

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE YUSUF

[Traduction]

*Compétence de la Cour ne pouvant reposer sur l'article 30 de la convention contre la torture — Conditions énoncées à l'article 30 n'étant pas réunies — Négociations entre les Parties ne s'étant jamais trouvées dans l'impasse — Négociations s'étant poursuivies même après la saisine de la Cour — Absence d'impossibilité de se mettre d'accord sur l'arbitrage — Aucune des Parties n'ayant fait de propositions sur les modalités de l'organisation de l'arbitrage — Impossibilité de s'entendre sur l'organisation de l'arbitrage pouvant seule établir la compétence de la Cour — Absence d'impossibilité en l'espèce — Arrêt mettant l'enquête préliminaire sur le même plan qu'une enquête à part entière — Absence de norme générale pour la conduite d'enquêtes de ce type — Nature et portée de l'enquête préliminaire déterminées par le droit interne — Enquête de cette nature menée par le Sénégal en 2000, mais non en 2008 — Absence de la nécessaire distinction entre ces deux événements — Paragraphe 1 de l'article 7 de la convention établissant l'obligation de poursuivre — Manquement à cette obligation engageant la responsabilité internationale de l'Etat — Extradition étant une option mais non une obligation en vertu de la convention — Etat pouvant extradier uniquement pour se libérer de l'obligation de poursuivre.*

### I. INTRODUCTION

1. Je me sens tenu de joindre la présente opinion individuelle à l'arrêt pour plusieurs raisons. Premièrement, contrairement aux conclusions de la Cour, je suis d'avis que la compétence de la Cour en l'espèce ne peut être fondée sur l'article 30 de la convention contre la torture puisque les conditions énoncées dans cette disposition n'ont pas été réunies. Deuxièmement, j'ai voté contre le point 4 du dispositif de l'arrêt parce que je considère que le choix des moyens utilisés pour procéder à l'enquête préliminaire prescrite au paragraphe 2 de l'article 6 de la convention ainsi que la portée de cette enquête restent entre les mains de l'Etat partie sur le territoire duquel se trouve le suspect, conformément à son droit interne. En conséquence, la Cour n'avait à mon sens aucune raison valide de conclure que les circonstances et procédures liées à l'interrogatoire de M. Habré par le juge d'instruction sénégalais en février 2000, puis sa mise en accusation par le même juge, ne constituaient pas une enquête préliminaire. Troisièmement, je suis d'avis que la nature et le sens de l'obligation énoncée au paragraphe 1 de l'article 7 de la convention auraient pu être approfondis et explicités davantage dans l'arrêt, d'autant que la Belgique n'a cessé de demander avec insistance l'extradition de M. Habré alors que le Sénégal se préparait à le poursuivre sur son territoire et mobilisait des fonds à cette fin.

## II. COMPÉTENCE

2. Dans sa requête à la Cour, la Belgique a invoqué deux bases distinctes de juridiction. Elle s'est fondée dans la même mesure sur les déclarations faites par la Belgique et le Sénégal en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour et sur l'article 30 de la convention. Je suis d'avis que la Cour a compétence sur la base des déclarations faites par la Belgique et le Sénégal en vertu du paragraphe 2 de l'article 36, le 17 juin 1958 et le 2 décembre 1985 respectivement. En revanche, elle ne saurait tirer sa compétence de l'article 30 de la convention dans le cas d'espèce.

3. En vertu de l'article 30, quatre conditions doivent être réunies pour que la Cour puisse connaître de différends entre les parties à la convention. Premièrement, il doit exister un différend entre les parties concernant l'application ou l'interprétation de la convention. Deuxièmement, ce différend ne peut pas être réglé par voie de négociation. Troisièmement, l'une des parties au différend doit avoir demandé qu'il soit soumis à l'arbitrage. Quatrièmement, si, dans les six mois qui suivent la date de la demande d'arbitrage, les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur l'organisation de la procédure, l'une quelconque d'entre elles peut saisir la Cour. Ces quatre conditions doivent être réunies pour que la compétence de la Cour soit établie. Comme je l'expliquerai ci-après, je suis d'avis que deux de ces conditions n'ont pas été satisfaites, à savoir: *a)* le différend ne peut pas être réglé par voie de négociation; et *b)* les Parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur l'organisation de l'arbitrage. Je vais maintenant les examiner plus avant.

*A. Un différend qui « ne peut pas être réglé par voie de négociation »*

4. Il convient de souligner d'emblée que l'article 30 de la convention se réfère à un différend qui « ne peut pas être réglé par voie de négociation », condition qui diffère considérablement de la formule utilisée dans d'autres conventions, à savoir un différend « qui n'aura pas été réglé par voie de négociation ». Cette dernière expression revient à constater les faits, alors que la première suppose qu'il y a lieu de rechercher s'il y a eu impasse ou refus de l'une des parties.

5. Au paragraphe 57 de l'arrêt, la Cour relève à juste titre que :

« [l'] exigence que le différend « ne [puisse] pas être réglé par voie de négociation » ne saurait être entendue comme une impossibilité théorique de parvenir à un règlement; elle signifie ... qu'« il n'est pas raisonnablement permis d'espérer que de nouvelles négociations puissent aboutir à un règlement » (*Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 345). »

La Cour ne tire cependant pas les conclusions qui s'imposent de ces déclarations, compte tenu en particulier de la force probante des éléments de preuve dont elle était saisie.

Ces éléments de preuve montrent clairement qu'il n'y a jamais eu ni blocage ni impasse dans les négociations entre les Parties, et que ces négociations se sont poursuivies pendant longtemps même après que la Belgique eut déposé sa requête. Rien dans les éléments soumis à la Cour par les Parties n'indique donc que le différend n'aurait pas pu être réglé par voie de négociation et que les Parties ont renoncé entièrement et définitivement à tout espoir de parvenir à un règlement par ce moyen. Le fait que les négociations entre elles n'aient jamais été interrompues totalement et qu'au contraire elles aient repris maintes fois, même après le dépôt de la requête par la Belgique, démontre que la possibilité d'un règlement par voie de négociation n'a jamais disparu.

6. Déterminer si des négociations ont eu lieu mais n'ont pas abouti, conformément à la condition énoncée dans certaines conventions, à savoir «un règlement qui n'aura pas été réglé par la négociation», consiste à vérifier les faits sans qu'il soit nécessaire de rechercher si les possibilités de règlement du différend par la négociation ont été épuisées. La formule utilisée dans la convention, un différend «qui ne peut pas être réglé par voie de négociation», exige que la Cour fasse cette recherche et détermine que de nouvelles négociations étaient vaines et qu'il n'était pas raisonnable d'espérer un éventuel règlement du litige. Cette détermination ne semble pas avoir été faite dans l'arrêt. D'ailleurs, pour apprécier si le différend ne pouvait pas être réglé par voie de négociation, la Cour s'est contentée d'analyser les notes verbales de la Belgique et du Sénégal du 11 janvier, du 9 mars, du 4 mai et du 20 juin 2006. Ce sont les seules preuves sur lesquelles elle se fonde pour conclure que

«les Parties n'ont pas modifié leurs positions respectives quant à l'engagement de poursuites à raison des actes de torture que M. Habré aurait commis. Le fait que, ainsi que cela ressort des écritures et plaidoiries des Parties, les positions de celles-ci n'aient, pour l'essentiel, pas évolué par la suite confirme que les négociations n'ont pas abouti au règlement du différend, et qu'elles ne pouvaient y aboutir.» (Arrêt, par. 59.)

7. Il est vrai que dans sa note verbale du 20 juin 2006, que le Sénégal a affirmé ne pas avoir reçue, la Belgique a observé que «la tentative de négociation entamée avec le Sénégal en novembre 2005» n'avait pas abouti, et a donc demandé au Sénégal de soumettre le différend à l'arbitrage (mémoire de la Belgique, annexe B.11). Mais ce n'était pas une preuve manifeste de l'impossibilité de régler le différend par la voie de la négociation, et ne saurait être considéré comme telle. Cette note reflète simplement le point de vue de l'une des Parties qui souhaitait apparemment soumettre le différend à l'arbitrage. Les éléments soumis à la Cour par les deux Parties contiennent d'autres preuves de la poursuite des négociations entre elles jusqu'à la date du dépôt de la requête de la Belgique et au-delà. Ces preuves supplémentaires montrent que les positions des Parties ont continué d'évoluer, en particulier sous l'effet des réformes constitutionnelles et législatives adoptées par le Sénégal en 2007 afin de

faciliter des poursuites contre M. Habré au Sénégal pour des crimes qui auraient été commis au Tchad, et de la coopération qui a suivi entre les Parties, directement et par l'intermédiaire de l'Union africaine et de l'Union européenne, en vue de mobiliser les fonds nécessaires à l'organisation du procès de M. Habré au Sénégal.

8. L'évolution des positions des Parties durant leurs échanges diplomatiques de 2007 et jusqu'à une date très récente (17 janvier 2012) est illustrée, entre autres, par les notes verbales du Sénégal du 18 juillet 2007 et du 5 octobre 2007, dans lesquelles celui-ci annonçait son intention de réunir des donateurs potentiels et informait la Belgique de sa décision d'organiser le procès Hissène Habré (mémoire de la Belgique, annexes D.14 et B.15). D'autres échanges diplomatiques entre le Sénégal et la Belgique ont suivi, le 5 octobre et le 7 décembre 2007, concernant l'organisation de la réunion des donateurs et les aspects financiers du procès (*ibid.*, annexe D.16).

Le 2 décembre 2008, dans une note verbale adressée au Sénégal, la Belgique se réfère au différend qui oppose les Parties concernant l'interprétation et l'application des dispositions de la convention, et elle prend acte des amendements constitutionnels et législatifs adoptés par le Sénégal en vue de soumettre l'affaire Habré à ses autorités judiciaires compétentes (*ibid.*, annexe B.16). Dans la même note verbale, la Belgique réaffirme qu'elle est disposée à prendre les dispositions nécessaires aux fins d'une coopération judiciaire internationale avec le Sénégal concernant cette affaire, en particulier en transmettant au Sénégal le dossier établi par le juge d'instruction belge à la suite d'une commission rogatoire émanant des autorités sénégalaises compétentes. A ce propos, elle confirme également que les juges d'instruction belges sont prêts à recevoir les juges sénégalais saisis de l'affaire *Hissène Habré*, et elle demande au Sénégal de lui donner les coordonnées des magistrats sénégalais chargés de l'instruction et des poursuites. Enfin, la Belgique exprime l'espoir que cette coopération permettra une avancée décisive dans les prochaines semaines.

Ces échanges constituent manifestement, à mon sens, une évolution des positions des Parties et font apparaître de nouveaux facteurs (modification de la législation sénégalaise, préparatifs pour l'organisation du procès, coopération pour mobiliser des fonds à cette fin, offre de coopération judiciaire par la Belgique et de transmission du dossier Habré établi par ses magistrats) indiquant un progrès manifeste des négociations et des positions des Parties après cette période et l'échange de notes verbales, progrès qui a conduit la Cour à conclure que la condition énoncée au paragraphe 1 de l'article 30 de la convention était satisfaite.

9. En outre, après le dépôt de sa requête, et jusqu'à une époque récente, la Belgique a poursuivi ses échanges avec le Sénégal au sujet du financement du procès Hissène Habré au Sénégal, de sa propre contribution financière à ce procès ainsi que de sa coopération judiciaire sur la base de la commission rogatoire internationale demandée par la Belgique dans sa note verbale de décembre 2008 (*ibid.*, annexe B.16). Ainsi, dans une note

verbale que son ambassade à Dakar a adressée au ministère sénégalais des affaires étrangères le 23 juin 2009, la Belgique a invité les juges d'instruction sénégalais saisis de l'affaire à se rendre en Belgique pour rencontrer leurs homologues belges, et elle a offert de prendre à sa charge les frais de cette visite (mémoire de la Belgique, annexe B.17). Les autorités sénégalaises ont accueilli favorablement cette offre et désigné les deux juges d'instruction qui se rendraient en Belgique (note verbale du 14 septembre 2009, *ibid.*, annexe B.19).

Les négociations et discussions tenues entre les ministres des affaires étrangères du Sénégal et de la Belgique le 26 mai 2010 au sujet de la commission rogatoire apportent une nouvelle preuve de la poursuite des négociations entre les Parties. De même, en novembre 2010, la Belgique a participé à la table ronde des donateurs à Dakar qui a été l'occasion d'examiner le budget nécessaire pour organiser le procès Habré au Sénégal et de conclure des arrangements de coopération, y compris entre la Belgique et le Sénégal. De fait, la Belgique a annoncé une contribution d'un montant maximum de 1 million d'euros à l'organisation du procès (contre-mémoire du Sénégal, annexes 5, 10-4 et 11).

10. Les négociations se poursuivaient encore le 17 janvier 2012, lorsque la Belgique a présenté une quatrième demande d'extradition au Sénégal. Dans sa note verbale du 17 janvier 2012, la Belgique a observé que, sans préjudice de l'affaire pendante devant la CIJ, elle était favorable à l'organisation du procès Habré en Afrique par le pays sur le territoire duquel le suspect se trouvait. En outre, elle a confirmé qu'elle demeurait disposée à coopérer avec le Sénégal sur le plan judiciaire, et ce, le 17 janvier 2012. Dans ces conditions, la Cour est-elle bien convaincante lorsqu'elle conclut que le différend n'a pas pu être réglé par la négociation ou que cette voie était épuisée et n'offrait plus de possibilités de règlement du différend dès 2006, ce qui autorisait le recours à l'arbitrage en vertu de l'article 30 de la convention ?

#### *B. L'impossibilité pour les Parties de se mettre d'accord sur l'organisation de l'arbitrage*

11. La condition énoncée à l'article 30 concernant l'impossibilité pour les parties «de se mettre d'accord sur l'organisation de l'arbitrage» suppose, à mon sens, qu'il y ait eu tentative d'organiser l'arbitrage ou que l'une des parties ait formulé des propositions quant aux modalités de cette procédure, sans que l'accord puisse néanmoins se faire. Cette tentative ou ces propositions de l'une des parties ou des deux, qui indiquent un effort d'organisation de l'arbitrage, sont à distinguer de la demande d'arbitrage, dont ils résultent. En l'espèce, il ne me semble pas que l'une ou l'autre des Parties ait fait une proposition ou tenté d'organiser un arbitrage sans qu'un accord puisse être trouvé. D'ailleurs, la Belgique ne prétend même pas avoir tenté en quoi que ce soit d'organiser l'arbitrage et se contente d'observer qu'elle a demandé au Sénégal de soumettre le différend à cette procédure et a réitéré cette demande par la suite.

12. En réponse à une question posée par un membre de la Cour, la Belgique a déclaré que «rien dans le texte de l'article 30 ... n'impos[ait] aux Etats de formuler des propositions ni même de soulever la moindre question au sujet de l'organisation de l'arbitrage, que ce soit au départ ou à tout autre moment» (CR 2012/6, p. 40, par. 14 (Wood)). Il est également indiqué dans l'arrêt que «la Belgique n'a pas formulé de proposition détaillée quant aux questions devant être soumises à l'arbitrage et à l'organisation de la procédure arbitrale». La Cour n'en conclut pas moins que «cela ne signifie cependant pas qu'il n'ait pas été satisfait à la condition que «les Parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur l'organisation de l'arbitrage». Un Etat peut en effet attendre, avant de formuler des propositions sur ces aspects, qu'une réponse de principe favorable ait été donnée à sa demande tendant à régler le différend par voie d'arbitrage.» (Arrêt, par. 61.)

Il s'agit là à mon avis d'une interprétation erronée de la disposition relative à l'arbitrage énoncée à l'article 30 de la convention. Premièrement, une simple lecture du texte fait clairement apparaître qu'il ne suffit pas de demander que le différend soit soumis à l'arbitrage. Il faut également qu'une tentative ou une proposition soit faite pour organiser cette procédure et que soit l'autre partie s'y oppose, soit un accord ne puisse être trouvé entre les parties. C'est donc uniquement lorsque les parties sont dans l'impossibilité de se mettre d'accord sur l'organisation de l'arbitrage, malgré les tentatives ou les propositions tendant à l'organiser, qu'il devient possible de saisir la Cour. Deuxièmement, il convient de rappeler que, dans le cas d'espèce, après que la Belgique eut évoqué pour la première fois la procédure d'arbitrage le 4 mai 2006, le Sénégal a répondu en prenant acte de «l'éventualité d'un recours de la Belgique à la procédure d'arbitrage prévue par [l']article 30 [de la convention]» (mémoire de la Belgique, annexe B.9). Compte tenu de cette réponse, c'était à la Belgique, en sa qualité d'Etat requérant, qu'il appartenait de formuler des propositions pour l'organisation de cet arbitrage.

Le cas d'espèce est donc différent des affaires *République démocratique du Congo c. Rwanda (Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002))* et *Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique (Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie)*, dans lesquelles les conventions concernées comprenaient des dispositions analogues. Contrairement, par exemple, au défendeur en l'affaire *Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique*, le Sénégal n'a pas exprimé l'intention de refuser la proposition d'arbitrage. A l'inverse, dans sa note verbale du 9 mai 2006, il a pris acte de la demande de la Belgique de soumettre la question à l'arbitrage (*ibid.*, annexe B.10). Au lieu de réitérer sa demande, la Belgique aurait alors dû formuler une proposition sur les modalités de l'organisation de la procédure arbitrale. La condition voulant que les parties ne soient pas parvenues «à se mettre d'accord sur l'organisation de l'arbitrage» énoncée à l'article 30 doit donc être satisfaite avant que la Cour puisse être saisie de la question. Faute de désaccord aussi manifeste

sur l'organisation de la procédure arbitrale, le différend ne peut pas être soumis à la Cour, et, si l'une des parties la saisit néanmoins, la Cour est tenue de se déclarer incompétente pour en connaître. Telle est la situation en l'espèce, et la Cour aurait dû conclure qu'elle n'avait pas compétence en vertu de l'article 30 de la convention.

### III. L'OBLIGATION DU SÉNÉGAL DE PROCÉDER IMMÉDIATEMENT À UNE ENQUÊTE PRÉLIMINAIRE EN VUE D'ÉTABLIR LES FAITS

13. Je ne trouve pas la Cour très convaincante lorsqu'elle observe que l'interrogatoire mené par le juge d'instruction en 2000 n'équivaut pas à une enquête préliminaire au sens du paragraphe 2 de l'article 6 de la convention et, contrairement à elle, je ne considère pas que les événements de 2000 puissent être assimilés à ceux de 2008, année où, après avoir remanié sa législation et sa Constitution en 2007, le Sénégal a manifestement failli à l'obligation de mener une enquête préliminaire bien qu'une nouvelle plainte eût été déposée contre M. Habré. La Cour aurait dû faire clairement la distinction entre les mesures prises par le Sénégal en 2000 et l'absence de toute enquête à la suite des plaintes dont les autorités sénégalaises ont été saisies en 2008.

14. La convention ne donne guère d'indications sur les règles précises de l'enquête préliminaire imposée par le paragraphe 2 de l'article 6, non plus que l'arrêt, qui n'éclaire pas le sens de ce paragraphe et ne permet donc pas d'évaluer sur la base d'éléments solides si le Sénégal, par l'intermédiaire de son juge d'instruction, a pu ou non satisfaire aux conditions énoncées dans cette disposition de la convention. En lieu et place, au paragraphe 83 de l'arrêt, la Cour semble élever la notion d'enquête préliminaire en vertu de la convention au rang d'enquête à part entière. Elle relève que l'enquête préliminaire prévue au paragraphe 2 de l'article 6

«est destinée, comme toute enquête menée par les autorités compétentes, à corroborer ou non les soupçons qui pèsent sur la personne concernée. Cette enquête est conduite par les autorités qui sont chargées d'établir un dossier en rassemblant les faits et les éléments de preuve, qu'il s'agisse de documents ou de témoignages se rapportant aux événements en cause et à l'implication éventuelle du suspect dans le contexte en question.»

15. L'enquête préliminaire prévue au paragraphe 2 de l'article 6 de la convention ne peut reposer à ce stade que sur les informations fournies par les victimes ou par les personnes qui ont déposé plainte contre le suspect et porté à l'attention des autorités sa présence dans le pays, ainsi que les infractions qu'il aurait commises. En outre, la nature de l'enquête à mener en vertu de cette disposition dépendra dans une large mesure du système juridique de l'Etat concerné et des circonstances particulières de

l'affaire. Il serait donc inexact de laisser entendre, comme cela semble être le cas au paragraphe 83 de l'arrêt, qu'il existe une norme générale régissant la conduite de telles enquêtes.

La Cour observe à juste titre au paragraphe 86 que le choix des moyens, pour mener l'enquête préliminaire, reste entre les mains des Etats parties, en tenant compte de l'affaire concernée. Elle est donc en contradiction avec elle-même puisqu'elle a conclu que la mise en accusation de M. Habré par le juge d'instruction sénégalais en 2000 ne suffisait pas à satisfaire à l'obligation énoncée au paragraphe 2 de l'article 6. En l'absence d'une évaluation appropriée de la pratique et du système juridiques sénégalais, la Cour ne peut affirmer de manière incontestable que :

«[l']interrogatoire de première comparution auquel le juge d'instruction au tribunal régional hors classe de Dakar a procédé aux fins de constater l'identité de M. Habré et de lui faire connaître les faits qui lui étaient imputés ne peut être considéré comme la mise en œuvre de l'obligation prévue au paragraphe 2 de l'article 6, puisqu'il n'impliquait pas d'enquête relative aux charges pesant sur M. Habré» (arrêt, par. 85).

En parvenant à cette conclusion, la Cour ne tient pas compte des précisions données par le Sénégal au sujet de son système juridique :

«en matière pénale, le juge d'instruction peut être saisi soit par une plainte avec constitution de parties civiles, soit par le réquisitoire introductif du procureur de la République. L'enquête préliminaire vise simplement à permettre l'établissement primaire des faits; elle ne débouche pas forcément sur des poursuites, car le procureur peut, au vu des résultats, considérer qu'il n'y a pas lieu à poursuivre.» (CR 2012/7, p. 34, par. 39-40 (Thiam); voir aussi CR 2012/7, p. 17, par. 7.)

16. Il ne semble pas non plus logique de présumer qu'un magistrat sénégalais aurait procédé à une mise en accusation en l'absence d'enquête préliminaire. Certes, le Sénégal n'a pas fourni d'éléments indiquant clairement la nature exacte de l'enquête menée par les autorités compétentes à la suite des allégations dont M. Habré a fait l'objet, mais le fait que le juge d'instruction ait mis en accusation M. Habré et l'ait assigné à résidence montre qu'une enquête, notamment de nature préliminaire, a bien été menée. La Cour n'aurait pas dû faire si peu de cas des particularités du système juridique sénégalais et de la manière dont M. Habré a été mis en accusation, compte tenu du fait, en particulier, que la nature exacte et la portée de l'enquête préliminaire sont déterminées par le droit interne.

17. Je suis donc d'avis que le Sénégal n'a failli à son obligation de mener une enquête préliminaire que dans un seul cas, en 2008, lorsque ses autorités compétentes n'ont pas dûment donné suite aux nouvelles plaintes pour actes de torture dont M. Habré a fait l'objet. La Cour aurait dû noter que, s'il était possible que le Sénégal se soit conformé à ses obli-

gations en vertu du paragraphe 2 de l'article 6 en 2000, il avait l'obligation de s'y conformer aussi en 2008 lorsque, à la suite des réformes législatives et constitutionnelles intervenues en 2007, de nouvelles plaintes pour actes de torture ont été déposées contre M. Habré. En dépit du fait que quatre juges d'instruction ont été chargés de l'affaire, aucun élément ne prouve qu'une enquête préliminaire ait jamais eu lieu, ne serait-ce que de la nature et de la portée de celle conduite en 2000. Au lieu de faire peu de cas de l'enquête et de la mise en accusation de 2000, la Cour aurait dû se fonder sur l'absence d'enquête préliminaire en 2008 pour conclure que le Sénégal a violé ses obligations en vertu du paragraphe 2 de l'article 6.

#### IV. LA NATURE ET LE SENS DE L'OBLIGATION PRÉVUE AU PARAGRAPHE 1 DE L'ARTICLE 7

18. Je considère que la Cour aurait dû préciser davantage la nature et le sens de l'obligation *aut dedere aut judicare* contenue au paragraphe 1 de l'article 7 de la convention, qui est au cœur de la présente affaire. La fréquence de cette formule, qui se retrouve dans une soixantaine d'instruments multilatéraux, a conduit à une certaine confusion parmi les spécialistes du droit quant au rapport entre l'extradition et les poursuites dans les clauses conventionnelles qui la renferment. Utilisée abusivement, l'expression peut être trompeuse et est généralement comprise comme signifiant l'obligation d'extrader ou de poursuivre. Mais selon l'instrument juridique considéré, cette obligation peut être de poursuivre plutôt que d'extrader, ou l'inverse. L'explication contenue au paragraphe 95 de l'arrêt est donc utile, mais encore insuffisante. Dans ce paragraphe, la Cour observe que, dans le cadre de la convention, le choix entre l'extradition et l'engagement des poursuites ne revient pas à mettre les deux éléments de l'alternative sur le même plan. Au contraire, «l'extradition est une option offerte par la convention à l'Etat, alors que la poursuite est une obligation internationale, prévue par la convention, dont la violation engage la responsabilité de l'Etat pour fait illicite» (arrêt, par. 95).

19. Malgré l'importance de cette clarification, la Cour ne va pas jusqu'à préciser davantage le sens de l'obligation et à établir une distinction entre la formule figurant au paragraphe 1 de l'article 7 de la convention et celle énoncée dans les conventions qui imposent l'obligation d'extrader. Cette précision est pourtant nécessaire pour éviter toute ambiguïté, en particulier dans l'interprétation des instruments renfermant l'expression *aut dedere aut judicare*. Ces derniers se répartissent généralement en deux grandes catégories: *a)* ceux qui contiennent des clauses imposant une obligation d'extrader et dans lesquelles poursuivre ne devient obligatoire qu'après le refus d'extrader; et *b)* ceux qui contiennent des clauses qui imposent l'obligation de poursuivre, l'extradition étant une option offerte

à l'Etat. Dans cette dernière catégorie se rangent aussi les clauses qui imposent une obligation de poursuivre, l'extradition devenant obligatoire si l'Etat ne poursuit pas.

20. Parmi les instruments multilatéraux de la première catégorie figure la convention internationale de 1929 pour la répression du faux monnayage, dans laquelle l'obligation de la poursuite est «subordonnée à la condition que l'extradition ait été demandée et que le pays requis ne puisse livrer l'inculpé pour une raison sans rapport avec le fait» (art. 9, al. 2). L'article 15 de la convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption est un autre exemple de ce type de clause. Aux termes de l'article 15,

«au cas où un Etat partie sur le territoire duquel se trouve une personne inculpée ou reconnue coupable ... d'infractions ... refuse de l'extrader, sous prétexte qu'il est lui-même compétent pour reconnaître cette infraction, l'Etat requis est obligé de soumettre le cas, sans délai, à ses autorités compétentes pour faire juger l'auteur présumé».

De plus, l'article 5 du protocole facultatif à la convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, dispose ce qui suit :

«si une demande d'extradition est présentée au motif d'une infraction visée au paragraphe 1 de l'article 3, et si l'Etat requis n'extrade pas ou ne veut pas extrader, à raison de la nationalité de l'auteur de l'infraction, cet Etat prend les mesures voulues pour saisir ses autorités compétentes aux fins de poursuites».

21. Les conventions de la catégorie *a*) sont manifestement structurées de manière à donner la priorité à l'extradition vers l'Etat sur le territoire duquel l'infraction est commise. La majorité d'entre elles ne renferment aucune obligation générale faite aux Etats parties de poursuivre l'auteur présumé. Bien au contraire, l'engagement de poursuites par l'Etat sur le territoire duquel l'auteur présumé est découvert devient obligatoire uniquement en cas de rejet d'une demande d'extradition ou de l'existence de certains facteurs, comme la nationalité du suspect.

22. Dans les conventions de la catégorie *b*), l'extradition ne revêt manifestement pas la même importance. Ainsi, les conventions de Genève de 1949 disposent qu'un Etat partie est tenu de poursuivre les personnes qui auraient commis de graves violations de leurs dispositions. Toutefois, s'il «le préfère, et selon les conditions prévues par sa propre législation,» il pourra aussi «les remettre pour jugement à une autre [p]artie contractante intéressée à la poursuite, pour autant que cette [p]artie contractante ait retenu contre lesdites personnes des charges suffisantes». Dans ces instruments, l'Etat sur le territoire duquel l'auteur présumé est découvert n'est pas obligé de l'extrader. D'autres modifications de la formule appa-

raissent notamment dans l'article 7 de la convention de La Haye de 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, qui a servi de modèle au paragraphe 1 de l'article 7 de la convention. La priorité est manifestement donnée aux poursuites, et un Etat partie est tenu de poursuivre, ou de saisir ses autorités compétentes aux fins de poursuites, indépendamment de l'existence d'une demande d'extradition. Même lorsqu'il y a eu demande d'extradition, certaines conventions, comme les conventions de Genève de 1949, n'imposent pas l'extradition, tandis que d'autres peuvent être interprétées, selon l'objet et le but de l'instrument concerné, comme établissant une obligation d'extrader si l'Etat refuse de poursuivre.

23. Cette clarification est importante dans le cas d'espèce étant donné que, comme la Cour le relève au paragraphe 50 de l'arrêt, il est apparu à maintes reprises dans la correspondance entre les Parties ainsi que dans leurs plaidoiries devant la Cour que, dans le contexte de la convention, les deux obligations étaient souvent présentées comme une alternative et placées sur le même plan. Ainsi, dans sa note verbale du 11 janvier 2006, la Belgique a indiqué qu'elle interprétait la convention, et plus particulièrement l'obligation « *aut dedere aut judicare* », comme « ne prévoyant d'obligations que dans le chef d'un Etat, en l'occurrence, dans le cas de la demande d'extradition de M. Hissène Habré, dans le chef de la République du Sénégal » (mémoire de la Belgique, annexe B.7). De même, dans sa note verbale du 9 mars 2006, elle a clairement fait savoir au Sénégal que les négociations qui, selon elle, étaient en cours concernaient « la demande d'extradition en cause de M. Hissène Habré, en application de l'article 30 de la convention » (*ibid.*, annexe B.8). Et, dans sa requête, la Belgique a prié la Cour de dire et juger que, « à défaut de poursuivre M. Habré, la République du Sénégal est obligée de l'extrader *vers le Royaume de Belgique pour qu'il réponde de ses crimes devant la justice belge* » (les italiques sont de moi). Elle n'a cessé d'affirmer pendant la procédure orale que le paragraphe 1 de l'article 7 de la convention devait être interprété comme obligeant l'Etat du for « à soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, à défaut d'extrader cette personne vers l'Etat qui le lui demande » (CR 2012/2, p. 15, par. 13 (Rietjens)). Le conseil de la Belgique a de surcroît fait valoir que l'enquête préliminaire prévue au paragraphe 2 de l'article 6 était indispensable pour « mettre en œuvre l'obligation de poursuivre ou, à défaut, *d'extrader lorsqu'une demande à cet effet a été formulée* » (CR 2012/3, p. 11, par. 11 (Wood); les italiques sont de moi).

24. Rien ne justifiait que la Belgique exige l'extradition de M. Habré, et le Sénégal n'était en rien tenu d'extrader ce dernier vers la Belgique, dans la mesure où il se conformait à son obligation de saisir ses autorités compétentes de l'affaire Habré pour l'exercice de l'action pénale. Seule la violation de cette obligation engage la responsabilité de l'Etat sur le territoire duquel le suspect se trouve. Mais, si cet Etat préfère extrader l'auteur présumé au lieu de le poursuivre lui-même, il a le choix de le faire. De plus, il n'est pas inutile de souligner, à propos de l'extradition dans le contexte de la convention, que l'Etat requis n'est pas tenu d'extrader le

suspect sur le territoire de l'Etat requérant. Le Sénégal n'avait donc pas l'obligation d'extrader M. Habré vers la Belgique, sauf s'il le décidait, tout simplement pour se libérer de l'obligation de poursuivre lui-même et sur son territoire.

(*Signé*) Abdulqawi A. YUSUF.

---