extradite perpetrators of such crimes” (para. 10).

132. Moreover, the *dossier* of the present case before the Court contains other pertinent elements which cannot pass unnoticed herein. Belgium’s Memorial, for example, refers to numerous resolutions of the UN General Assembly and Security Council urging States to combat impunity in connection with grave violations of human rights<sup>126</sup> — a point reiterated in its oral arguments<sup>127</sup>. The UN Human Rights Committee (supervisory organ of the UN Covenant on Civil and Political Rights), in its General Comment No. 31 (of 2004), asserted, in connection with violations of the Covenant rights, that

“States parties must ensure that those responsible are brought to justice. As with failure to investigate, failure to bring to justice perpetra-

<sup>125</sup> Cf. UN document E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, Annex II, of 2 October 1997, pp. 13-25; and cf. UN/CHR, resolution 1998/53, of 17 April 1998. Cf., more recently, UN/CHR, document E/CN.4/2005/102/Add.1, Annex, of 8 February 2005, pp. 5-19. And cf. also L. Joinet (rapporteur), *La Cuestión de la Impunidad de los Autores de Violaciones de los Derechos Humanos (Derechos Civiles y Políticos) — Informe Final*, UN/Commission on Human Rights, doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20, of 26 June 1997, pp. 1-34; and, for the economic, social and cultural rights, cf. El Hadji Guissé (special rapporteur), *La Cuestión de la Impunidad de los Autores de Violaciones de los Derechos Humanos (Derechos Económicos, Sociales y Culturales) — Informe Final*, UN/Commission on Human Rights, doc. E/CN.4/Sub.2/1997/8, of 23 June 1997, pp. 1-43.

<sup>126</sup> Memorial of Belgium, of 1 July 2010, Vol. I, pp. 63-66, paras. 4.69-4.70.

<sup>127</sup> CR 2012/3, of 13 March 2012, pp. 24-26.



se sont engagées en présentant notamment, en 1997, un *Ensemble de principes pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité* (que la Commission a réaffirmé en 2005)<sup>125</sup>. Plus tard, comme suite, là encore, à l'appel précité de la II<sup>e</sup> Conférence mondiale sur les droits de l'homme, l'(ancienne) Commission des droits de l'homme a adopté sa résolution 2003/72 du 25 avril 2003, dans laquelle elle a jugé utile de souligner «l'importance du combat à mener contre l'impunité pour prévenir les violations du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire», ajoutant «qu'il import[ait] de prendre toutes les mesures nécessaires et possibles pour que les auteurs de violations du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire, ainsi que leurs complices, aient à rendre compte de leurs actes» (par. 1-2). Dans cette résolution, la Commission invitait instamment les Etats à «accorder l'attention voulue» à la question de l'impunité (par. 1), et convenait que

«des crimes tels que le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et les actes de torture constitu[ai]ent des violations du droit international et que leurs auteurs d[evaient] être traduits en justice ou extradés par les Etats...» (par. 10).

La résolution invitait en outre instamment «tous les Etats à prendre des mesures concrètes pour s'acquitter de leurs obligations à ce sujet» (par. 10).

132. Le dossier de la présente espèce contient d'autres éléments pertinents qui ne sauraient être passés sous silence. Dans le mémoire du Royaume de Belgique, par exemple, il est fait référence à de nombreuses résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité des Nations Unies invitant instamment les Etats à lutter contre l'impunité lorsque sont en cause de graves violations des droits de l'homme<sup>126</sup> ; ce point a été rappelé par la Belgique à l'audience<sup>127</sup>. Dans son observation générale n° 31 (de 2004), le Comité des droits de l'homme des Nations Unies (organe de surveillance du Pacte international relatif aux droits civils et politiques) a affirmé que, en cas de violation de certains droits reconnus dans le Pacte,

«les Etats parties d[evaient] veiller à ce que les responsables soient traduits en justice. Comme dans le cas où un Etat partie s'abstient de

<sup>125</sup> Voir Nations Unies, doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, annexe II, 2 octobre 1997, p. 13-25 ; et voir Nations Unies/CDH, résolution 1998/53 du 17 avril 1998. Voir, plus récemment, Nations Unies/CDH, doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, annexe, 8 février 2005, p. 5-19. Et voir également L. Joinet (rapporteur), *La Cuestión de la Impunidad de los Autores de Violaciones de los Derechos Humanos (Derechos Civiles y Políticos) — Informe Final*, Nations Unies/Commission des droits de l'homme, doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20, 26 juin 1997, p. 1-34 ; et, en ce qui concerne les droits économiques, sociaux et culturels, voir El Hadji Guissé (rapporteur spécial), *La Cuestión de la Impunidad de los Autores de Violaciones de los Derechos Humanos (Derechos Económicos, Sociales y Culturales) — Informe Final*, Nations Unies/Commission des droits de l'homme, doc. E/CN.4/Sub.2/1997/8, 23 juin 1997, p. 1-43.

<sup>126</sup> Mémoire du Royaume de Belgique, 1<sup>er</sup> juillet 2010, vol. I, p. 96-99, par. 4.69-4.70.

<sup>127</sup> CR 2012/3, 13 mars 2012, p. 24-26.

tors of such violations could in and of itself give rise to a separate breach of the Covenant” (Human Rights Committee, General Comment No. 31, para. 18).

133. After singling out, as particularly grave violations, the crimes of torture, of summary and arbitrary executions, and enforced disappearances of persons, the Human Rights Committee warned that “the problem of impunity for these violations, a matter of sustained concern by the Committee, may well be an important contributing element in the recurrence of the violations” (*ibid.*, para. 18). The Committee further warned as to the need “to avoid continuing violations” (*ibid.*, para. 19), and drew attention to the “special vulnerability of certain categories” of victims (*ibid.*, para. 15).

## XII. OBLIGATIONS UNDER CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW: A PRECISION AS TO THE COURT’S JURISDICTION

134. I turn now to another issue, dealt with in the present Judgment, in relation to which my reasoning is distinct from that of the Court. May I begin by recalling the fundamental human values underlying the absolute prohibition of torture, which I have already referred to (cf. *supra*). May I add, at this stage, that such prohibition is one of both *conventional* as well as *customary* international law. And it could not be otherwise, being a prohibition of *jus cogens*. In this sense, the 2005 study on *Customary International Humanitarian Law* undertaken by the International Committee of the Red Cross (ICRC) sustains that: “Torture, cruel or inhuman treatment and outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, are prohibited” (Rule 90)<sup>128</sup>. And it goes on to summarize, on the basis of an extensive research, that “State practice establishes this rule as a norm of customary international law applicable in both international and non-international armed conflicts”<sup>129</sup>.

135. Likewise, in its General Comment No. 2 (of 2008), focused on the implementation by States parties of Article 2 of the CAT<sup>130</sup>, the UN Committee against Torture acknowledged the Convention’s absolute (*jus cogens*) prohibition of torture as being also one of customary international law. It ensues from the *jus cogens* character of this prohibition that States parties are under the duty to remove any obstacles that impede the eradication of torture; they are bound to take “positive effective mea-

<sup>128</sup> ICRC, *Customary International Humanitarian Law* — Vol. I: *Rules*, Cambridge University Press, 2005 [reprint 2009], p. 315.

<sup>129</sup> *Ibid.*, Vol. I: *Rules*, p. 315, and cf. pp. 316-319; and cf. also ICRC, *Customary International Humanitarian Law* — Vol. II: *Practice* — Part 1, Cambridge University Press, 2005, pp. 2106-2160.

<sup>130</sup> UN doc. CAT/C/GC/2, of 24 January 2008, pp. 1-8, paras. 1-27.

mener une enquête, le fait de ne pas traduire en justice les auteurs de telles violations pourrait en soi donner lieu à une violation distincte du Pacte» (Comité des droits de l'homme, observation générale n° 31, par. 18).

133. Après avoir rappelé que les crimes tels que la torture, les exécutions sommaires et arbitraires et les disparitions forcées constituaient des violations particulièrement graves, le Comité des droits de l'homme a précisé que «le problème de l'impunité des auteurs de ces violations, question qui ne cess[ait] de préoccuper le Comité, p[ouvait] bien être un facteur important qui contribu[ait] à la répétition des violations» (*ibid.*, par. 18). Le Comité a en outre mis l'accent sur la nécessité «d'éviter la poursuite des violations» (*ibid.*, par. 19), et appelé l'attention sur les «faiblesses particulières de certaines catégories» de victimes (*ibid.*, par. 15).

## XII. OBLIGATIONS AU TITRE DU DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER : UNE PRÉCISION QUANT À LA COMPÉTENCE DE LA COUR

134. J'en viens maintenant à une autre question, abordée dans le présent arrêt, sur laquelle mon raisonnement diffère de celui de la Cour. Je souhaiterais commencer par rappeler les valeurs humaines fondamentales qui sous-tendent l'interdiction absolue de la torture, auxquelles je me suis déjà référé (voir *supra*). J'ajouterai, à ce stade, que cette interdiction relève du droit international à la fois *conventionnel* et *coutumier*. Il ne pourrait d'ailleurs en être autrement, puisqu'il s'agit d'une interdiction qui fait partie du *jus cogens*. De fait, dans son étude de 2005 intitulée *Droit international humanitaire coutumier*, le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) confirme que «[l]a torture, les traitements cruels ou inhumains et les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants, sont interdits» (règle 90)<sup>128</sup>. Et le Comité de résumer comme suit son étude approfondie: «Selon la pratique des Etats, cette règle constitue une norme de droit international coutumier applicable dans les conflits armés tant internationaux que non internationaux.»<sup>129</sup>

135. De même, dans son observation générale n° 2 (de 2008), axée sur la mise en œuvre de l'article 2 de la convention contre la torture<sup>130</sup> par les Etats parties, le Comité des Nations Unies contre la torture a reconnu que l'interdiction absolue (relevant du *jus cogens*) de la torture consacrée par ledit instrument relevait également du droit international coutumier. Il découle de la nature de règle de *jus cogens* de cette interdiction que les Etats parties sont tenus de supprimer tous les obstacles qui empêchent

<sup>128</sup> CICR, *Droit international humanitaire coutumier* — vol. I: *Règles*, Cambridge University Press, 2005 (rééd. 2009), p. 315.

<sup>129</sup> *Ibid.*, vol. I: *Règles*, p. 315, et voir p. 316-319; voir également CICR, *Droit international humanitaire coutumier* — vol. II: *Pratique* — partie 1, Cambridge University Press, 2005, p. 2106-2160.

<sup>130</sup> Nations Unies, doc. CAT/C/GC/2, 24 janvier 2008, p. 1-8, par. 1-27.

asures” to ensure that (Committee against Torture, General Comment No. 2, para. 4), and “*no exceptional circumstances whatsoever* may be invoked” by them to attempt to justify acts of torture (*ibid.*, para. 5). Stressing the CAT’s “overarching aim of preventing torture and ill-treatment” (*ibid.*, para. 11), General Comment No. 2 of the Committee against Torture further stated that each State party “should prohibit, prevent and redress torture and ill-treatment in all contexts of custody or control” (*ibid.*, para. 15), and then drew attention to the needed protection for individuals and groups made vulnerable by discrimination or marginalization (*ibid.*, paras. 20-24).

136. Having voted in favour of the conclusions reached by the Court in the present Judgment in the case concerning *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, I feel, however, obliged to lay down in the present separate opinion my understanding, distinct from the Court’s reasoning, corresponding to operative paragraph (2) of the *dispositif* of the present Judgment. May I, at first, recall that, in the *cas d’espèce*, Belgium requested the Court to declare that Senegal has breached an obligation under customary international law for its failure to bring criminal proceedings against Mr. H. Habré concerning core international crimes<sup>131</sup>. In this respect, the Court concludes, in paragraph 55, that

“at the time of the filing of the Application, the dispute between the Parties did not relate to breaches of obligations under customary international law and that it thus has no jurisdiction to decide on Belgium’s claims related thereto”.

137. The Court then goes on to consider whether it has jurisdiction on the basis of Article 30 (1) of the Convention against Torture (CAT). In operative paragraph (2) of the *dispositif*, the Court finds that “it has no jurisdiction” to entertain Belgium’s claims relating to Senegal’s “alleged breaches” of “obligations under customary international law”. It is important to be clear as to why the Court has not entertained, in the present case, Belgium’s claim that Senegal breached certain obligations under customary international law.

138. The Court first proceeded to determine, on the basis of the facts of the *cas d’espèce*, whether there was a dispute between the contending Parties concerning Senegal’s alleged violations of customary international law obligations. The question as to whether there is a dispute between the Parties concerning the corresponding obligations under customary international law turns on factual considerations. The question pertains to

<sup>131</sup> Cf. Memorial of Belgium, of 1 July 2010, p. 83, Submission 1 (*b*); Final Submissions of Belgium, of 19 March 2012, Submission 1 (*b*).

l'élimination de la torture; ils sont contraints de prendre des «mesures positives effectives» pour s'en assurer (Comité contre la torture, observation générale n° 2, par. 4), et «*aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, ne peut être invoquée*» par un Etat partie pour tenter de justifier des actes de torture (*ibid.*, par. 5). Soulignant l'«objectif général de la convention contre la torture qui consiste à prévenir la torture et les mauvais traitements» (*ibid.*, par. 11), le Comité des Nations Unies contre la torture a, dans son observation générale n° 2, affirmé en outre que chaque Etat partie «[devait] interdire, prévenir et réparer les actes de torture et mauvais traitements dans toutes les situations de garde ou de surveillance» (*ibid.*, par. 15), avant d'appeler l'attention sur la nécessaire protection des individus et des groupes rendus vulnérables par la discrimination ou la marginalisation (*ibid.*, par. 20-24).

136. Bien qu'ayant voté en faveur des conclusions auxquelles la Cour est parvenue en la présente affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, je me sens toutefois tenu, dans la présente opinion individuelle, de préciser en quoi je diffère du raisonnement de la Cour en ce qui concerne le deuxième point du dispositif du présent arrêt. Je rappellerai tout d'abord que, dans le cas d'espèce, la Belgique a prié la Cour de dire et juger que le Sénégal avait violé une obligation que lui impose le droit international coutumier en n'engageant pas de poursuites pénales à l'encontre de M. Hissène Habré en ce qui concerne des crimes internationaux fondamentaux<sup>131</sup>. A cet égard, la Cour conclut, dans le paragraphe 55 de son arrêt, que,

«au moment du dépôt de la requête, le différend qui opposait les Parties n'était pas relatif à des manquements à des obligations relevant du droit international coutumier, et qu'elle n'a donc pas compétence pour statuer sur les demandes de la Belgique qui s'y rapportent».

137. La Cour se penche ensuite sur la question de savoir si elle a compétence sur la base du paragraphe 1 de l'article 30 de la convention contre la torture. Dans le deuxième point du dispositif, elle conclut qu'«elle n'a pas compétence» pour connaître des demandes de la Belgique relatives à des «manquements allégués» par le Sénégal «à des obligations relevant du droit international coutumier». Il est important d'indiquer clairement pourquoi la Cour ne s'est pas, en la présente espèce, prononcée sur la réclamation de la Belgique suivant laquelle le Sénégal a manqué à certaines obligations relevant du droit international coutumier.

138. La Cour a d'abord cherché à déterminer, sur la base des faits de l'espèce, s'il existait un différend entre les Parties concernant le manquement, par le Sénégal, à certaines obligations de droit international coutumier. La question de savoir si un différend relatif à pareilles obligations existe entre les Parties repose sur des considérations d'ordre factuel. Elle consiste à savoir si, au vu du contexte factuel de la présente espèce, un

<sup>131</sup> Voir mémoire du Royaume de Belgique, 1<sup>er</sup> juillet 2010, p. 83, conclusion 1 b); conclusions finales de la Belgique, 19 mars 2012, conclusion 1 b).

whether, on the basis of the factual framework of the present case, a dispute existed between the Parties, at the time of the filing of the Application, concerning Senegal's obligation under customary international law to take action with regard to core international crimes<sup>132</sup>.

139. As the Court notes in paragraph 45 of the present Judgment, "the existence of a dispute is a condition of its jurisdiction under both bases of jurisdiction invoked by Belgium". It has long been established that "a dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons"<sup>133</sup>. In this context, the Court's *jurisprudence constante*, as recalled in the present Judgment, is to the effect that the Court's determination of the existence of a dispute "must turn on an examination of the facts" (Judgment, para. 46)<sup>134</sup>.

140. In the present case, the Court considered the facts, as they were presented to it, in order to decide whether there was a dispute between the contending Parties concerning the claims that Senegal had breached obligations under customary international law. The Court found that the diplomatic exchanges between the Parties, prior to Belgium's institution of the present proceedings, disclosed that Belgium did not refer to Senegal's alleged obligations under customary international law to take action against Mr. H. Habré for core international crimes. It followed that there could not have existed a disagreement (or a difference of opinion) between the Parties, as to Senegal's alleged obligations under customary international law in relation to the prosecution of Mr. H. Habré for the commission of core international crimes, at the time when Belgium filed the Application.

141. It is clear that, in the present case, the Court's determination of whether there was a dispute on this question rested on purely factual considerations of the case at issue. This is, in my view, *distinct from an examination by the Court of whether there is a legal basis of jurisdiction* over claims of alleged breaches of customary international law obligations. The Court's consideration of Belgium's claim that Senegal allegedly breached obligations under customary international law, as well as its conclusion thereon, stand in stark contrast to its examination of whether it has jurisdiction under the terms of Article 30 (1) of the CAT. As to the latter, the Court considers the *legal* conditions pursuant to Article 30 (1) of the Convention in order to assess whether there is a *legal basis of jurisdiction* according to the terms of that provision.

---

<sup>132</sup> Its determination is based upon the consideration of the circumstances of the present case (and particularly on the fact that, in the diplomatic correspondence between the Parties, Belgium did not refer to its claim that Senegal has an obligation under customary international law to prosecute those accused of the perpetration of core international crimes).

<sup>133</sup> *Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 11.

<sup>134</sup> The Court considers whether there is a dispute by examining the position of the contending Parties (including their exchanges), as disclosed in the records of the case.

différend opposait les Parties au moment du dépôt de la requête au sujet de l'obligation d'engager une action relative aux crimes internationaux les plus graves<sup>132</sup>, que le droit international coutumier impose au Sénégal.

139. Comme la Cour le relève au paragraphe 45 du présent arrêt, «l'existence d'un différend est une condition énoncée dans les deux bases de compétence que la Belgique a invoquées». Il est établi de longue date qu'«[u]n différend est un désaccord sur un point de droit ou de fait, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes»<sup>133</sup>. A cet égard, il ressort de la jurisprudence constante de la Cour — comme cela est rappelé dans le présent arrêt — que, lorsque celle-ci cherche à déterminer l'existence d'un différend, elle «doit s'attacher aux faits» (arrêt, par. 46)<sup>134</sup>.

140. Dans la présente affaire, la Cour a examiné les faits tels qu'ils lui avaient été présentés afin de déterminer s'il existait un différend entre les Parties concernant les demandes relatives au fait que le Sénégal aurait manqué à ses obligations au regard du droit international coutumier. Au vu des échanges diplomatiques entre les Parties antérieurs à l'introduction de la présente instance par la Belgique, elle a jugé que celle-ci ne s'était pas référée aux obligations d'engager des poursuites à l'encontre de M. Hissène Habré pour les crimes internationaux les plus graves que le droit international coutumier imposerait au Sénégal. Dès lors, aucun désaccord (ou aucune divergence d'opinion) quant aux obligations alléguées du Sénégal en la matière ne pouvait exister entre les Parties au moment où la Belgique a déposé sa requête.

141. Il apparaît clairement que, en la présente espèce, la Cour s'est attachée à des considérations purement factuelles aux fins de déterminer l'existence d'un différend relatif à cette question. Selon moi, pareille approche *diffère d'un examen par la Cour de la question de savoir s'il existe une base juridique de compétence* quant aux demandes relatives aux violations alléguées d'obligations relevant du droit international coutumier. La manière dont la Cour a considéré la réclamation de la Belgique selon laquelle le Sénégal aurait manqué à certaines obligations lui incombant au regard du droit international coutumier, ainsi que les conclusions qu'elle a formulées à cet égard, contrastent radicalement avec l'examen qu'elle fait de la question de savoir si elle est compétente au titre du paragraphe 1 de l'article 30 de la convention contre la torture. S'agissant de cette disposition, la Cour examine en effet les conditions *juridiques* qui y sont énoncées afin de déterminer s'il existe, aux termes de cette disposition, une *base juridique de compétence*.

<sup>132</sup> Cette détermination repose sur les circonstances de la présente espèce (et particulièrement sur le fait que, dans la correspondance diplomatique qu'ont échangée les Parties, la Belgique n'ait pas fait mention de sa réclamation selon laquelle le droit international coutumier fait obligation au Sénégal de poursuivre les personnes accusées d'avoir commis les crimes internationaux les plus graves).

<sup>133</sup> *Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2*, p. 11.

<sup>134</sup> C'est en examinant la position des Parties (y compris leurs échanges), telle qu'elle est exprimée dans le dossier de l'affaire, que la Cour recherche l'existence d'un différend.



142. Contrastingly, with regard to the claim of alleged breaches of customary international law obligations, the Court's analysis hinges on *factual* considerations of the present case (Judgment, para. 55). In my perception, paragraph 55 and operative paragraph (2) of the *dispositif* of the present Judgment are not to be understood as meaning that the Court lacks jurisdiction to entertain claims of breaches of a State's alleged obligations under customary international law (e.g., to prosecute perpetrators of core international crimes, such as raised in this case). As in the circumstances of the *cas d'espèce* the dispute between the Parties at the time of the filing of the Application did not include claims of alleged breaches by Senegal of obligations under customary international law, the Court improperly stated that it did not have jurisdiction to dwell upon those alleged breaches.

143. The Court, in my view, did not express itself well. The proper understanding of paragraph 55, in combination with operative paragraph (2) of the *dispositif* of the present Judgment, is, in my understanding, that the determination that the facts of the present case do not disclose a dispute between the Parties as to Senegal's alleged breach of obligations under customary international law is not the same as the finding that the Court presumably does not have jurisdiction to entertain the claims of alleged breaches of obligations under customary international law.

144. What the Court really wished to say, in my perception, is that *there was no material object for the exercise of its jurisdiction* in respect of obligations under customary international law, rather than a lack of its own jurisdiction *per se*<sup>135</sup>. The finding that, in the circumstances of the present case, a dispute did not exist between the contending Parties as to the matter at issue, *does not necessarily mean that, as a matter of law, the Court would automatically lack jurisdiction*, to be exercised in relation to the determination of the existence of a dispute concerning breaches of alleged obligations under customary international law.

### XIII. A RECURRING ISSUE: THE TIME OF HUMAN JUSTICE AND THE TIME OF HUMAN BEINGS

#### 1. *An Unfortunate Décalage to Be Bridged*

145. Already in my earlier dissenting opinion in the Court's Order of 28 May 2009 (not indicating provisional measures of protection) in

---

<sup>135</sup> As already pointed out, the Court's finding concerning Belgium's claim that Senegal breached certain obligations under customary international law is based on the specific factual background of the present case, and particularly on the fact that Belgium did not refer, in its diplomatic correspondence or otherwise, to such obligations.

142. En revanche, s'agissant de la demande relative aux violations alléguées d'obligations relevant du droit international coutumier, l'examen de la Cour repose sur des considérations *factuelles* de la présente espèce (arrêt, par. 55). A mon sens, le paragraphe 55 ainsi que le deuxième point du dispositif du présent arrêt ne doivent pas être compris comme signifiant que la Cour n'a pas compétence pour connaître de demandes relatives à des violations, par un Etat, d'obligations qui lui incomberaient au regard du droit international coutumier (par exemple, l'obligation de poursuivre les auteurs des crimes internationaux les plus graves, tels que ceux dont il est question en l'espèce). Etant donné que, dans les circonstances du cas d'espèce, le différend entre les Parties n'incluait pas, au moment du dépôt de la requête, de demandes relatives au fait que le Sénégal aurait manqué à des obligations que lui impose le droit international coutumier, la Cour s'est, à tort, déclarée incompétente pour connaître de ces manquements allégués.

143. Selon moi, la Cour ne s'est pas bien exprimée; le paragraphe 55, lu conjointement avec le deuxième point du dispositif du présent arrêt, doit être interprété comme signifiant que la conclusion suivant laquelle les faits de la présente espèce ne révèlent pas de différend entre les Parties en ce qui concerne le manquement allégué du Sénégal à des obligations qui lui incombent au regard du droit international coutumier diffère de la conclusion selon laquelle la Cour n'a, semble-t-il, pas compétence pour connaître de pareilles demandes.

144. Ce que la Cour a réellement voulu dire, à mon sens, c'est qu'*il n'y avait pas d'objet matériel pour qu'elle exerce sa compétence* relativement aux obligations découlant du droit international coutumier, et non qu'elle n'était pas compétente *per se*<sup>135</sup>. La conclusion selon laquelle, dans les circonstances de l'espèce, il n'existait pas de différend entre les Parties à ce sujet *ne signifie pas nécessairement que, d'un point de vue juridique, la Cour serait forcément incompétente* pour déterminer l'existence d'un différend relatif à des violations d'obligations découlant du droit international coutumier.

### XIII. UNE QUESTION RÉCURRENTÉ : LE TEMPS DE LA JUSTICE DES HOMMES ET LE TEMPS DES ÊTRES HUMAINS

#### 1. *Un décalage regrettable auquel il convient de remédier*

145. Dans ma précédente opinion dissidente, dont l'exposé était joint à l'ordonnance (n'indiquant pas de mesures conservatoires) rendue par la

<sup>135</sup> Comme cela a déjà été indiqué, la conclusion de la Cour concernant la demande de la Belgique selon laquelle le Sénégal aurait manqué à certaines obligations au regard du droit international coutumier est fondée sur le contexte factuel spécifique de la présente espèce et, plus particulièrement, sur le fait que la Belgique n'a pas fait référence à pareilles obligations dans sa correspondance diplomatique, ou de toute autre manière.

the present case concerning *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, I deemed it fit to address the *décalage* to be bridged between the brief time of human beings (*vita brevis*) and the often prolonged time of human justice (*I.C.J. Reports 2009*, pp. 182-188, paras. 46-64). I stressed the crucial importance of the incidence of the time element — to the effect of avoiding undue delays — for the realization of justice in the present case (*ibid.*, pp. 191-194, paras. 74-84). In this respect, in that dissenting opinion I deemed it fit to warn that

“( . . . ) 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 latter.<sup>136</sup>

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 suffering<sup>137</sup>, and only the realization of justice can *alleviate* the suffering of the victims caused by the irreparable damage of torture.

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.

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.” (*Ibid.*, pp. 187, 191, 192 and 194, paras. 63, 75, 77 and 84).

146. The often prolonged delays in the operation of human justice seem to disclose an indifference to the brevity of human existence, to the time of human beings. But this is not the only means whereby the administration of human justice, in its handling of the time factor, seems to

<sup>136</sup> Cf., to this effect, A. Boulesbaa, *The UN Convention on Torture and the Prospects for Enforcement*, The Hague, Nijhoff, 1999, p. 227.

<sup>137</sup> The right to be herein preserved, the right to justice, is inextricably linked to (non-pecuniary) reparation.

Cour le 28 mai 2009 en la présente affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, j'avais déjà jugé utile de me pencher sur le décalage — auquel il convient de remédier — entre le temps compté des êtres humains (*vita brevis*) et le temps souvent long de la justice des hommes (*C.I.J. Recueil 2009*, p. 182-188, par. 46-64). A cet égard, j'ai souligné l'importance cruciale que revêt l'élément temporel — afin d'éviter des retards injustifiés — pour la réalisation de la justice en la présente espèce (*ibid.*, p. 191-194, par. 74-84), précisant que,

«... 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-ci.<sup>136</sup>

.....

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. A mes yeux, le châtement n'importe pas tant que la reconnaissance des souffrances humaines par la justice<sup>137</sup>, et seule la réalisation de la justice peut permettre d'*atténuer* les souffrances des victimes irrémédiablement marquées par la torture.

.....

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.

.....

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...» (*Ibid.*, p. 187, 191, 192 et 194, par. 63, 75, 77 et 84.)

146. Les délais, souvent fort longs, dans le fonctionnement de la justice humaine semblent traduire une indifférence face à la brièveté de la vie humaine, au temps des êtres humains. Telle n'est cependant pas, semble-t-il, la seule manière dont l'administration de la justice humaine, dans son

<sup>136</sup> Voir, en ce sens, A. Boulesbaa, *The UN Convention on Torture and the Prospects for Enforcement*, La Haye, Nijhoff, 1999, p. 227.

<sup>137</sup> Le droit qu'il convient de préserver ici — le droit à la justice — est indissociablement lié à la réparation (non pécuniaire).

operate against the expectation of justice on the part of human beings. One example is found in the undue invocation of non-retroactivity in relation to *continuing* wrongful situations of obstruction of access to justice extending themselves in time (cf. *infra*). Another example is afforded by the undue invocation of prescription in situations of the kind. Whether we look forth, or else back in time, we are faced with injustice in the handling of the time factor, making abstraction of the *gravity* of the breaches of law, to the detriment of victimized human beings.

147. In the present case concerning Mr. H. Habré, prescription has already been duly discarded by the 2006 Report of the AU Committee of Eminent African Jurists (para. 14). And, in my view, the invocation is likewise to be discarded in the present case, for the reasons that I lay down in Section XIV, *infra*, of the present separate opinion. One cannot lose sight of the fact that those who claim to have been victimized by the reported atrocities of the Habré regime in Chad (1982-1990) have been waiting for justice for over two decades, and it would add further injustice to them to prolong further their ordeal by raising new obstacles to be surmounted<sup>138</sup>. One has to bridge the unfortunate *décalage* between the time of human justice and the time of human beings.

148. The time factor cannot be handled in a way that leads to injustice. Certain conceptions, which took shape a long time ago in a historical context entirely distinct from the one with which we are confronted in the present case, cannot be mechanically applied herein. It should, moreover, be kept in mind that the passing of time does not heal the profound scars in human dignity inflicted by torture. Such scars can even be transmitted from one generation to another. Victims of such a grave breach of their inherent rights (as torture), who furthermore have no access to justice (*lato sensu*, i.e., no realization of justice), are victims also of a *continuing* violation (denial of justice), to be taken into account as a whole, without the imposition of time-limits decharacterizing the continuing breach<sup>139</sup>, until that violation ceases.

149. The passing of time cannot lead to subsequent impunity either; oblivion cannot be imposed, even less so in face of such a grave breach of human rights and of international humanitarian law as torture. The imperative of the preservation of the integrity of human dignity stands well above pleas of non-retroactivity and/or prescription. It is high time

---

<sup>138</sup> HRW, *The Trial of Hissène Habré: Time is Running Out for the Victims*, Vol. 19, January 2007, No. 2, pp. 1, 14 and 19.

<sup>139</sup> On the notion of “continuing situation” in international legal thinking, cf. case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, Counter-Claim, Order of 6 July 2010, *I.C.J. Reports 2010 (I)*, dissenting opinion of Judge Cançado Trindade, pp. 352-366, paras. 55-94.

traitement de l'élément temporel, s'effectue à rebours des attentes des êtres humains. L'invocation indue de la non-rétroactivité en ce qui concerne certaines situations illégales *continues* faisant obstacle à l'accès à la justice (voir *infra*) en est une illustration. Un autre exemple est celui de l'invocation indue de la prescription dans des situations du même type. Que ce soit en amont ou en aval du processus, on se trouve ainsi confronté à une injustice dans le traitement de l'élément temporel, sans qu'il soit tenu compte de la *gravité* des violations du droit qui ont été commises; cette injustice s'exerce au détriment des êtres humains victimes.

147. En ce qui concerne M. Hissène Habré, la prescription a déjà, à juste titre, été écartée dans le rapport de 2006 du Comité d'éminents juristes africains (Union africaine) (par. 14). Selon moi, pareille invocation doit aussi être écartée en la présente espèce, pour les raisons que j'exposerai dans la section XIV *infra* de la présente opinion individuelle. En effet, il ne faut pas perdre de vue le fait que les personnes qui disent avoir été victimes des atrocités perpétrées par le régime de M. Habré au Tchad (1982-1990) attendent que justice soit rendue depuis plus de vingt ans, et que, pour elles, il serait plus injuste encore de prolonger davantage leur calvaire en créant de nouveaux obstacles à surmonter<sup>138</sup>. Il convient de remédier au regrettable décalage qui existe entre le temps de la justice des hommes et le temps des êtres humains.

148. L'élément temporel ne saurait être traité d'une manière qui engendre l'injustice. Certaines conceptions, qui se sont fait jour il y a fort longtemps, dans un contexte historique radicalement différent de celui de la présente affaire, ne peuvent y être transposées mécaniquement. Il convient en outre de garder à l'esprit que le temps qui passe ne fera pas disparaître les profondes blessures que la torture a infligées à la dignité humaine. Pareilles blessures peuvent même se transmettre d'une génération à l'autre. Les victimes d'une violation aussi grave de leurs droits naturels (que l'est la torture), qui se voient, de surcroît, refuser l'accès à la justice (*lato sensu*, c'est-à-dire que justice n'est pas rendue), se trouvent également victimes d'une violation *continue* (le déni de justice) dont il convient de tenir compte dans son ensemble (sans l'assortir de limites temporelles qui vident son caractère continu de sa substance<sup>139</sup>), jusqu'à ce que ladite violation cesse.

149. Le temps qui passe ne peut pas non plus entraîner l'impunité; l'oubli ne saurait être imposé, et ce, d'autant moins qu'est en cause une violation des droits de l'homme et du droit international humanitaire aussi grave que l'est la torture. L'impératif du respect de la dignité humaine l'emporte très largement sur les arguments de non-rétroactivité ou de prescription. Il est

<sup>138</sup> HRW, *Le jugement de Hissène Habré: Le temps presse pour les victimes*, vol. 19, janvier 2007, n° 2, p. 1, 14 et 19.

<sup>139</sup> Sur la notion de «situation continue» dans la pensée juridique internationale, voir l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)*, demande reconventionnelle, ordonnance du 6 juillet 2010, C.I.J. Recueil 2010 (I), opinion dissidente de M. le juge Cançado Trindade, p. 352-366, par. 55-94.

to bridge the unfortunate *décalage* between the time of human justice and the time of human beings. Articles 5 (2), 6 (2) and 7 (1) — interrelated as they are — of the CAT forbid undue delays; if, despite the requirements contained therein, undue delays occur, there are breaches of those provisions of the CAT. This is clearly what has happened in the present case, in so far as Articles 6 (2) and 7 (1) of the CAT are concerned, as rightly upheld by this Court<sup>140</sup>.

150. It has already been pointed out that, in its decision of 19 May 2006 in the *Souleymane Guengueng and al. v. Senegal* case, the UN Committee against Torture found that the “reasonable time-frame” for the State concerned to take the necessary measures, in pursuance of the principle of universal jurisdiction, under Article 5 (2) of the CAT, had been, already by then, “considerably exceeded”. With such a prolonged delay, the same applied in respect of Article 6 (2) of the CAT, which expressly determines that the State party concerned “shall *immediately*<sup>141</sup> make a preliminary inquiry into the facts”. This has not been done to date. And the same also applies to the measure — submission of the case to the competent authorities for the purpose of prosecution — also in pursuance of the principle of universal jurisdiction, under Article 7 (1) of the CAT. This has not been done to date either.

151. Although the breach of Article 5 (2) ceased in 2007, with the adoption by Senegal of legislative reforms to bring its domestic law into conformity with Article 5 (2) of the CAT, the other continuing breaches of Articles 6 (2) and 7 (1) of the CAT persist to date. These provisions of the CAT are meant, as I perceive them, to bridge the unfortunate gap between the time of human justice and the time of human beings, by purporting to avoid, and not to allow, undue delays. Non-compliance with such provisions, as in the present case so far, perpetuates the unfortunate gap between the time of human justice and the time of human beings.

152. This is even more regrettable, bearing in mind that everyone lives within time — the existential time of each one. The irreversible passing of time not only leaves its marks in the aging body, but also marks its flow in one’s conscience. Each person is ineluctably linked more to her own existential time (which cannot be changed) than to the space where she lives (which can be changed). Each person lives inevitably within her own time, *conscious* that it will come to an end. If one’s life-time is marked by injustice and impunity, one is left with the impression, after the occurrence of all the atrocities, that nothing seems to have happened at all<sup>142</sup>.

<sup>140</sup> Operative paragraphs (4) and (5) of the *dispositif* of the present Judgment.

<sup>141</sup> Emphasis added.

<sup>142</sup> Cf. Jean Améry, *Levantar la Mano sobre Uno Mismo — Discurso sobre la Muerte Voluntaria* [*Hand an sich legen — Diskurs über den Freitod*, 1976], Valencia, Pre-Textos, 2005 (repub.), pp. 67, 91-92 and 143.



grand temps de remédier au regrettable décalage qui existe entre le temps de la justice des hommes et le temps des êtres humains. A cet égard, les articles 5, paragraphe 2, 6, paragraphe 2, et 7, paragraphe 1, de la convention contre la torture — qui sont étroitement liés — excluent tout retard injustifié; si, malgré ces prescriptions, pareils retards se produisent, cela constitue une violation desdites dispositions. Or, ainsi que la Cour l'a estimé à juste titre, c'est manifestement ce qui s'est produit en l'espèce en ce qui concerne les articles 6, paragraphe 2, et 7, paragraphe 1, de la convention<sup>140</sup>.

150. Il a déjà été indiqué que, dans sa décision du 19 mai 2006 en l'affaire *Souleymane Guengueng et autres c. Sénégal*, le Comité des Nations Unies contre la torture avait considéré que le «délai raisonnable» dans lequel l'Etat concerné aurait dû prendre les mesures nécessaires, en application du principe de la compétence universelle énoncé à l'article 5, paragraphe 2, de la convention contre la torture, était, à ce moment déjà, «largement dépassé». Compte tenu de ce retard prolongé, il en va de même concernant l'article 6, paragraphe 2, de la convention contre la torture, qui dispose expressément que l'Etat partie concerné «procède *immédiatement*<sup>141</sup> à une enquête préliminaire en vue d'établir les faits». Or, à ce jour, cette enquête n'a pas été effectuée. Il en va aussi de même en ce qui concerne la mesure — consistant à soumettre l'affaire aux autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale —, là encore en vertu du principe de compétence universelle, en application de l'article 7, paragraphe 1, dudit instrument. A ce jour, cela non plus n'a pas été effectué.

151. Quoique la violation de l'article 5, paragraphe 2, ait cessé en 2007 avec l'adoption par le Sénégal de réformes législatives visant à mettre son droit interne en conformité avec cette disposition, la violation des articles 6, paragraphe 2, et 7, paragraphe 1, de ladite convention perdure. Telles que je les conçois, ces dispositions ont pour objet de *remédier au regrettable décalage qui existe entre le temps de la justice des hommes et le temps des êtres humains*, et sont censées prévenir et interdire tout retard injustifié. Le fait de ne pas se conformer à ces dispositions, comme c'est le cas en l'espèce jusqu'à présent, perpétue ce regrettable décalage.

152. Cela est d'autant plus regrettable que l'existence de tout un chacun est circonscrite par le temps, le temps existentiel. L'implacable passage du temps laisse son empreinte non seulement sur notre corps vieillissant, mais aussi sur notre conscience. Fatalement, chacun d'entre nous est davantage lié à son temps existentiel (qui ne peut pas être modifié) qu'à l'espace où il vit (qui, lui, peut l'être); fatalement, nous vivons tous dans les limites de notre temps propre, *conscients* que celui-ci prendra fin. Si l'existence d'une personne est marquée par l'injustice dont elle est victime et l'impunité des auteurs, elle aura l'impression, malgré toutes ces atrocités, que rien ne s'est passé aux yeux du monde<sup>142</sup>.

<sup>140</sup> Arrêt, points 4 et 5 du dispositif.

<sup>141</sup> Les italiques sont de moi.

<sup>142</sup> Voir Jean Améry, *Levantur la Mano sobre Uno Mismo — Discurso sobre la Muerte Voluntaria* [*Hand an sich legen — Diskurs über den Freitod*, 1976], Valence, Pre-Textos, 2005 (rééd.), p. 67, 91-92 et 143.

153. To live within time can thus at times be particularly painful, the more one is conscious of the brevity of one's lifetime. Even if nothing wrongful had happened, to live within one's time, and to accept the effect of its implacable passing upon oneself, up to the end of one's existence, is already difficult. To feel the existential time pass with injustice prevailing, and surrounded by indifference, is all the more painful; the passing of time in such circumstances is on the verge of becoming truly unbearable. Prolonged and definitive injustice may lead — and not seldom has led — victims of grave violations of human rights into despair. The graver the violation, the greater the likelihood of this to happen. Impunity is an additional violation of human rights.

## 2. *Making Time Work Pro Victima*

154. In the domain of the international law of human rights, which is essentially victim-oriented, the time factor is to be made to operate *pro victima*. As to the principle *aut dedere aut judicare* set forth in Article 7 (1), it has already been indicated that *aut judicare* is ineluctably associated with the requirement of absence of undue delays. For its part, extradition, largely dependent upon the existence of treaties and the interpretation given to them in the circumstances of each case, is bound to remain largely discretionary. What comes promptly into the fore in the *cas d'espèce* is the requirement of expeditious inquiry into the facts for the purpose of prosecution, a duty incumbent upon States parties to the CAT. The duty of prosecution is further singled out by the requirement, under Article 4 of the CAT, of criminalization of all acts of torture under domestic law, taking into account “their grave nature”. Extradition comes into the picture only in case of the absence of prosecution.

155. In this connection, the recent judgment (of 2010) of the Court of Justice of the Economic Community of West African States (ECOWAS Court of Justice) cannot be seen as an obstacle to Senegal's compliance with its obligations under Article 7 of the CAT. In fact, it can at first be argued, as Belgium does<sup>143</sup>, that Senegal has been in non-compliance with its obligations under the CAT (such as those under Article 7) for years, well before the judgment of the ECOWAS Court was delivered in 2010<sup>144</sup>. In this connection, I find Senegal's reiterated contentions

<sup>143</sup> CR 2012/3, of 13 March 2012, p. 17.

<sup>144</sup> Thus, from the start it does not seem reasonable to rely on this recent ECOWAS judgment to attempt to justify that continuing non-compliance, largely predating the latter judgment. Moreover, Senegal's continuing non-compliance with the obligation *aut dedere aut judicare*, enshrined in Article 7 of the CAT, has created a situation whereby Mr. H. Habré has been under house surveillance for an extended period of time — according to the pleadings of the Parties since 2000; cf. CR 2012/4, of 15 March 2012, p. 21,

153. Vivre dans les limites de son temps propre peut donc se révéler particulièrement douloureux si l'on est conscient de la brièveté de l'existence. Même lorsque aucun tort n'a été causé, il est difficile de vivre dans le temps limité qui nous est accordé et d'accepter l'effet de ce temps qui passe, implacablement, jusqu'au crépuscule de notre existence. Dans un contexte d'injustice et d'indifférence, la conscience de l'écoulement du temps existentiel est donc d'autant plus douloureuse; en pareilles circonstances, la fuite du temps n'est pas loin de devenir proprement insupportable. Une situation d'injustice prolongée et définitive peut ainsi — et ce n'est pas rare — conduire les victimes de violations graves des droits de l'homme au désespoir. Plus la violation est grave, plus ce risque est grand. L'impunité constitue une violation supplémentaire des droits de l'homme.

## 2. *Faire en sorte que le temps œuvre pro victima*

154. Dans le domaine du droit international des droits de l'homme, qui est essentiellement orienté vers les victimes, l'élément temporel doit servir à œuvrer *pro victima*. S'agissant du principe *aut dedere aut judicare*, énoncé à l'article 7, paragraphe 1, de la convention contre la torture, le volet *aut judicare* s'accompagne nécessairement, ainsi que cela a déjà été indiqué, de l'exigence qu'il n'y ait pas de retard injustifié. L'extradition, quant à elle, qui repose en grande partie sur l'existence d'instruments conventionnels et l'interprétation qui en est donnée selon les circonstances de chaque affaire, est vouée à demeurer largement discrétionnaire. Ce qui apparaît très vite comme étant au cœur du cas d'espèce, c'est l'exigence d'une enquête immédiate en vue d'établir les faits aux fins de l'exercice de l'action pénale, obligation qui incombe à l'ensemble des Etats parties à la convention contre la torture. L'obligation de poursuivre est également mise en évidence par l'exigence d'incrimination en droit interne, énoncée à l'article 4 de la convention contre la torture, de tous les actes de torture, en prenant en considération leur «gravité». L'extradition n'est envisagée qu'en cas d'absence de poursuites.

155. A cet égard, l'arrêt qu'a récemment rendu la Cour de justice de la CEDEAO (en 2010) ne peut être considéré comme faisant obstacle au respect, par le Sénégal, des obligations qui lui incombent aux termes de l'article 7 de la convention contre la torture. De fait, on peut d'abord affirmer, comme le fait la Belgique<sup>143</sup>, que cela fait des années que le Sénégal ne respecte pas les obligations que lui impose cet instrument (comme celles qui sont énoncées à l'article 7), et que tel était le cas bien avant que l'arrêt de la Cour de la CEDEAO ne soit prononcé, en 2010<sup>144</sup>.

<sup>143</sup> CR 2012/3, 13 mars 2012, p. 17.

<sup>144</sup> Il apparaît donc d'emblée qu'il n'est guère raisonnable de se prévaloir de ce récent arrêt de la Cour de justice de la CEDEAO pour tenter de justifier ce manquement persistant, d'ailleurs bien antérieur à ladite décision. De surcroît, le manquement persistant du Sénégal à l'obligation *aut dedere aut judicare*, consacrée à l'article 7 de la convention contre la torture, a entraîné le placement prolongé de M. Habré en résidence surveillée depuis 2000, selon les Parties; voir CR 2012/4, 15 mars 2012, p. 21, par. 7. Voir

(in its Counter-Memorial<sup>145</sup> and oral arguments<sup>146</sup>) of alleged difficulties ensuing from the judgment of the ECOWAS Court of Justice of 2010 unpersuasive. They do not — cannot — bear an impact on compliance with its obligations under the CAT.

156. Likewise, they cannot be invoked in a way that generates further delays in the realization of justice. A supervening decision of an international tribunal (the ECOWAS Court of Justice) cannot encroach upon the current exercise of the judicial function of another international tribunal (the ICJ), performing its duty to pronounce on the interpretation and application of the CAT — one of the “core Conventions” of the United Nations in the domain of human rights —, in order to make sure that justice is done. As the ICJ rightly stated in the present Judgment, “The Court considers that Senegal’s duty to comply with its obligations under the Convention cannot be affected by the decision of the ECOWAS Court of Justice” (para. 111).

157. It is my view that co-existing international tribunals perform a *common mission* of imparting justice, of contributing to the common goal of the *realization of justice*. The decision of any international tribunal is to be properly regarded as contributing to that goal, and not as disseminating discord<sup>147</sup>. There is here a convergence, rather than a divergence,

---

para. 7. Cf. also Counter-Memorial of Senegal, p. 3. It may thus be argued that the delay in prosecuting (or extraditing) him, while still keeping him under house surveillance (amounting to a preventive detention), is contrary to his right to be tried without undue delay; furthermore, at present this calls into question whether Senegal has truly intended so far to prosecute Mr. H. Habré. In addition, arguments as to the question of non-retroactivity seem hardly convincing; for criticisms, cf., e.g., V. Spiga, “Non-Retroactivity of Criminal Law: A New Chapter in the Hissène Habré Saga”, 9 *Journal of International Criminal Justice* (2011), pp. 5-23; A. D. Olinga, “Les droits de l’homme peuvent-ils soustraire un ex-dictateur à la justice? L’affaire *Hissène Habré* devant la Cour de Justice de la CEDEAO”, 22 *Revue trimestrielle des droits de l’homme* (2011), No. 87, pp. 735-746; K. Neldjingaye, “The Trial of Hissène Habré in Senegal and Its Contribution to International Criminal Law”, in *Prosecuting International Crimes in Africa* (eds. C. Murungu and J. Biegon), Pretoria/South Africa, Pretoria University Law Press (PULP), 2011, pp. 185-196.

<sup>145</sup> Counter-Memorial of Senegal, Vol. I, paras. 67-70, 77, 85, 115-119, 176 and 241.

<sup>146</sup> CR 2012/4, of 15 March 2012, paras. 22, 42-43, 47, 51-53, 55-56, 58-59, 65, 69 and 71; CR 2012/5, of 16 March 2012, paras. 12.22, 16.16-18 and 20-21, and 27.11-12; CR 2012/7, of 21 March 2012, paras. 14.26, 17.8 and 24.25-26.

<sup>147</sup> Accordingly, it should not pass unnoticed, in this connection, that Mr. H. Habré has been in custody (under house surveillance) for some years (CR 2012/5, of 16 March 2012, p. 21). The submission of the case for purpose of prosecution without undue delay would thus avoid what amounts to a preventive detention for an excessively prolonged period of time, without trial; A. Boulesbaa, *The UN Convention on Torture. . . , op. cit. supra* note 136, p. 225, and cf. pp. 226-227, on the question of pre-trial detention and its impact on the rights of the accused. In the present case, the undue delay in submitting the case to prosecution has thus also caused unreasonable delay in Mr. H. Habré’s preventive

A cet égard, je juge peu convaincante l'invocation réitérée par le Sénégal (dans son contre-mémoire<sup>145</sup> et à l'audience<sup>146</sup>) de prétendues difficultés résultant de cette décision de la Cour de justice de la CEDEAO. Cela n'a pas — et ne saurait avoir — d'incidence sur le respect des obligations incombant au Sénégal au titre de la convention contre la torture.

156. De même, l'invocation de pareilles difficultés ne saurait à son tour engendrer de nouveaux retards dans la réalisation de la justice. Une décision rendue par une juridiction internationale (la Cour de justice de la CEDEAO) ne saurait empiéter sur l'exercice de la fonction judiciaire d'une autre juridiction internationale (la présente Cour), qui s'acquitte de sa tâche consistant à se prononcer sur l'interprétation et l'application de la convention contre la torture — l'une des «conventions fondamentales» des Nations Unies en matière de droits de l'homme —, et ce, afin de veiller à ce que justice soit faite. Comme elle l'a affirmé à juste titre dans le présent arrêt, «[L]a Cour considère que les obligations qui incombent au Sénégal au titre de la convention ne sauraient être affectées par la décision de la Cour de justice de la CEDEAO» (par. 111).

157. Je suis d'avis que les juridictions internationales coexistantes ont pour *mission commune* de rendre la justice et de contribuer à l'objectif commun de *réalisation de la justice*. La décision d'une de ces juridictions, quelle qu'elle soit, doit être considérée comme apportant sa pierre à cet édifice commun, et non comme semant la discorde<sup>147</sup>. En

---

également contre-mémoire du Sénégal, p. 3. Il est donc permis de penser que le retard pris dans les poursuites (ou l'extradition) de M. Hissène Habré, tout en maintenant l'intéressé en résidence surveillée (ce qui équivaut à une détention préventive), est contraire au droit de celui-ci d'être jugé dans un délai raisonnable; cela pose en outre aujourd'hui la question de savoir si le Sénégal a jusqu'ici vraiment eu l'intention de poursuivre M. Hissène Habré. Par ailleurs, les arguments relatifs à la question de la non-rétroactivité semblent peu convaincants; pour une critique de ces arguments, voir par exemple V. Spiga, «Non-Retroactivity of Criminal Law: A New Chapter in the Hissène Habré Saga», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9 (2011), p. 5-23; A. D. Olinga, «Les droits de l'homme peuvent-ils soustraire un ex-dictateur à la justice? L'affaire *Hissène Habré* devant la Cour de Justice de la CEDEAO», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 22, n° 87 (2011), p. 735-746; K. Neldjingaye, «The Trial of Hissène Habré in Senegal and Its Contribution to International Criminal Law», *Prosecuting International Crimes in Africa* (dir. publ., C. Murungu et J. Biegon), Pretoria/Afrique du Sud, Pretoria University Law Press (PULP), 2011, p. 185-196.

<sup>145</sup> Contre-mémoire du Sénégal, vol. I, par. 67-70, 77, 85, 115-119, 176 et 241.

<sup>146</sup> CR 2012/4, 15 mars 2012, par. 22, 42-43, 47, 51-53, 55-56, 58-59, 65, 69 et 71; CR 2012/5, 16 mars 2012, par. 12.22, 16.16-18 et 20-21, et 27.11-12; CR 2012/7, 21 mars 2012, par. 14.26, 17.8 et 24.25-26.

<sup>147</sup> Aussi convient-il de ne pas passer sous silence le fait que M. Hissène Habré est en détention (en résidence surveillée) depuis un certain nombre d'années (CR 2012/5, 16 mars 2012, p. 21). La soumission de l'affaire aux autorités compétentes aux fins de l'exercice de l'action pénale sans retard injustifié aurait ainsi permis d'éviter une situation qui équivaut à une détention préventive pour une période extrêmement prolongée, sans procès; A. Boulesbaa, *The UN Convention on Torture...*, *op. cit. supra* note 136, p. 225, et voir p. 226-227, sur la question de la détention préventive et de ses conséquences sur les droits de l'accusé. En l'espèce, le retard injustifié dans la soumission de l'affaire aux autorités compétentes aux fins de l'exercice de l'action pénale a par conséquent aussi entraîné

of the *corpus juris* of the international law of human rights and international criminal law, for the correct interpretation and application by international tribunals.

#### XIV. THE TIME FACTOR: A REBUTTAL OF A REGRESSIVE INTERPRETATION OF THE CONVENTION AGAINST TORTURE

158. Paragraph 99 of the present Judgment, wherein the ICJ expressly acknowledges that “the prohibition of torture is part of customary international law and it has become a peremptory norm (*jus cogens*)”, is in my view one of the most significant passages of the present Judgment. My satisfaction would have been greater if the Court dwelt further upon it, and developed its reasoning on this particular issue, as it could and should, thus fostering the progressive development of international law. The Court, however, promptly turned around in the following paragraph, and started treading on troubled waters, embarking — to my regret — on a regressive interpretation of the relevant provision (Article 7 (1)) of the CAT.

159. In any case, up to now, the Court has not shown much familiarity with, nor strong disposition to, elaborate on *jus cogens*; it has taken more than six decades for it to acknowledge its existence *tout court*, in spite of its being one of the central features of contemporary international law. In effect, immediately after identifying the manifestation of *jus cogens* in the customary international law prohibition of torture (Judgment, para. 99), the Court has indulged into a consideration, *sponte sua*, of non-retroactivity of treaty provisions. The Court has done so (*ibid.*, paras. 100 to 104) adding an unnecessary — if not contradictory — element of confusion to its own reasoning.

160. It has done so, *sponte sua*, without having been asked to pronounce itself on this point — alien to the CAT — neither by Belgium nor by Senegal. It has done so despite the fact that the CAT, unlike other treaties, does not provide for, nor contain, any temporal limitation or express indication on non-retroactivity. It did so by picking out one older

---

detention, and that is contrary to basic postulates proper to the international law of human rights; cf., e.g., Article 14 (3) of the UN Covenant on Civil and Political Rights, providing for the right “to be tried without undue delay”. Moreover, the principle *aut dedere aut judicare* (in particular the obligation *aut judicare*), set forth in Article 7 (1) of the CAT, forbids undue delays, which would militate against the object and purpose of the Convention; cf., to this effect, J. H. Burgers and H. Danelius, *The United Nations Convention against Torture*, Dordrecht, Nijhoff, 1988, p. 137, and cf. also note 136, *supra*.

l'occurrence, il existe une convergence, et non une divergence, du *corpus juris* du droit international des droits de l'homme et du droit pénal international, qui permet aux juridictions internationales de parvenir à une interprétation et à une application appropriées de la convention.

#### XIV. L'ÉLÉMENT TEMPOREL : RÉFUTATION DE L'INTERPRÉTATION RÉGRESSIVE DE LA CONVENTION CONTRE LA TORTURE

158. Selon moi, le paragraphe 99 du présent arrêt, dans lequel la Cour reconnaît expressément que « l'interdiction de la torture relève du droit international coutumier et [qu']elle a acquis le caractère de norme impérative (*jus cogens*) », constitue l'un des passages les plus importants de cette décision. Ma satisfaction aurait toutefois été plus grande si la Cour s'était davantage attardée sur le sujet et avait développé son raisonnement sur ce point particulier, comme elle pouvait et devait le faire, contribuant ainsi au développement progressif du droit international. Dès le paragraphe suivant, la Cour a cependant fait volte-face pour s'avancer en eaux troubles et se livrer — ce que je déplore — à une interprétation régressive de l'article 7, paragraphe 1, de la convention contre la torture.

159. En tout état de cause, la Cour ne s'est pas, jusqu'à présent, montrée très au fait du *jus cogens*, et elle n'a guère semblé disposée à approfondir le sujet; il a fallu plus de soixante ans pour qu'elle reconnaisse simplement son existence, alors même qu'il s'agit d'une des caractéristiques principales du droit international contemporain. De fait, aussitôt après avoir déterminé que l'interdiction de la torture découlant du droit international coutumier était une expression du *jus cogens* (arrêt, par. 99), la Cour s'est lancée, *sponte sua*, dans une réflexion sur la non-rétroactivité des dispositions conventionnelles. Ce faisant (*ibid.*, par. 100-104), elle a introduit une confusion inutile — voire une contradiction — dans son propre raisonnement.

160. La Cour a agi ainsi *sponte sua*, sans qu'il lui ait été demandé, ni par la Belgique, ni par le Sénégal, de se prononcer sur ce point, qui ne figure d'ailleurs pas dans la convention contre la torture. Elle a agi ainsi en dépit du fait que la convention contre la torture, contrairement à d'autres traités, ne prévoit ni ne comporte de limite temporelle ou d'indication expresse de non-rétroactivité. Elle l'a fait en choisissant de se référer

---

une prolongation déraisonnable de la détention préventive de M. Hissène Habré, ce qui est contraire à certains postulats fondamentaux propres au droit international des droits de l'homme; voir par exemple l'article 14, paragraphe 3, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui prévoit le droit d'« être jugé sans retard excessif ». De plus, le principe *aut dedere aut judicare* (particulièrement l'obligation *aut judicare*), énoncé à l'article 7, paragraphe 1, de la convention contre la torture, interdit tout retard injustifié, qui serait contraire à l'objet et à la finalité de la convention; voir à cet effet J. H. Burgers et H. Danelius, *The United Nations Convention against Torture*, Dordrecht, Nijhoff, 1988, p. 137, et voir également note 136 *supra*.



decision (of 1989) of the UN Committee against Torture that suited its argument, and at the same time overlooking or not properly valuing more recent decisions of the Committee *a contrario sensu*, wherein the Committee overruled its previous decision relied upon by the Court in its reasoning.

161. The Court has referred approvingly to (Judgment, para. 101) an earlier decision of the Committee against Torture (of 23 November 1989) in the case *O. R. and al. v. Argentina*, whereby the Committee found that the CAT did not apply to acts of torture allegedly committed before the entry into force of the Convention in Argentina<sup>148</sup>. Yet, the Committee has, ever since, adopted a different approach, as illustrated in two subsequent cases. Thus, in 2003, in the case of *Bouabdallah Ltaief v. Tunisia*, the Committee considered allegations of acts of torture allegedly committed in 1987, notwithstanding the fact that the Convention entered into force for Tunisia in 1988<sup>149</sup>. In other words, the Committee did not distinguish between acts allegedly committed before the entry into force of the CAT for Tunisia and those allegedly perpetrated thereafter.

162. Similarly, more recently, in 2006, in the case of *Souleymane Guengueng and al. v. Senegal*<sup>150</sup>, which pertains to a similar factual background as the present case before this Court, the Committee again did not make any distinction between the facts that are reported to have taken place *before* the entry into force of the Convention for Senegal and those alleged to have occurred *afterwards*. Thus, it can be considered that the more recent approach of the Committee, as illustrated by these two decisions of 2003 and 2006, has been to apply the CAT without distinguishing between acts alleged to have occurred *before* the Convention entered into force for the respondent State, and those alleged to have occurred *thereafter*.

163. The fact is that the more recent decisions of the Committee against Torture provide no support to the reasoning of the Court on this particular point. Moreover, the Court has overlooked, or not valued properly, the responses given by the contending Parties to a question put to them from the bench, in a public sitting of the Court. In its response, Belgium recalled the object and purpose of the CAT and the two more

---

<sup>148</sup> CAT, case *O. R. et al. v. Argentina*, communications Nos. 1/1988, 2/1988 and 3/1988, decision of 23 November 1989, para. 7.3, *Official Records of the General Assembly*, 45th Session, Supplement No. 44 (doc. A/45/44), Annex V, p. 108, paras. 7.2-7.4 and 8.

<sup>149</sup> CAT, case *Bouabdallah Ltaief v. Tunisia*, communication No. 189/2001, decision of 14 November 2003, *Official Records of the General Assembly*, 59th Session, Supplement No. 44 (doc. A/59/44), Annex VII, p. 207, paras. 1.2, 2.1 and 10.1-10.9.

<sup>150</sup> CAT, case *Souleymane Guengueng and al. v. Senegal*, communication No. 181/2001, UN Convention against Torture (doc. C/36/D/181/2001), decision of 19 May 2006. And cf. Section III, *supra*.

rer à une décision ancienne (datant de 1989) du Comité des Nations Unies contre la torture qui correspondait à son raisonnement, tout en négligeant ou en n'appréciant pas à leur juste valeur certaines décisions rendues plus récemment par le Comité *a contrario sensu*, dans lesquelles celui-ci infirmait sa décision antérieure.

161. La Cour s'est ainsi référée — en y souscrivant — (arrêt, par. 101) à une décision ancienne rendue par le Comité des Nations Unies contre la torture (du 23 novembre 1989) en l'affaire *O. R. et autres c. Argentine*, dans laquelle le Comité avait estimé que la convention contre la torture ne trouvait pas à s'appliquer à des actes de torture qui auraient été commis avant son entrée en vigueur à l'égard de l'Argentine<sup>148</sup>. Or, le Comité a, depuis lors, toujours adopté une approche différente, ainsi que l'illustrent deux affaires plus récentes. Ainsi, en 2003, dans l'affaire *Bouabdallah Ltaief c. Tunisie*, il a pris en considération des allégations d'actes de torture qui auraient été commis en 1987, et ce, bien que la convention ne soit entrée en vigueur à l'égard de la Tunisie qu'en 1988<sup>149</sup>. Autrement dit, il n'a pas établi de distinction entre les actes qui auraient été commis avant l'entrée en vigueur de cet instrument à l'égard de la Tunisie et les faits qui auraient été commis après cette date.

162. De même, plus récemment, dans l'affaire *Souleymane Guengueng et autres c. Sénégal*<sup>150</sup> de 2006 — dont le contexte factuel était similaire à celui de la présente espèce —, le Comité n'a, là encore, fait aucune distinction entre les faits qui auraient eu lieu *avant* l'entrée en vigueur de la convention à l'égard du Sénégal et ceux qui se seraient déroulés *après*. Il est donc permis de considérer que l'approche plus récente du Comité, qu'illustrent ces deux décisions de 2003 et de 2006, a consisté à appliquer la convention contre la torture sans établir de distinction entre des actes qui se seraient déroulés *avant* l'entrée en vigueur de la convention à l'égard de l'Etat défendeur et des actes qui se seraient déroulés *après* cette date.

163. Le fait est que les décisions plus récentes du Comité contre la torture ne viennent pas étayer le raisonnement de la Cour sur ce point spécifique. En outre, celle-ci a négligé les réponses données par les Parties à une question qui leur avait été adressée par la Cour en audience publique, ou ne leur a pas accordé le poids qu'il convenait. Dans sa réponse, la Belgique a en effet rappelé l'objet et le but de la convention contre la tor-

<sup>148</sup> Comité contre la torture, affaire *O. R. et autres c. Argentine*, communications n<sup>os</sup> 1/1988, 2/1988 et 3/1988, décision du 23 novembre 1989, par. 7.3, *Documents officiels de l'Assemblée générale*, 45<sup>e</sup> session, supplément n<sup>o</sup> 44 (Nations Unies, doc. A/45/44), annexe V, p. 108, par. 7.2-7.4 et 8.

<sup>149</sup> Comité contre la torture, affaire *Bouabdallah Ltaief c. Tunisie*, communication n<sup>o</sup> 189/2001, décision du 14 novembre 2003, *Documents officiels de l'Assemblée générale*, 59<sup>e</sup> session, supplément n<sup>o</sup> 44 (Nations Unies, doc. A/59/44), annexe VII, p. 207, par. 1.2, 2.1 et 10.1-10.9.

<sup>150</sup> Comité contre la torture, affaire *Souleymane Guengueng et autres c. Sénégal*, communication n<sup>o</sup> 181/2001, convention des Nations Unies contre la torture (Nations Unies, doc. C/36/D/181/2001), décision du 19 mai 2006. Et voir section III *supra*.

recent cases decided by the Committee against Torture (in the *Bouabdallah Ltaief* and the *Souleymane Guengueng and al.* cases, *supra*), and contended, as to the procedural obligations under Article 7 of the CAT, that

“[t]here is nothing unusual in applying such procedural obligations to crimes that occurred before the procedural provisions came into effect. There is nothing in the text of the Convention, or in the rules of treaty interpretation, that would require that Article 7 not apply to alleged offenders who are present in the territory of a State party after the entry into force of the Convention for that State, simply because the offences took place before that date. Such an interpretation would run counter to the object and purpose of the Convention. (. . .) [T]he procedural obligations owed by Senegal are not conditioned *ratione temporis* by the date of the alleged acts of torture. (. . .) That does not involve a retroactive application of the Convention to the omissions of Senegal. All these omissions took place after both States, Belgium and Senegal, became parties to the Convention and became mutually bound by the procedural obligations contained therein.”<sup>151</sup>

164. Likewise, in its response, Senegal, much to its credit, acknowledged the importance of the obligations, “binding on all States”, pertaining to the “punishment of serious crimes under international humanitarian law”, such as those in breach of the prohibition of torture. Turning to the procedural obligations under Article 7 (1) of the CAT, Senegal added that

“it does not deny that the obligation provided for in the Convention can be applied to the offences allegedly committed before 26 June 1987, when the Convention entered into force for Senegal”<sup>152</sup>.

165. The Court, notwithstanding, has proceeded to impose a temporal limitation *contra legem* to the obligation to prosecute under Article 7 (1) of the CAT (Judgment, para. 100, *in fine*). There were other points overlooked by the Court in this respect. For example, it has not taken into account that occurrences of systematic practice of torture conform *continuing situations* in breach of the CAT<sup>153</sup>, to be considered as a whole,

<sup>151</sup> Questions Put to the Parties by Members of the Court at the Close of the Public Hearing Held on 16 March 2012: Compilation of the Oral and Written Replies and the Written Comments on those Replies, doc. BS-2012/39, of 17 April 2012, pp. 50-52 paras. 49 and 52.

<sup>152</sup> *Ibid.*, p. 52.

<sup>153</sup> On the notion of *continuing situation* in international legal thinking, cf. case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, *Counter-Claim, Order of 6 July 2010*, *I.C.J. Reports 2010 (I)*, dissenting opinion of Judge Cançado Trindade, pp. 354-366, paras. 60-94.

ture, ainsi que les deux affaires plus récemment tranchées par le Comité (les affaires *Bouabdallah Ltaief* et *Souleymane Guengueng*, voir *supra*), et soutenu, quant aux obligations procédurales, énoncées à l'article 7 de la convention contre la torture, que

«[i]l n'y a[vait] rien d'inhabituel à ce que ces obligations de procédure soient appliquées à des crimes commis avant l'entrée en vigueur des dispositions en question. Rien dans le texte de la convention, ni dans les règles relatives à l'interprétation des traités, n'exclut que l'article 7 s'applique aux auteurs présumés d'infractions se trouvant sur le territoire d'un Etat partie après l'entrée en vigueur dudit instrument à l'égard de cet Etat, au seul motif que les infractions en cause ont été commises avant cette date. Pareille interprétation serait contraire à l'objet et au but de la convention ... [L]es obligations procédurales qui incombent au Sénégal ne sont pas conditionnées *ratione temporis* par la date des actes de torture allégués... Cela ne revient pas à appliquer rétroactivement la convention aux omissions du Sénégal. L'ensemble de ces omissions a en effet eu lieu après que les deux Etats, la Belgique et le Sénégal, sont devenus parties à cet instrument, se trouvant ainsi réciproquement liés par les obligations procédurales qui y sont énoncées.»<sup>151</sup>

164. De même, dans sa réponse, le Sénégal — ce qui est tout à son honneur — a reconnu l'importance des obligations «devant s'imposer à tous les Etats» en matière de «répression de crimes graves du droit international», tels que ceux commis en violation de l'interdiction de la torture. S'agissant des obligations procédurales au titre de l'article 7, paragraphe 1, de la convention contre la torture, le Sénégal a ajouté que

«[i]l ne ni[ait] pas, au demeurant, que l'obligation prévue à ladite convention puisse s'appliquer aux infractions prétendument commises avant le 26 juin 1987, date d'entrée en vigueur, pour le Sénégal, de la convention»<sup>152</sup>.

165. Ce nonobstant, la Cour a imposé une limitation temporelle *contra legem* à l'obligation de poursuivre énoncée à l'article 7, paragraphe 1, de la convention contre la torture (arrêt, par. 100, *in fine*), négligeant à cet égard d'autres éléments encore. Ainsi n'a-t-elle pas tenu compte de ce que les cas de pratique systématique de la torture correspondaient à des *situations continues* de violation de la convention contre la torture<sup>153</sup>,

<sup>151</sup> Questions posées aux Parties par des membres de la Cour au terme de l'audience du 16 mars 2012: compilation des réponses orales et écrites et des observations écrites sur lesdites réponses, BS-2012/39, 17 avril 2012, p. 50-52, par. 49 et 52.

<sup>152</sup> *Ibid.*, p. 52.

<sup>153</sup> Au sujet de la notion de «situation continue» dans la pensée juridique internationale, voir l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie)*, demande reconventionnelle, ordonnance du 6 juillet 2010, C.I.J. Recueil 2010 (I), opinion dissidente du juge Cançado Trindade, p. 354-366, par. 60-94.

without temporal limitations decharacterizing it, until they cease. Nor has it taken into account the distinct approaches of domestic criminal law and contemporary international criminal law, with regard to pleas of non-retroactivity.

166. And nor has the Court taken into account that such pleas of non-retroactivity become a moot question wherever the crimes of torture had already been prohibited by customary international law (as in the present case) at the time of their repeated or systematic commission. Ultimately — and summing up — the Court has pursued, on this particular issue, a characteristic voluntarist reasoning, focused on the will of States within the confines of the strict and static inter-State dimension. But it so happens that the CAT (the applicable law in the *cas d'espèce*) is rather focused on the victimized human beings, who stand in need of protection. It is further concerned to guarantee the non-repetition of crimes of torture, and to that end it enhances the struggle against impunity. Human conscience stands above the will of States.

167. The Court has pursued a negative or self-restricted approach to its jurisdiction. In respect of Article 5 (2) of the CAT, what does not exist here is the *object* of a dispute over which to exercise its jurisdiction; the Court, in my understanding, remains endowed with jurisdiction, with its authority or aptitude to say what the law is (to do justice), to pronounce on the CAT, and to determine, *inter alia*, that the dispute concerning Article 5 (2) has ceased, but it will nevertheless take into account — as it has done (Judgment, para. 48) — its *effects* in relation to its determination of the breaches by the respondent State of Articles 6 (2) and 7 (1) of the CAT. The three aforementioned provisions of the CAT are ineluctably interrelated. By the same token, the Court retains its jurisdiction to pronounce upon the corresponding customary international law prohibition of torture. This is a point which requires clarification.

168. Accordingly, it would seem inconsistent with the object and purpose of the CAT if alleged perpetrators of torture could escape its application when found in a State in respect of which the Convention entered into force only *after* the alleged criminal acts occurred (as a result of the temporal limitation which the Court regrettably beheld in Article 7 (1)). Worse still, although the present Judgment rightly recognizes that the prohibition of torture has attained the status of *jus cogens* norm (*ibid.*, para. 99), it promptly afterwards fails to draw the necessary consequences of its own finding, in unduly limiting the temporal scope of application of the CAT. The Court has insisted on overlooking or ignoring the persistence of a *continuing situation* in breach of *jus cogens*.

qui doivent être considérées comme un ensemble, sans être assorties de limites temporelles qui vident le caractère continu de sa substance, et ce, jusqu'à ce qu'elles cessent. La Cour n'a pas non plus tenu compte de ce que les approches en matière de non-rétroactivité n'étaient pas tout à fait les mêmes en droit pénal interne et en droit pénal international contemporain.

166. La Cour n'a pas davantage tenu compte du fait que l'argument de la non-rétroactivité devient sans objet dès lors que les crimes de torture n'étaient déjà interdits par le droit international coutumier (comme c'est le cas en l'espèce) au moment où ils ont été commis de façon répétée ou systématique. Enfin — et pour résumer — elle a suivi, sur ce point particulier, un raisonnement typiquement volontariste, centré sur la volonté des Etats, dans les strictes et statiques limites de la dimension interétatique. Or, il se trouve que la convention contre la torture (le droit applicable en l'espèce) est davantage centrée sur les êtres humains persécutés, qui ont besoin de protection. Cet instrument se caractérise également par le souci de garantir la non-répétition des crimes de torture et, à cette fin, met l'accent sur la lutte contre l'impunité. La conscience humaine prévaut sur la volonté des Etats.

167. En ce qui concerne sa compétence, la Cour a adopté une approche négative ou restrictive. S'agissant de l'article 5, paragraphe 2, de la convention contre la torture, l'élément qui fait ici défaut est l'*objet* du différend sur lequel cette compétence pourrait être exercée; selon moi, la Cour conserve néanmoins la compétence, autrement dit le pouvoir ou la faculté de dire le droit (de rendre la justice), de se prononcer sur la convention contre la torture en déterminant, notamment, que le différend relatif à l'article 5, paragraphe 2, a cessé, mais en tenant compte — comme elle l'a fait (arrêt, par. 48) — des *conséquences* de ce différend dans le cadre de son examen des violations, par l'Etat défendeur, des articles 6, paragraphe 2, et 7, paragraphe 1, de la convention contre la torture. Il est en effet incontestable que les trois dispositions précitées sont étroitement liées. De même, la Cour demeure compétente pour se prononcer sur l'interdiction de la torture en droit international coutumier, qui en est le corollaire. Ce point doit être clarifié.

168. En conséquence, il ne serait pas conforme à l'objet et au but de la convention contre la torture que les auteurs présumés de pareils actes puissent se soustraire à l'application dudit instrument lorsqu'ils se trouvent dans un Etat à l'égard duquel celui-ci n'est entré en vigueur qu'*après* la perpétration des crimes allégués (du fait de la limite temporelle que la Cour a, malheureusement, discernée à l'article 7, paragraphe 1). Pire encore, bien qu'il soit à juste titre reconnu dans le présent arrêt que l'interdiction de la torture a acquis le caractère de norme de *ius cogens* (*ibid.*, par. 99), la Cour omet, aussitôt après, de tirer les conséquences qui en découlent nécessairement, en limitant indûment le champ d'application temporel de la convention contre la torture. Ce faisant, elle persiste à négliger ou à ignorer le *caractère continu* d'une situation constitutive d'une violation du *ius cogens*.

## XV. A NEW CHAPTER IN RESTORATIVE JUSTICE?

169. This brings me to my remaining line of considerations in the present separate opinion. In our days, there is a growing awareness of, and a growing attention shifted to, the sufferings of victims of grave breaches of the rights inherent to them, as well as to the corresponding duty to provide reparation to them. This has become, in our days, a legitimate concern of the international community, envisaging the individual victims as members of humankind as a whole. The international law of human rights has much contributed to this growing consciousness. And contemporary international criminal law also draws further attention to the duty to provide reparation for those sufferings in the quest for the realization of justice.

170. Much has been written on restorative justice, and it is not my intention to review the distinct trends of opinion on the matter within the confines of the present separate opinion. Yet, the issue cannot pass unnoticed here, and there is in my view one point to be made. In historical perspective, there are traces of restorative justice in the presence, from ancient to modern legal and cultural traditions, of the provision of compensation due to victims of wrongful acts, attentive to their rehabilitation but also to avoid reprisals or private revenge. As administration of justice was gradually brought under centralized State control (during the Middle Ages), there was a gradual shift from the provision of compensation into retributive justice, a tendency which came to prevail in the eighteenth century, with the multiplication of criminal law codes, turning attention to the punishment of offenders rather than the redress to individual victims<sup>154</sup>.

171. By then, restorative justice may have faded, but did not vanish. By the mid-twentieth century (from the sixties onwards), with the emergence of victimology<sup>155</sup>, restorative justice began again to attract greater attention and to gain in importance. Throughout the second half of the twentieth century, the considerable evolution of the *corpus juris* of the international law of human rights, being essentially *victim-oriented*, fostered the new stream of restorative justice, attentive to the needed rehabilitation of the victims (of torture). Its unprecedented projection nowadays into the domain of international criminal justice — in cases of core international crimes — makes us wonder whether we would be in face of the conformation of a new chapter in restorative justice.

<sup>154</sup> I. Bottigliero, *Redress for Victims of Crimes under International Law*, Leiden, Nijhoff, 2004, pp. 13-24, and cf. pp. 25, 27 and 35-38.

<sup>155</sup> Cf. IACtHR, case *Tibi v. Ecuador* (judgment of 7 September 2004), separate opinion of Judge A. A. Cançado Trindade, paras. 16-17.



## XV. UN NOUVEAU CHAPITRE EN MATIÈRE DE JUSTICE RÉPARATRICE ?

169. Ces développements me conduisent au dernier thème que j'aborderai dans la présente opinion individuelle. De nos jours, on assiste à une prise de conscience grandissante de la souffrance des victimes de violations graves de leurs droits naturels ; une attention croissante y est portée, ainsi qu'au devoir de réparation corrélatif, ce qui démontre que cette question dans son ensemble est aujourd'hui devenue une préoccupation légitime de la communauté internationale, les victimes individuelles étant considérées comme des membres de l'humanité tout entière. Le droit international des droits de l'homme a grandement contribué à cette prise de conscience. Le droit pénal international contemporain appelle lui aussi l'attention sur le devoir de réparation envers les personnes qui souffrent dans leur quête de réalisation de la justice.

170. Beaucoup a été écrit sur la justice réparatrice, et je n'ai pas l'intention, dans la présente opinion individuelle, de passer en revue les différents courants de pensée en la matière. La question ne saurait cependant être passée sous silence et une observation mérite, selon moi, d'être formulée. D'un point de vue historique, on trouve des éléments de justice réparatrice dans la présence, depuis les traditions juridiques et culturelles les plus anciennes jusqu'à l'époque moderne, de la réparation due aux victimes d'actes illégaux, en vue de permettre leur réadaptation mais aussi de prévenir les représailles ou la vengeance personnelle. Tandis que l'administration de la justice était progressivement placée sous le contrôle de l'Etat central (au Moyen Age), la réparation a progressivement fait place à la justice rétributive, tendance qui a prévalu au XVIII<sup>e</sup> siècle avec la multiplication des codes de droit pénal, dans lesquels l'accent était mis sur la sanction des auteurs plutôt que sur la réparation à accorder aux victimes individuelles<sup>154</sup>.

171. La justice réparatrice s'est alors peut-être affaiblie, mais elle n'a pas disparu. Vers le milieu du XX<sup>e</sup> siècle (à partir des années 1960), avec l'émergence de la victimologie<sup>155</sup>, elle a en effet recommencé à attirer l'attention et à gagner en importance. Tout au long de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, l'évolution considérable du *corpus juris* du droit international des droits de l'homme, essentiellement *centré sur les victimes*, a favorisé l'émergence du nouveau courant de justice réparatrice, attentif à la nécessaire réadaptation des victimes (de torture). L'essor sans précédent qu'a connu ce courant dans le domaine de la justice pénale internationale — en ce qui concerne les crimes internationaux les plus graves — incite à se demander si l'on assiste à l'écriture d'un nouveau chapitre en matière de justice réparatrice.

<sup>154</sup> I. Bottigliero, *Redress for Victims of Crimes under International Law*, Leyde, Nijhoff, 2004, p. 13-24, et voir p. 25, 27 et 35-38.

<sup>155</sup> CIADH, affaire *Tibi c. Equateur*, arrêt du 7 septembre 2004, opinion individuelle de M. le juge A. A. Cançado Trindade, par. 16-17.

172. If so, given the gravity of those core international crimes such as the one of torture, one would likely be facing, nowadays, a co-existence of elements proper to both restorative and retributive justice, in reaction to particularly grave and systematic violations of their rights suffered by the victims. The realization of justice appears, after all, as a form of reparation itself, rehabilitating — to the extent possible — victims (of torture). May I just point out that I do not conceive restorative justice as necessarily linked to reconciliation; this latter can hardly be imposed upon victims of torture, it can only come spontaneously from them<sup>156</sup>, and each of them has a unique psyche, reacting differently from others. There is no room here for generalizations. I consider restorative justice as necessarily centred on the rehabilitation of the victims of torture, so as to render it possible to them to find bearable to keep on relating with fellow human beings, and, ultimately, to keep on living in this world.

173. Restorative justice grows in importance in cases of grave and systematic violations of human rights, of the integrity of human beings, such as the abominable practice of torture. Reparation to the victims naturally envisages their rehabilitation. The (former) UN Commission on Human Rights itself recognized, in its resolution 2003/72 (of 25 April 2003), that, for the victims of grave violations of human rights, “public knowledge of their suffering and the truth about the perpetrators” (including their accomplices) of those violations, are “essential steps” towards their rehabilitation (para. 8).

174. It should be kept in mind that the restorative nature of redress to victims is nowadays acknowledged in the domain not only of the international law of human rights, but also of contemporary international criminal law (the Rome Statute of the ICC). Yet, the matter at issue is susceptible of further development, bearing in mind the vulnerability of the victims and the gravity of the harm they suffered. In so far as the present case before this Court is concerned, the central position is that of the human person, the victimized one, rather than of the State.

## XVI. EPILOGUE: CONCLUDING REFLECTIONS

175. The factual background of the present case discloses a considerable total of victims, according to the fact-finding already undertaken, among those murdered, or arbitrarily detained and tortured, during the

---

<sup>156</sup> A. A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional — Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Belo Horizonte/Brazil, Ed. Del Rey, 2011, Annex II: “Responsabilidad, Perdón y Justicia como Manifestaciones de la Conciencia Jurídica Universal”, pp. 267-288.

172. Si tel était le cas, compte tenu de la gravité desdits crimes internationaux, tels que le crime de torture, l'on assisterait probablement aujourd'hui à la coexistence d'éléments propres à la justice réparatrice et à la justice rétributive, en réaction aux violations particulièrement graves et systématiques des droits des victimes. La réalisation de la justice apparaît, somme toute, comme une forme de la réparation en tant que telle, permettant — dans la mesure du possible — la réadaptation des victimes (de torture). A cet égard, je préciserai simplement que je ne conçois pas la justice réparatrice comme étant nécessairement liée à la réconciliation; cette dernière peut difficilement être imposée aux victimes d'actes de torture, mais ne peut venir que de ces victimes elles-mêmes<sup>156</sup>, spontanément, chacune d'elles ayant un psychisme unique et des réactions différentes des autres. L'on ne saurait, en la matière, faire de généralisations. Selon moi, la justice réparatrice doit nécessairement être centrée sur la réadaptation des victimes de torture, de sorte qu'il leur devienne supportable d'entretenir des relations avec leurs semblables et, en définitive, de continuer à vivre en ce monde.

173. L'importance de la justice réparatrice se trouve accrue dans les cas de violations graves et systématiques des droits de l'homme et de l'intégrité des êtres humains, telles que cette pratique abominable qu'est la torture. La réparation accordée aux victimes prévoit naturellement leur réadaptation. L'(ancienne) Commission des droits de l'homme des Nations Unies a ainsi elle-même reconnu, dans sa résolution 2003/72 (du 25 avril 2003), que, en cas de graves violations des droits de l'homme, «la divulgation des souffrances des victimes de violations des droits de l'homme et l'établissement de la vérité sur les auteurs de ces violations» (ainsi que leurs complices) étaient des «mesures essentielles» pour la réadaptation des victimes (par. 8).

174. Il convient de garder à l'esprit que le caractère réparateur de la compensation due aux victimes est désormais reconnu non seulement dans le droit international des droits de l'homme, mais aussi en droit pénal international contemporain (voir le Statut de Rome de la CPI). La question à l'examen pourrait cependant connaître de nouveaux développements, étant donné la vulnérabilité des victimes et la gravité des souffrances qui leur sont infligées. En ce qui concerne la présente espèce, c'est l'être humain, la personne persécutée, qui occupe la place centrale, et non l'Etat.

## XVI. ÉPILOGUE : RÉFLEXIONS FINALES

175. Il ressort des faits établis en la présente espèce que le régime de M. Hissène Habré au Tchad (1982-1990) a fait un nombre considérable de victimes, qu'elles aient été assassinées ou détenues arbitrairement et

<sup>156</sup> A. A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional — Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Belo Horizonte/Brésil, Ed. Del Rey, 2011, annexe II: «Responsabilidad, Perdón y Justicia como Manifestaciones de la Conciencia Jurídica Universal», p. 267-288.

Habré regime in Chad (1982-1990). The absolute prohibition of torture being one of *jus cogens* — as reckoned by the ICJ itself in the present Judgment — the obligations under a “core human rights Convention” of the United Nations such as the Convention against Torture are not simple obligations of means or conduct: they are, in my understanding, obligations necessarily of result, as we are here in the domain of peremptory norms of international law, of *jus cogens*, generating obligations *erga omnes partes* under the Convention against Torture.

176. To the original *grave* violations of human rights, there follows an additional violation: the *continuing situation* of the alleged victims’ lack of access to justice and the impunity of the perpetrators of torture (and their accomplices). This wrongful continuing situation is in breach of the UN Convention against Torture as well as of the customary international law prohibition of torture. I dare to nourish the hope that the present Judgment of the ICJ, establishing violations of Articles 6 (2) and 7 (1) of the Convention against Torture, and asserting the duty of prosecution thereunder, will contribute to bridge the unfortunate gap between the time of human justice and the time of human beings. It is about time that this should happen. Time is to be made to work *pro persona humana, pro victima*.

177. In this second decade of the twenty-first century — after far too long a history —, the principle of universal jurisdiction, as set forth in the CAT (Arts. 5 (2) and 7 (1)), appears nourished by the ideal of a universal justice, without limits in time (past or future) or in space (being transfrontier). Furthermore, it transcends the inter-State dimension, as it purports to safeguard not the interests of individual States, but rather the fundamental values shared by the international community as a whole. There is nothing extraordinary in this, if we keep in mind that, in historical perspective, international law itself precedes the inter-State dimension, and even the States themselves. What stands above all is the imperative of universal justice. This is in line with jusnaturalist thinking<sup>157</sup>. The contemporary understanding of the principle of universal jurisdiction discloses a new, wider horizon.

178. In it, we can behold the universalist international law, the new universal *jus gentium* of our times<sup>158</sup> — remindful of the *totus orbis* of Francisco de Vitoria and the *societas generis humani* of Hugo Grotius.

<sup>157</sup> On the influence of natural law doctrines, cf., *inter alia*, e.g., M. Henzelin, *Le principe de l’universalité en droit pénal international — Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon de principe de l’universalité*, Basle/Geneva/Munich/Brussels, Helbing & Lichtenhahn/Faculté de droit de Genève/Bruylant, 2000, pp. 81-119, 349-350 and 450.

<sup>158</sup> Cf. A. A. Cançado Trindade, “International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* — General Course on Public International Law — Part I”, 316 *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye* (2005), pp. 432-439.

torturées. L'interdiction absolue de la torture — qui relève du *jus cogens*, ainsi que la Cour elle-même l'a reconnu dans le présent arrêt — et les obligations découlant d'une «convention fondamentale des droits de l'homme» des Nations Unies telle que la convention contre la torture ne sont pas de simples obligations de moyen ou de comportement; selon moi, elles ne peuvent être que des obligations de résultat, étant donné que nous nous trouvons ici dans le domaine des normes impératives de droit international, du *jus cogens*, qui génère des obligations *erga omnes partes* au titre de la convention contre la torture.

176. Aux graves violations initiales des droits de l'homme s'ajoute une violation supplémentaire: le caractère continu du défaut d'accès à la justice des victimes et de l'impunité des auteurs des actes de torture (ainsi que de leurs complices). Cette situation illicite continue constitue une violation de la convention des Nations Unies contre la torture et de l'interdiction de la torture en droit international coutumier. Puisse le présent arrêt, dans lequel sont établies les violations des articles 6, paragraphe 2, et 7, paragraphe 1, de la convention contre la torture, et est confirmée l'obligation de poursuivre qui y est prescrite, contribuer à combler le regrettable décalage qui existe entre le temps de la justice des hommes et le temps des êtres humains. Il serait temps que cela adienne. Le temps doit servir à œuvrer *pro persona humana, pro victima*.

177. En cette deuxième décennie du XXI<sup>e</sup> siècle — et après un temps bien trop long —, le principe de la compétence universelle, tel qu'énoncé dans la convention contre la torture (art. 5, par. 2, et art. 7, par. 1), apparaît pétri de l'idéal d'une justice universelle, sans limites dans le temps (ni dans un sens ni dans l'autre) ou dans l'espace (ce principe ignorant les frontières). De surcroît, il transcende la dimension interétatique, puisqu'il vise à garantir non pas les intérêts des Etats pris individuellement, mais les valeurs fondamentales partagées par la communauté internationale dans son ensemble. Pareille évolution n'a rien d'extraordinaire si l'on se rappelle que, d'un point de vue historique, le droit international lui-même précède la dimension interétatique, ainsi, d'ailleurs, que les Etats eux-mêmes. Ce qui doit l'emporter, c'est l'impératif de justice universelle, qui s'inscrit dans le droit-fil de la pensée naturaliste<sup>157</sup>. Le principe de compétence universelle, tel qu'il est entendu aujourd'hui, dévoile de nouveaux et plus vastes horizons.

178. Nous y retrouvons le droit international universaliste, le *jus gentium* de notre époque<sup>158</sup>, qui n'est pas sans rappeler le *totus orbis* de Francisco de Vitoria et le *societas generis humani* d'Hugo Grotius. Le *jus cogens*

<sup>157</sup> Au sujet de l'influence des doctrines de droit naturel, voir notamment, par exemple, M. Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international — Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon de principe de l'universalité*, Bâle/Genève/Munich/Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn/Faculté de droit de Genève/Bruyant, 2000, p. 81-119, 349-350 et 450.

<sup>158</sup> Voir A. A. Cançado Trindade, «International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* — General Course on Public International Law — Part I», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 316 (2005), p. 432-439.

*Jus cogens* marks its presence therein, in the absolute prohibition of torture. It is imperative to prosecute and judge cases of international crimes — like torture — that shock the conscience of mankind. Torture is, after all, reckoned in our times as a grave breach of international human rights law and international humanitarian law, prohibited by conventional and customary international law; when systematically practised, it is a crime against humanity. This transcends the old paradigm of State sovereignty: individual victims are kept in mind as belonging to humankind; this latter reacts, shocked by the perversity and inhumanity of torture.

179. The advent of the international law of human rights has fostered the expansion of international legal personality and responsibility, and the evolution of the domain of reparations (in their distinct forms) due to the victims of human rights violations. I have addressed this significant development — which I refer to herein — in my recent separate opinion appended to the Court's Advisory Opinion on *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development (I.C.J. Reports 2012 (I), pp. 51-93, paras. 1-118)*. This development has a direct bearing on reparations due to victims of torture.

180. Here, the suffering and the needs of those victims are to be kept in mind. Rehabilitation of victims plays an important role here, bringing to the fore a renewed vision of restorative justice. In effect, restorative justice, with its ancient roots (going back in time for some millennia, and having manifested itself in earlier legal and cultural traditions around the world), seems to have flourished again in our times. This is due, in my perception, to the recognition that: (a) a crime such as torture, systematically practised, has profound effects not only on the victims and their next-of-kin, but also on the social milieu concerned; (b) punishment of the perpetrators cannot be dissociated from rehabilitation of the victims; (c) it becomes of the utmost importance to seek to heal the damage done to the victims; (d) in the hierarchy of values, making good the harm done stands above punishment alone; and (e) the central place in the juridical process is occupied by the victim, the human person, rather than by the State (with its monopoly of sanction).

181. We look here beyond the traditional inter-State outlook, ascribing a central position to the individual victims, rather than to their States. Had the inter-State dimension not been surmounted, not much development would have taken place in the present domain. The struggle against impunity is accompanied by the endeavours towards the rehabilitation of the victims. The realization of justice, with the judicial recognition of the sufferings of the victims, is a form of the reparation due to them. This is imperative, we have here moved from *jus dispositivum* to *jus cogens*.

182. Identified with general principles of law enshrining common and superior values shared by the international community as a whole, *jus cogens* ascribes an ethical content to the new *jus gentium*, the interna-

s'y affirme dans l'interdiction absolue de la torture, et il est impératif de poursuivre et de juger les crimes internationaux — tels que la torture — qui heurtent la conscience de l'humanité. En dernière analyse, la torture est reconnue aujourd'hui comme étant une grave violation du droit international des droits de l'homme et du droit pénal international, interdite par le droit international conventionnel et coutumier; lorsqu'elle est pratiquée de façon systématique, il s'agit d'un crime contre l'humanité. Voilà qui transcende le vieux paradigme de la souveraineté des Etats: les victimes individuelles sont désormais prises en compte en ce qu'elles appartiennent au genre humain, lequel s'élève, choqué par le caractère pervers et inhumain de la torture.

179. L'avènement du droit international des droits de l'homme a favorisé le développement de la personnalité et de la responsabilité juridiques internationales, ainsi que l'évolution des réparations (sous leurs formes diverses) dues aux victimes de violations des droits de l'homme. J'ai abordé cet important développement — auquel je fais référence ici — dans l'opinion individuelle que j'ai récemment jointe à l'avis consultatif de la Cour sur le *Jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole (C.I.J. Recueil 2012 (I), p. 51-93, par. 1-118)*. Ce développement a une incidence directe sur les réparations dues aux victimes de torture.

180. En la présente espèce, il convient de garder à l'esprit la souffrance et les besoins de ces victimes. Leur réadaptation joue ici un rôle important en faisant émerger une conception nouvelle de la justice réparatrice. Cette notion, dont les racines sont anciennes (puisqu'elle remonte à plusieurs millénaires et a très tôt trouvé son expression dans les traditions culturelles et juridiques à travers le monde), semble en effet connaître aujourd'hui un nouvel essor, dû à la reconnaissance des faits suivants: *a)* un crime tel que la torture, pratiqué de façon systématique, a de profondes conséquences non seulement sur les victimes et leurs proches, mais aussi sur le milieu social concerné; *b)* la sanction des auteurs ne peut être dissociée de la réadaptation des victimes; *c)* il devient capital de tenter d'apaiser les souffrances infligées aux victimes; *d)* sur l'échelle des valeurs, la réparation du mal qui a été causé est plus importante que la seule sanction; et *e)* c'est la victime, l'être humain, qui est au centre du processus juridique, et non l'Etat (détenteur du monopole des sanctions).

181. De par l'attribution d'une place centrale aux victimes individuelles, et non à leur Etat, la perspective interétatique traditionnelle se trouve dépassée. Si tel n'était pas le cas, le domaine à l'examen n'aurait guère évolué. La lutte contre l'impunité s'accompagne d'efforts en vue de la réadaptation des victimes. La réalisation de la justice, assortie de la reconnaissance judiciaire des souffrances infligées aux victimes, constitue une forme de réparation à laquelle celles-ci ont droit. Il s'agit là d'un impératif, qui nous fait passer du *jus dispositivum* au *jus cogens*.

182. Associé aux principes généraux du droit qui consacrent des valeurs communes et supérieures partagées par la communauté internationale dans son ensemble, le *jus cogens* confère une dimension éthique



tional law for humankind. In prohibiting torture in any circumstances whatsoever, *jus cogens* exists indeed to the benefit of human beings, and ultimately of humankind. Torture is absolutely prohibited in all its forms, whichever misleading and deleterious neologisms are invented and resorted to, to attempt to circumvent this prohibition.

183. In the aforementioned move from *jus dispositivum* to *jus cogens*, this absolute prohibition knows no limits in time or space: it contains no temporal limitations (being a prohibition also of customary international law), and it ensues from a peremptory norm of a *universalist* international law. *Jus cogens* flourished and asserted itself, and has had its material content expanded, due to the awakening of the universal juridical conscience, and the firm support it has received from a lucid trend of international legal thinking. This latter has promptly discarded the limitations and shortsightedness (in space and time) of legal positivism, and has further dismissed the myopia and fallacy of so-called “realism”.

184. Last but not least, the emancipation of the individual from his own State is, in my understanding, the greatest legacy of the consolidation of the international law of human rights — and indeed of international legal thinking — in the second half of the twentieth century, amounting to a true and reassuring juridical revolution. Contemporary international criminal law takes that emancipation into account, focusing attention on the individuals (victimizers and their victims). Not only individual rights, but also the corresponding State duties (of protection, investigation, prosecution, sanction and reparation) emanate directly from international law. Of capital importance here are the *prima principia* (the general principles of law), amongst which the principles of humanity, and of respect for the inherent dignity of the human person. This latter is recalled by the UN Convention against Torture<sup>159</sup>. An ethical content is thus rescued and at last ascribed to the *jus gentium* of our times.

(Signed) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

---

<sup>159</sup> Second preambular paragraph.

au nouveau *jus gentium*, le droit international de l'humanité. En interdisant la torture en toutes circonstances, le *jus cogens* existe bel et bien pour bénéficier aux êtres humains et, en définitive, à l'humanité tout entière. La torture est totalement interdite, sous toutes ses formes, quels que soient les néologismes trompeurs et délétères inventés et utilisés pour tenter de tourner cette interdiction.

183. Dans le contexte susmentionné du passage du *jus dispositivum* au *jus cogens*, l'interdiction absolue de la torture ne souffre aucune limitation dans le temps ou dans l'espace : elle n'est assortie d'aucune limite temporelle (puisqu'elle relève également du droit international coutumier) et découle d'une norme impérative de droit international *universaliste*. Le *jus cogens* s'est développé et affirmé. Il a en outre vu s'étendre son contenu matériel, grâce à la sensibilisation de la conscience juridique universelle et au soutien résolu d'un courant clairvoyant de la théorie juridique internationale, qui n'a pas tardé à écarter les limitations et l'aveuglement (spatial et temporel) du positivisme juridique, tout en se débarrassant de la myopie et de l'illusion du prétendu « réalisme ».

184. Enfin, et ce n'est pas le moins important, l'émancipation de l'individu par rapport à son Etat constitue, à mon sens, l'héritage essentiel de la consolidation du droit international des droits de l'homme — et, d'ailleurs, de la pensée juridique internationale — dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle ; il s'agit là d'une authentique et rassurante révolution juridique. Le droit pénal international contemporain, en faisant porter son attention sur les individus (les tortionnaires et leurs victimes), tient compte de cette émancipation. Les droits individuels, mais aussi les devoirs corrélatifs des Etats (de protection, d'enquête, de poursuite, de sanction et de réparation), émanent directement du droit international. A cet égard, les *prima principia* (les principes généraux de droit), parmi lesquels les principes d'humanité et de respect de la dignité inhérente à la personne humaine, revêtent une importance cruciale. Celle-ci est rappelée dans la convention contre la torture des Nations Unies<sup>159</sup>. Ainsi, une composante éthique a pu être préservée et, enfin, intégrée au *jus gentium* de notre époque.

(Signé) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

---

<sup>159</sup> Deuxième alinéa du préambule.