

## DISSENTING OPINION OF JUDGE XUE

1. In principle, I agree with the Judgment that Senegal as a party to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 1984 (the Convention) should submit without delay the case of Mr. Hissène Habré to the competent authorities for the purpose of prosecution, if it decides not to extradite him. However, I disagree with the majority of the Members of the Court on a number of important issues in the Judgment. As required by my judicial duty, I shall explain my dissent.

## 1. THE ISSUE OF ADMISSIBILITY

2. In the proceedings, Senegal objects to the admissibility of Belgium's claims and maintains that Belgium is not entitled to invoke the international responsibility of Senegal for the alleged breach of its obligation to submit the *Hissène Habré* case to its competent authorities for the purpose of prosecution, unless it extradites him. In particular, Senegal argues that none of the alleged victims of the acts said to be attributable to Mr. Habré was of Belgian nationality at the time when the alleged acts were committed (Judgment, para. 64). Belgium does not dispute that fact but contends that the case is not about diplomatic protection, and "[u]nder the Convention, every State party, irrespective of the nationality of the victims, is entitled to claim performance of the obligation concerned, and, therefore, can invoke the responsibility resulting from the failure to perform" (*ibid.*, para. 65). It notes in its Application that "[a]s the present jurisdiction of the Belgian courts is based on the complaint filed by a Belgian national of Chadian origin, the Belgian courts intend to exercise passive personal jurisdiction" (*ibid.*).

3. This dispute between the Parties with respect to the qualification of passive nationality apparently has a direct bearing on the question of admissibility; should the nationality of the victim be established at the time of the commission of the alleged acts, Belgium's claim is obviously inadmissible.

4. Indeed, this case is different from diplomatic protection where nationality serves as a nexus between an injured individual and its State so as to give the latter entitlement to invoke international responsibility of the wrongful State for the protection of the individual. Nationality principle, however, is not exclusively applicable in diplomatic protection cases in international law. It is also relevant in international criminal law

OPINION DISSIDENTE DE M<sup>me</sup> LA JUGE XUE

[Traduction]

1. Sur le plan des principes, je m'associe à l'arrêt pour considérer que le Sénégal, en tant que partie à la convention contre la torture et autres peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984 (la « convention »), devrait soumettre sans délai l'affaire Hissène Habré à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, s'il décide de ne pas extradier l'intéressé. Je suis cependant en désaccord avec la majorité des membres de la Cour sur un certain nombre de questions traitées dans l'arrêt, et il est de mon devoir de juge d'en exposer les raisons.

## 1. LA QUESTION DE LA RECEVABILITÉ

2. En la présente espèce, le Sénégal a contesté la recevabilité des demandes de la Belgique, et soutenu que celle-ci n'avait pas qualité pour invoquer la responsabilité internationale du Sénégal en raison du manquement allégué de ce dernier à son obligation de soumettre l'affaire Hissène Habré à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, à moins qu'il ne l'extrade. Le Sénégal a notamment fait valoir qu'aucune des victimes supposées des actes qui seraient attribuables à M. Habré n'avait la nationalité belge au moment où ceux-ci avaient été commis (arrêt, par. 64). Si la Belgique n'a pas contesté ce point de fait, elle a cependant observé que l'affaire n'avait pas trait à la protection diplomatique et que, « [e]n vertu de la convention, tout Etat partie, quelle que soit la nationalité des victimes, [était] fondé à réclamer l'exécution de l'obligation en question, et p[ouvait] donc invoquer la responsabilité résultant d'une inexécution » (*ibid.*, par. 65). Dans sa requête, la Belgique a précisé que, « [l]a compétence actuelle des juridictions belges étant fondée sur la plainte déposée par un ressortissant belge d'origine tchadienne, la justice belge entend[ait] exercer la compétence personnelle passive » (*ibid.*).

3. Il apparaît que cette divergence de vues entre les Parties quant à la détermination de la nationalité passive a une incidence directe sur la question de la recevabilité ; si la nationalité de la victime devait être établie au moment de la commission des actes allégués, la demande de la Belgique serait manifestement irrecevable.

4. Certes, la présente espèce n'entre pas dans le champ de la protection diplomatique, domaine dans lequel la nationalité sert de lien juridique entre l'individu lésé et son Etat, donnant ainsi à ce dernier qualité pour invoquer la responsabilité internationale de l'Etat auteur du fait illicite afin de protéger l'intéressé. Il n'en demeure pas moins que, en droit international, le principe de la nationalité n'est pas uniquement applicable

cases where nationality provides one of the bases for jurisdiction. In the present case, it defines and determines the entitlement of a State party in the exercise of its jurisdiction to prosecute and the right to request for extradition from another State party.

5. Under Article 5, paragraph 1 (*c*), of the Convention, it is provided that jurisdiction can be established over torture offences by a State party “when the victim is a national of that State if that State considers it appropriate”. The Convention does not specify whether such passive nationality should be established at the time of the occurrence of tortuous acts, nor does it prescribe it as a necessary ground; it leaves certain discretion to each State party to decide. In this case, therefore, Belgium’s law and practice have relevance to the issue.

6. Belgium established absolute universal jurisdiction over crimes under international humanitarian law in 1993 (the 1993 law), including jurisdiction based on passive nationality. On 23 April 2003 and 5 August 2003, Belgium amended the 1993 law, by which it restricted, among others, the temporal condition of passive nationality, i.e., nationality should be established at the time of the events instead of at the time of filing a case (the 2003 law). The 2003 law provides to the extent that on the count of a crime under international humanitarian law committed abroad, *criminal prosecution can be exercised only when the victim is, at the time of the events, Belgian, or having been staying effectively in Belgium for at least three years*. In its decision No. 68/2005 of 13 April 2005, the Belgian Court of Arbitration, while upholding the constitutionality of the 2003 law, referred to the legislative intention of the said amendment and stated that

“as for the criterion of personal ties with the country, the lawmaker deemed *it was necessary to introduce certain limits as regards the principle of the capacity to be a defendant in proceedings; it is necessary that at the time of the events, the victim be of Belgian nationality or be effectively staying in Belgium, in a usual, legal manner for at least three years*” (emphasis added).

7. It also points out that such limits are imposed in order to avoid “an obviously abusive political use of this law”, since there are people

“who settled in Belgium for the sole purpose of obtaining the possibility, as under the auspices of the law of 16 June 1993 governing the prevention of serious violations of international humanitarian law and Article 144*ter* of the Judicial Code, of securing the jurisdiction of the Belgian courts for violations of which these persons claim they are the victims” (Court of Arbitration, judgment of 13 April 2005, communicated by the Agent of the Republic of Senegal to the Court on 13 April 2012).

dans les affaires ayant trait à la protection diplomatique. Il est également pertinent dans les affaires relevant du droit pénal international, dans lesquelles la nationalité constitue l'une des bases permettant d'établir la compétence. En l'espèce, c'est ce principe qui définit et détermine l'exercice, par un Etat partie, de sa compétence en matière de poursuites, ainsi que le droit d'un autre Etat partie de demander l'extradition.

5. Aux termes de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 5 de la convention, un Etat partie peut établir sa compétence aux fins de connaître d'actes de torture «quand la victime est un ressortissant dudit Etat et que ce dernier le juge approprié». La convention ne précise pas si cette nationalité passive doit être établie au moment où les actes en question ont été commis et n'en fait pas non plus un fondement nécessaire, laissant une certaine marge d'appréciation à chaque Etat partie. En la présente espèce, le droit et la pratique de la Belgique sont donc pertinents à cet égard.

6. La Belgique a établi, en 1993, sa compétence universelle absolue aux fins de connaître de crimes de droit international humanitaire (la «loi de 1993»), y compris au titre de la nationalité passive. Les 23 avril et 5 août 2003, elle a amendé la loi de 1993, rendant notamment plus stricte la condition temporelle en matière de nationalité passive, la nationalité de l'intéressé devant désormais être établie au moment des faits et non au moment du dépôt de la plainte (la «loi de 2003»). La loi de 2003 dispose ainsi que, pour ce qui concerne les crimes relevant du droit international humanitaire commis à l'étranger, *des poursuites pénales ne peuvent être engagées que si la victime était, au moment des faits, de nationalité belge, ou séjournait effectivement en Belgique depuis au moins trois ans*. Dans sa décision n° 68/2005 du 13 avril 2005, la Cour d'arbitrage de Belgique, tout en concluant à la constitutionnalité de la loi de 2003, s'est référée à l'intention du législateur sous-jacente à l'amendement susmentionné, et a indiqué ce qui suit :

«quant au critère de rattachement personnel avec le pays, le législateur a jugé nécessaire d'instaurer certaines limites en ce qui concerne le principe de la personnalité passive: il faut qu'au moment des faits la victime soit de nationalité belge ou séjourne effectivement, habituellement et légalement en Belgique depuis au moins trois ans» (les italiques sont de moi).

7. La Cour belge a en outre précisé que ces limites étaient établies afin d'éviter «une utilisation politique manifestement abusive de cette loi», étant donné que certaines personnes

«s'installent en Belgique pour la seule raison d'y trouver, comme sous l'empire de la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire et de l'article 144ter du Code judiciaire, la possibilité de rendre les juridictions belges compétentes pour les infractions dont ces personnes se prétendent être victimes» (Cour d'arbitrage de Belgique, arrêt du 13 avril 2005, communiqué le 13 avril 2012 à la Cour par l'agent de la République du Sénégal).

Belgium's 2003 law should in no way be regarded as incompatible with the object and purpose of the Convention in the struggle against torture, although its legislative limits to passive nationality restrain Belgium's right to exercise its jurisdiction over torture.

8. By its own legislative and judicial acts, particularly the jurisdictional limits its 2003 law imposes on passive nationality, Belgium is therefore precluded from denying the applicability of the nationality rule in case it wishes to exercise passive personal jurisdiction. As a State party requesting for extradition under Article 7, paragraph 1, of the Convention, Belgium has to, as a matter of law, establish its entitlement to exercise jurisdiction.

9. It is noted that during the written pleadings, Belgium claims that the transitional provisions to the 2003 law provide to the extent that if investigative measure has already been taken on the date of entry into force of the 2003 law and at least one complainant was a Belgian national at the time the criminal proceedings were initiated, the Belgian courts shall continue to exercise jurisdiction. In this case, Mr. A. Aganaye, a Belgian national as of 19 June 1998, filed the case against Mr. Habré in the Belgian courts in 2000. Moreover, numerous investigative measures were taken before the entry into force of the 2003 law.

10. It is clear to the Court that, among the complainants against Mr. Habré in the Belgian courts, only Mr. A. Aganaye was a Belgian national. Two others were with dual nationalities of Chad and Belgium. None of them was a Belgian national at the time of the events and all were naturalized in Belgium well after the events of the commission of torture in Chad. This nexus for passive national jurisdiction was apparently fragile. Belgium does not provide any evidence to show that such national link is not solely meant to secure the jurisdiction of the Belgian courts and, as such, "displayed an 'obvious link attaching him to Belgium', to use the words of the Belgian Court of Arbitration" (Court of Arbitration, judgment No. 104/2006 of 21 June 2006, communicated by the Agent of the Republic of Senegal to the Court on 13 April 2012).

11. In answering one of the questions put forward by a Member of the Court in regard to Belgium's entitlement to invoke Senegal's responsibility in the Court, Belgium argues that "it is not the nationality of the alleged victims which is the basis of the entitlement of a State to invoke the responsibility of another State. What is relevant is to whom the obligation breached is owed." (CR 2012/6, p. 52, para. 56 (Wood).) This argument implicitly changes Belgium's original claim from a request for extradition to a general right to monitor treaty implementation. Under the Convention, whether Senegal owes an obligation to Belgium to extradite, first and foremost, depends on whether Belgium has entitlement to exercise jurisdiction in accordance with Article 5 of the Convention.

La loi belge de 2003 ne doit en aucune manière être considérée comme étant incompatible avec l'objet et le but de la convention en ce qui concerne la lutte contre la torture, et ce, bien que les limites dont elle assortit la nationalité passive restreignent le droit de la Belgique d'exercer sa compétence à l'égard dudit crime.

8. De par ses propres actes législatifs et judiciaires, et notamment les limites que sa loi de 2003 a imposées en matière de compétence au titre de la nationalité passive, la Belgique ne saurait donc, si elle entend exercer la compétence personnelle passive, contester l'applicabilité de la règle de la nationalité. En tant qu'Etat partie demandant l'extradition en vertu du paragraphe 1 de l'article 7 de la convention, elle doit, d'un point de vue juridique, établir qu'elle a le droit d'exercer sa compétence.

9. On relèvera que, dans ses écritures, la Belgique a fait valoir que, en application des dispositions transitoires de la loi de 2003, si des mesures d'instruction avaient déjà été prises à la date d'entrée en vigueur de la loi de 2003 et qu'au moins l'un des plaignants était ressortissant belge au moment où les poursuites pénales avaient été engagées, les tribunaux belges devaient continuer d'exercer leur compétence. En la présente espèce, M. A. Aganaye, qui a acquis la nationalité belge le 19 juin 1998, a porté plainte contre M. Habré devant les tribunaux belges en 2000. De plus, nombre de mesures d'instruction avaient été prises avant l'entrée en vigueur de la loi de 2003.

10. Il ressort clairement du dossier de l'affaire que, parmi les personnes ayant déposé plainte contre M. Habré devant les tribunaux belges, seul M. A. Aganaye était ressortissant belge; deux autres avaient la double nationalité tchadienne et belge; aucun des plaignants n'était ressortissant belge au moment des faits et tous ont été naturalisés par la Belgique bien après la commission des actes de torture au Tchad. Le lien de rattachement permettant l'exercice de la compétence nationale passive était donc, semble-t-il, ténu. La Belgique n'a présenté aucun élément de preuve attestant que ce lien n'avait pas pour seul objet que les tribunaux belges se déclarent compétents et, pour reprendre les termes employés par la Cour d'arbitrage de Belgique, qu'il constituait «un lien de rattachement évident avec la Belgique» (Cour d'arbitrage, arrêt n° 104/2006 du 21 juin 2006, communiqué le 13 avril 2012 à la Cour par l'agent de la République du Sénégal).

11. En réponse à une question qui lui était posée par un membre de la Cour au sujet de sa qualité pour invoquer la responsabilité du Sénégal devant la Cour, la Belgique a fait valoir ce qui suit : «ce n'est pas la nationalité des victimes supposées qui fonde le droit d'un Etat à invoquer la responsabilité d'un autre Etat. Ce qui importe, c'est de savoir à qui est due l'obligation qui n'a pas été observée.» (CR 2012/6, p. 52, par. 56 (Wood).) Cet argument a implicitement modifié la demande initiale de la Belgique; il ne s'agissait plus d'une demande d'extradition mais d'une prétention à un droit général de surveiller l'application d'un traité. Or, aux termes de la convention, la question de savoir si une obligation d'extrader incombe au Sénégal vis-à-vis de la Belgique dépend avant tout de celle de savoir si cette dernière a qualité pour exercer sa compétence conformément à l'article 5 de cet instrument.

12. The Court, regrettably and questionably, fails to address this crucial issue presented by Senegal in the Judgment. Instead of interpreting Article 5, paragraph 1, of the Convention, the Court bases its reasoning on the notion obligations *erga omnes partes*, which in my opinion, goes far beyond treaty interpretation, deviating from the established jurisprudence of the Court.

13. In examining the issue of Belgium's standing, the Court focuses on the question "whether being a party to the Convention is sufficient for a State to be entitled to bring a claim to the Court concerning the cessation of alleged violations by another State party of its obligations under that instrument" (Judgment, para. 67). It 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." (*Ibid.*, para. 68.)

Taken from the *obiter dictum* of the *Barcelona Traction Judgment (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 32, para. 33)*, the Court defines such obligations as obligations *erga omnes partes*.

14. By virtue of the nature of such *erga omnes partes* obligations, the Court concludes that Belgium, as a State party to the Convention against Torture, has standing to invoke Senegal's responsibility for the alleged breaches of its obligations under Article 6, paragraph 2, and Article 7, paragraph 1. Therefore, Belgium's claims are admissible. This conclusion is abrupt and unpersuasive.

15. In the first place, the Court's reference to the *Barcelona Traction* case misuses the *obiter dictum* in that Judgment in several aspects. In that case the Court specifically drew the distinction between obligations owed to the international community as a whole and those arising vis-à-vis another State. It stated that "[b]y their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*." (*Ibid.*) In terms of standing, however, the Court only spelt out the conditions for the breach of obligations in bilateral relations and stopped short of the question of standing in respect of obli-

12. Cette question cruciale soulevée par le Sénégal n'a pas été traitée dans l'arrêt, ce qui est à la fois regrettable et discutable. Plutôt que d'interpréter le paragraphe 1 de l'article 5 de la convention, la Cour a fondé son raisonnement sur la notion d'obligations *erga omnes partes*, ce qui, selon moi, va bien au-delà de l'interprétation des traités; ce faisant, elle s'est écartée de sa jurisprudence bien établie.

13. En examinant la question de la qualité pour agir de la Belgique, la Cour s'est attachée au point de savoir «si le seul fait d'être partie à la convention [était] suffisant pour qu'un Etat soit fondé à la saisir d'une demande tendant à ce qu'elle ordonne à un autre Etat partie de mettre fin à des manquements allégués aux obligations que lui impose cet instrument» (arrêt, par. 67). A cet égard, elle a indiqué 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.» (*Ibid.*, par. 68.)

Se référant à l'*obiter dictum* énoncé dans l'arrêt qu'elle avait rendu en l'affaire de la *Barcelona Traction (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 32, par. 33)*, la Cour a défini les obligations en cause comme étant des obligations *erga omnes partes*.

14. De la nature de ces obligations *erga omnes partes*, la Cour a conclu que la Belgique avait, en tant qu'Etat partie à la convention contre la torture, qualité pour invoquer la responsabilité du Sénégal à raison des manquements allégués de celui-ci aux obligations qui lui incombent en application du paragraphe 2 de l'article 6 et du paragraphe 1 de l'article 7. Dès lors, les demandes de la Belgique ont été considérées comme recevables. Cette conclusion est abrupte, et elle n'est guère convaincante.

15. Premièrement, c'est à mauvais escient que la Cour s'est référée à l'*obiter dictum* énoncé dans l'arrêt qu'elle avait rendu en l'affaire de la *Barcelona Traction*, et ce, à plusieurs égards. Dans cette affaire, la Cour avait expressément établi la distinction entre les obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble et celles qui se font jour à l'égard d'un seul autre Etat. Elle avait ainsi indiqué que, «[p]ar leur nature même, les premières concernent tous les Etats. Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*.» (*Ibid.*) S'agissant de la qualité pour agir, la



gations *erga omnes*. The Court apparently referred to substantive law rather than procedural rules, with no indication to change the state of the law in the sense that there is no general standing resident with each and every State to bring a case in the Court for the vindication of a communal interest.

16. Since the *Barcelona Traction* Judgment, the Court has referred to obligations *erga omnes* in a number of cases (*East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1995*, p. 102, para. 29; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 616, para. 31; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 199, paras. 155-157; *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, *I.C.J. Reports 2006*, pp. 31-32, para. 64; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2007 (I)*, p. 104, para. 147). In none of them, has it pronounced that the existence of a common interest alone would give a State entitlement to bring a claim in the Court.

17. Secondly, the Court's conclusion on obligations *erga omnes partes* in this case is not in conformity with the rules of State responsibility. Even though prohibition of torture has become part of *jus cogens* in international law, such obligations as to make immediately a preliminary inquiry and the obligation to prosecute or extradite are treaty rules, subject to the terms of the Convention. Notwithstanding the fact that the States parties have a common interest in their observance, by virtue of treaty law, the mere fact that a State is a party to the Convention does not, in and by itself, give that State standing to bring a case in the Court. Under international law, it is one thing that each State party has an interest in the compliance with these obligations, and it is another that every State party has standing to bring a claim against another State for the breach of such obligations in the Court. A State party must show what obligations that another State party owes to it under the Convention have been breached. Such "injury", to use the language in Article 42 of the International Law Commission's Articles on State Responsibility, distinguishes the State from other States parties as it is "specially affected" by the breach. These procedural rules in no way diminish the importance of prohibition of torture as *jus cogens*. *Jus cogens*, likewise, by its very nature, does not automatically trump the applicability of these procedural rules (*Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2012 (I)*, pp. 140-141, paras. 93-95).

Cour s'était cependant contentée d'énoncer les conditions d'un manquement à des obligations contractées dans le cadre de relations bilatérales, sans aborder la question en ce qui concerne les obligations *erga omnes*. Elle s'était, semble-t-il, attachée au droit matériel et non aux règles procédurales, rien n'indiquant un changement de l'état du droit au sens où tout Etat se verrait reconnaître, d'une manière générale, qualité pour porter une affaire devant la Cour en faisant valoir un intérêt commun.

16. Depuis l'arrêt rendu en l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour s'est référée aux obligations *erga omnes* dans un certain nombre d'autres affaires (*Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 102, par. 29; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 616, par. 31; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 199, par. 155-157; *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 31-32, par. 64; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 104, par. 147). Dans aucune de ces affaires, la Cour n'a cependant dit que la seule existence d'un intérêt commun conférerait à un Etat qualité pour porter une demande devant elle.

17. Deuxièmement, la conclusion que la Cour a formulée en la présente espèce concernant les obligations *erga omnes partes* n'est pas conforme aux règles régissant la responsabilité des Etats. Même si l'interdiction de la torture fait désormais partie du *jus cogens* en droit international, les obligations telles que celles de procéder immédiatement à une enquête et de poursuivre ou d'extrader sont, quant à elles, des règles conventionnelles et, partant, régies par les termes de l'instrument en cause. Quoique les Etats parties aient un intérêt commun à ce que ces termes soient respectés, au regard du droit des traités, le simple fait qu'un Etat soit partie à la convention ne lui donne pas, en soi, qualité pour saisir la Cour d'une réclamation. En droit international, dire que chaque Etat partie à un instrument conventionnel a un intérêt à ce que les obligations qui y sont énoncées soient respectées est une chose; dire que tout Etat partie a qualité pour saisir la Cour d'une réclamation contre un autre Etat qui aurait manqué auxdites obligations en est une autre. Il incombe en effet à un Etat partie de démontrer à quelles obligations qui lui sont dues par un autre Etat au titre de la convention celui-ci a manqué. Pour reprendre les termes employés à l'article 42 des articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat, un «Etat lésé» se distingue des autres Etats parties en ce que le manquement en cause l'«atteint spécialement». Ces règles procédurales ne diminuent nullement l'importance de l'interdiction de la torture en tant que règle de *jus cogens*. A l'inverse, le *jus cogens*, de par sa nature même, ne prime pas automatiquement sur l'applicabilité de ces règles procédurales (*Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (I), p. 140-141, par. 93-95).

18. By adopting the notion *erga omnes partes*, it seems that the Court has blurred the distinction between the claimant State and the other States parties by prescribing a general right to invoke international responsibility in the Court. As a requesting State for extradition, Belgium, provided that its jurisdiction is properly established under Article 5, is entitled to bring a claim against Senegal for the alleged breach of Article 7, paragraph 1, of the Convention. Belgium's entitlement to raise a claim against Senegal for breach of its obligations to make immediately a preliminary inquiry under Article 6, paragraph 2, and the obligation to prosecute under Article 7, paragraph 1, should be tenable only if such claim is intrinsically connected with its request for extradition. As a matter of fact, the dispute between the Parties arose over the interpretation and application of the principle *aut dedere aut judicare* under Article 7, paragraph 1. In other words, Belgium's Application rests on the terms of the Convention rather than the existence of a common interest. When the Court, in addressing the issue of standing, states that

“any State party to the Convention may invoke the responsibility of another State party with a view to ascertaining the alleged failure to comply with its obligations *erga omnes partes*, such as those under Article 6, paragraph 2, and Article 7, paragraph 1, of the Convention, and to bring that failure to an end” (Judgment, para. 69),

I am afraid that its pronouncement can find no support of State practice in the application of the Convention.

19. Thirdly, the Court's conclusion on admissibility is contrary to the terms of the Convention. In order to achieve the object and purpose of the Convention, a reporting and monitoring system is established under Articles 17-20 of the Convention to supervise the implementation of the Convention by the States parties. Besides, a communication mechanism is created under Article 21, by which a State party may send communications to the Committee against Torture to the effect that it considers that another State party is not fulfilling its obligations under this Convention. These mechanisms are designed exactly to serve the common interest of the States parties in the compliance with the obligations under the Convention. The Court's concern in the reasoning that, should a special interest be required for making a claim concerning the cessation of an alleged breach by another State, in many cases no State would be in the position to make such a claim (Judgment, para. 69), is therefore unfounded.

20. Under the Convention, conditions for the operation of these mechanisms demonstrate that the States parties in no way intended to create obligations *erga omnes partes* in Article 6, paragraph 2, and Article 7, paragraph 1.

21. Under Article 22, communications can be made only upon prior declaration by a State party recognizing the competence of the Com-

18. En faisant sienne la notion *erga omnes partes* pour énoncer un droit général d'invoquer devant elle la responsabilité internationale, la Cour semble avoir brouillé la distinction entre l'Etat requérant et les autres Etats parties. En tant qu'Etat demandant l'extradition, la Belgique, à condition que sa compétence soit dûment établie au regard de l'article 5, a qualité pour former une réclamation contre le Sénégal à raison d'une violation alléguée du paragraphe 1 de l'article 7 de la convention. Elle ne saurait toutefois avoir qualité pour former une réclamation contre le Sénégal à raison d'un manquement à l'obligation de procéder immédiatement à une enquête préliminaire, prescrite au paragraphe 2 de l'article 6, et à l'obligation de poursuivre, prescrite au paragraphe 1 de l'article 7, que si cette réclamation est considérée comme étant intrinsèquement liée à sa demande d'extradition. De fait, c'est au sujet de l'interprétation et de l'application du principe *aut dedere aut judicare*, tel qu'énoncé au paragraphe 1 de l'article 7, que le différend entre les Parties s'est fait jour. Autrement dit, la Belgique a fondé sa requête sur le libellé de la convention, et non sur l'existence d'un intérêt commun. En examinant la question de la qualité pour agir, la Cour a néanmoins estimé que

«tout Etat partie à la convention contre la torture [pouvait] invoquer la responsabilité d'un autre Etat partie dans le but de faire constater le manquement allégué de celui-ci à des obligations *erga omnes partes*, telles que celles qui lui incombent en application du paragraphe 2 de l'article 6 et du paragraphe 1 de l'article 7, et de mettre fin à un tel manquement (arrêt, par. 69)».

Je crains que ce prononcé ne puisse être étayé par la pratique étatique relative à l'application de la convention.

19. Troisièmement, la conclusion de la Cour sur la question de la recevabilité est contraire au libellé de la convention. Aux fins de réaliser l'objet et le but de cet instrument, un système d'information et de contrôle a été établi, aux articles 17 à 20, pour en superviser l'application par les Etats parties. Par ailleurs, l'article 21 prévoit une procédure permettant à un Etat partie d'adresser des communications au Comité contre la torture en faisant valoir que, selon lui, un autre Etat partie ne s'acquitte pas de ses obligations au titre de la convention. Cette procédure a précisément pour objet de servir l'intérêt commun des Etats parties à ce que les obligations énoncées par la convention soient respectées. La préoccupation de la Cour suivant laquelle, si un intérêt particulier était requis pour qu'un Etat partie puisse demander qu'un autre Etat partie mette fin à un manquement allégué, aucun Etat ne serait, dans bien des cas, en mesure de présenter une telle demande (*ibid.*, par. 69), est donc infondée.

20. Au vu des conditions entourant la mise en œuvre de la procédure susmentionnée, il ressort de la convention que les Etats parties n'entendaient nullement, au paragraphe 2 de l'article 6 et au paragraphe 1 de l'article 7, créer des obligations *erga omnes partes*.

21. Aux termes de l'article 22, seul un Etat partie ayant au préalable déclaré qu'il reconnaissait la compétence du comité peut présenter des

mittee and can be made only against those States parties that have made a declaration to the same effect. The Committee will not receive and consider any communications if such communication concerns a State party that has not made such a declaration.

22. Furthermore, under Article 30, paragraph 2, each State may, at the time of signature or ratification of the Convention or accession thereto, declare that it does not consider itself bound by paragraph 1 of this Article, particularly with regard to the jurisdiction of the International Court of Justice.

23. Obviously, if the States parties had intended to create obligations *erga omnes partes*, as pronounced by the Court, Articles 21 and Article 30, paragraph 1, should have been made mandatory rather than optional for the States parties. In accordance with treaty law, any interpretation and application of the object and purpose of the Convention should not contradict, or even override, the clear terms of the treaty.

## 2. RELATIONSHIP BETWEEN THE OBLIGATIONS CONCERNED

24. On the question of jurisdiction, the Court finds that the dispute between the Parties with regard to the interpretation or application of Article 5, paragraph 2, of the Convention had ended by the time the Application was filed. The Court therefore lacks jurisdiction to rule on that issue. However, the Court is of the view that it may still have to consider the *consequences* of Senegal's conduct on the compliance with other obligations under the Convention, provided its jurisdiction is established. This fragmented approach to the interpretation and application of treaty provisions, in my view, is problematic in law.

25. Belgium in its submissions asks the Court to adjudicate and declare that Senegal breached its obligation under Article 5, paragraph 2. The reason that the Parties have no dispute over this point, as found by the Court, is that Senegal accepts the decision of the Committee against Torture in 2006 that it breached its obligation under Article 5, paragraph 2, for failing to take necessary measures to establish jurisdiction in its domestic law in due time. The Court's decision on lack of jurisdiction over Article 5, paragraph 2, has two legal implications: one is that the Court eschews the need to pronounce on the merits of the issue, namely, Senegal's breach of its obligation under Article 5, paragraph 2, has ceased to exist by the time of Belgium's institution of the Application; secondly, Senegal's obligation to make a preliminary inquiry under Article 6, paragraph 2, and obligation to prosecute under Article 7, paragraph 1, of the Convention are separated from the obligation under Article 5, paragraph 1, in the Court's reasoning.

communications au comité; celles-ci ne peuvent viser que des Etats parties ayant fait la même déclaration. Le comité ne reçoit et n'examine aucune communication intéressant un Etat partie qui n'a pas fait une telle déclaration.

22. De plus, en application du paragraphe 2 de l'article 30, chaque Etat peut, au moment où il signe ou ratifie la convention ou y adhère, déclarer qu'il ne se considère pas comme lié par les dispositions du paragraphe 1 de ce même article, notamment en ce qui concerne la compétence de la Cour internationale de Justice.

23. De toute évidence, si les Etats parties avaient eu, comme l'a dit la Cour, l'intention de créer des obligations *erga omnes partes*, ils auraient fait de l'article 21 et du paragraphe 1 de l'article 30 des dispositions obligatoires, et non facultatives. Conformément au droit des traités, aucune interprétation et application de l'objet et du but de la convention ne saurait être en contradiction avec les termes clairs de cet instrument, ni même prévaloir sur eux.

## 2. LE LIEN ENTRE LES OBLIGATIONS EN CAUSE

24. En ce qui concerne la question de la compétence, la Cour a conclu que le différend entre les Parties quant à l'interprétation ou à l'application du paragraphe 2 de l'article 5 de la convention avait pris fin au moment du dépôt de la requête et que, partant, elle n'avait pas compétence pour se prononcer sur ce point. Elle a cependant estimé qu'il pourrait lui falloir examiner les *conséquences* du comportement du Sénégal sur le respect d'autres obligations découlant de la convention, à condition que sa compétence à cet égard soit établie. L'approche fragmentée que la Cour a ainsi suivie en matière d'interprétation et d'application de dispositions conventionnelles est, selon moi, problématique d'un point de vue juridique.

25. Dans ses conclusions, la Belgique avait prié la Cour de dire et juger que le Sénégal n'avait pas satisfait à l'obligation qui lui incombe aux termes du paragraphe 2 de l'article 5. La raison pour laquelle il n'existait pas à cet égard de différend entre les Parties, ainsi que la Cour l'a jugé, était que le Sénégal avait accepté la décision rendue par le Comité contre la torture en 2006 selon laquelle il avait manqué à son obligation au titre de cette disposition pour n'avoir pas pris en temps utile les mesures nécessaires afin d'établir sa compétence dans son droit interne. Le fait que la Cour se soit déclarée incompétente à l'égard du paragraphe 2 de l'article 5 a deux conséquences juridiques: la première est qu'elle évite de devoir se prononcer au fond sur la question, le manquement du Sénégal à l'obligation qui lui incombe au titre de ladite disposition ayant cessé d'exister au moment du dépôt de la requête de la Belgique; la seconde est que, suivant le raisonnement de la Cour, l'obligation du Sénégal de procéder à une enquête préliminaire en application du paragraphe 2 de l'article 6 et l'obligation de poursuivre énoncée au paragraphe 1 de l'article 7 de la convention se trouvent dissociées de l'obligation contenue au paragraphe 1 de l'article 5.

26. In the establishment of universal jurisdiction under the Convention, Article 5, paragraph 2, Article 6, paragraph 2, and Article 7, paragraph 1, are intrinsically interrelated; Article 5, paragraph 2, is the precondition for the implementation of the other two provisions for the exercise of universal jurisdiction. In other words, without established jurisdictional ground, the competent authorities of a State party would not be able to fulfil the obligation to prosecute or take a decision on a request for extradition from another State party. This is a matter of international law as well as internal law, but first and foremost international law in this case.

27. In the Judgment, although the Court recognizes “the fact that the required legislation had been adopted only in 2007 necessarily affected Senegal’s implementation of the obligations imposed on it by Article 6, paragraph 2, and Article 7, paragraph 1, of the Convention” (Judgment, para. 77; emphasis added), it has nevertheless found Senegal’s conduct before 2007 relevant for the consideration of its obligations under these Articles. Under criminal law, legal proceedings for prosecution must be based on a sound jurisdictional ground. As Senegal failed to duly adopt necessary measures to establish universal jurisdiction in its domestic law, its competent authorities dismissed the legal proceedings against Mr. Habré for lack of jurisdiction. At the international level, this means Senegal did not meet its obligation under Article 7 of the Convention, a finding by the Committee against Torture. Again, Senegal does not contest that point.

28. In the present case, given the indivisible nature of the treaty obligations under the aforesaid three provisions, Senegal’s failure to fulfil its obligations under Article 6, paragraph 2, and Article 7, paragraph 1, of the Convention, is not, as the Court states, due to its domestic law (*ibid.*, para. 113), but due to its failure to fulfil its obligation under Article 5, paragraph 2. The fact that Senegal’s breach of its obligation under Article 5, paragraph 2, ceased to exist in 2007 has consequential effect on Senegal’s implementation of its obligations under Article 6, paragraph 2, and Article 7, paragraph 1. That is to say, after Senegal established universal jurisdiction over torture offences, it should immediately conduct criminal investigation against Mr. Habré so as to decide whether to submit him to prosecution or extradite him in accordance with Article 7, paragraph 1, of the Convention. Therefore, the relevant time for the consideration of whether or not Senegal has breached its obligations under Article 6, paragraph 2, and Article 7, paragraph 1, should be the time since Senegal adopted necessary legislation in 2007 rather than from 2000, or even earlier.

29. With regard to Article 6, paragraph 2, the Court finds that “the Senegalese authorities did not immediately initiate a preliminary inquiry

26. Dans le cadre de l'établissement de la compétence universelle que prescrit la convention, le paragraphe 2 de l'article 5, le paragraphe 2 de l'article 6 et le paragraphe 1 de l'article 7 sont intrinsèquement liés; le paragraphe 2 de l'article 5 est la condition préalable à l'application des deux autres dispositions aux fins de l'exercice de la compétence universelle. Autrement dit, faute de base juridictionnelle établie, les autorités compétentes d'un Etat partie ne seraient pas en mesure de satisfaire à l'obligation de poursuivre ou de se prononcer sur une demande d'extradition émanant d'un autre Etat partie. Cette question relève aussi bien du droit international que du droit interne; en la présente espèce, elle ressortit avant tout au droit international.

27. Quoiqu'elle ait reconnu que «le fait que la législation requise ait été adoptée seulement en 2007 a[vait] *nécessairement* affecté l'exécution par le Sénégal de ses obligations découlant du paragraphe 2 de l'article 6 et du paragraphe 1 de l'article 7 de la convention» (arrêt, par. 77; les italiques sont de moi), la Cour a néanmoins jugé que le comportement du Sénégal antérieur à 2007 était pertinent pour examiner les obligations que lui imposent lesdits articles. En droit pénal, les poursuites judiciaires doivent être fondées sur une base de compétence solide. Le Sénégal n'ayant pas, comme il l'aurait dû, adopté les mesures nécessaires pour établir sa compétence universelle dans son droit interne, ses autorités compétentes ont rejeté les plaintes déposées contre M. Habré, au motif qu'elles n'avaient pas compétence pour en connaître. Sur le plan international, cela signifie que le Sénégal n'a pas satisfait à son obligation au titre de l'article 7 de la convention, conclusion à laquelle est parvenu le Comité contre la torture. Là encore, le Sénégal ne le conteste pas.

28. En la présente espèce, compte tenu du caractère indivisible des obligations énoncées dans les trois dispositions précitées, le manquement par le Sénégal à ses obligations au titre du paragraphe 2 de l'article 6 et du paragraphe 1 de l'article 7 de la convention n'est pas, contrairement à ce qu'a dit la Cour, dû à son droit interne (*ibid.*, par. 113), il est dû à son manquement à l'obligation que lui impose le paragraphe 2 de l'article 5. Le fait que ce dernier manquement ait pris fin en 2007 a une incidence sur la mise en œuvre par le Sénégal des obligations que lui imposent le paragraphe 2 de l'article 6 et le paragraphe 1 de l'article 7. Autrement dit, dès lors qu'il avait établi sa compétence universelle aux fins de connaître d'actes de torture, le Sénégal devait immédiatement ouvrir une instruction pénale contre M. Habré pour déterminer s'il convenait d'engager des poursuites contre l'intéressé ou de l'extrader, conformément au paragraphe 1 de l'article 7 de la convention. C'est pourquoi la période pertinente aux fins de rechercher si le Sénégal a ou non manqué aux obligations que lui imposent le paragraphe 2 de l'article 6 et le paragraphe 1 de l'article 7 devait être la période ayant débuté au moment où le Sénégal a adopté la législation nécessaire en 2007, et non la période qui s'est écoulée depuis l'année 2000, voire depuis une date antérieure.

29. En ce qui concerne le paragraphe 2 de l'article 6, la Cour a constaté que «les autorités sénégalaises n'[avaient] pas immédiatement engagé une



as soon as they had reason to suspect Mr. Habré, who was in their territory, of being responsible for acts of torture” (Judgment, para. 88). It also considers that Senegal failed to make such an inquiry in 2008 when a further complaint against Mr. Habré was filed in Dakar. In my view, in 2000 when the first complaint was filed in the Senegalese courts, the Senegal competent authorities did take legal action and indicted him. As far as the complaint in 2008 is concerned, the fact is that by 2008 Senegal had already been in the process of preparing for the trial of Mr. Habré. The evidence before the Court demonstrates the following facts.

30. In July 2006, the Assembly of the African Union of Heads of State and Government, by Decision 127 (VII), *inter alia*, “decides to consider the *Hissène Habré* case as falling within the competence of the African Union . . . mandates Senegal to prosecute and ensure that Hissène Habré is tried, on behalf of Africa, by a competent Senegalese court with guarantees for fair trial” (Memorial of Belgium, paras. 1.68-1.71, Ann. F.2; Counter-Memorial of Senegal, para. 106).

31. On 5 October 2007, in a Note Verbale sent from the Senegalese Embassy in Brussels to the Ministry of Foreign Affairs of Belgium, Senegal informed Belgium that it had decided to organize the trial of Mr. Habré and invited Belgium to a meeting of potential donors to finance the trial (Memorial of Belgium, Ann. B.15).

32. On 6 October 2008, only days after the filing of the aforesaid complaints against Mr. Habré in the Senegalese courts, Mr. Habré seised the ECOWAS Court of Justice against the trial over his case to be conducted by Senegal.

33. These facts, among others, reveal that by 2008 the *Hissène Habré* case was well under way. It had passed the stage of preliminary inquiry for the decision whether or not the alleged perpetrator should be brought to trial; when Senegal decided to prosecute Mr. Habré, it must have possessed the necessary facts for that decision. Under such circumstances, the Court’s pronouncement on the obligation to make a preliminary inquiry under Article 6, paragraph 2, seems unnecessarily formalistic. Indeed, as the Court itself points out, “the choice of means for conducting the inquiry remains in the hands of the States parties, taking account of the case in question” (Judgment, para. 86). It is also true by this stage Senegal has the competence to decide whether it is still necessary to conduct a preliminary inquiry.

### 3. OBLIGATION *AUT DEDERE AUT JUDICARE* UNDER ARTICLE 7, PARAGRAPH 1

34. Under Article 7, paragraph 1,

“[t]he State Party in the territory under whose jurisdiction a person alleged to have committed any offence referred to in Article 4 is found

enquête préliminaire dès le moment où elles [avaient] eu des raisons de soupçonner M. Habré, qui se trouvait sur leur territoire, d'être responsable d'actes de torture» (arrêt, par. 88). Elle a également relevé que le Sénégal n'avait pas engagé pareille enquête en 2008, lorsqu'une nouvelle plainte avait été déposée contre M. Habré à Dakar. Selon moi, en 2000, lorsque la première plainte a été déposée devant les tribunaux sénégalais, les autorités compétentes du Sénégal ont bel et bien pris des mesures et inculpé l'intéressé. S'agissant de la plainte de 2008, le fait est que, à cette date, le Sénégal avait déjà entamé la préparation du procès de M. Habré. A cet égard, les faits suivants sont établis par les éléments de preuve qui ont été versés au dossier.

30. En juillet 2006, l'assemblée des chefs d'Etat et de gouvernement de l'Union africaine a, par sa décision 127 (VII), notamment «décid[é] de considérer le dossier Hissène Habré comme le dossier de l'Union africaine [et] mandat[é] la République du Sénégal de poursuivre et de faire juger, au nom de l'Afrique, Hissène Habré par une juridiction sénégalaise compétente avec les garanties d'un procès juste» (mémoire de la Belgique, par. 1.68-1.71, annexe F.2; contre-mémoire du Sénégal, par. 106).

31. Le 5 octobre 2007, le Sénégal a, par une note verbale adressée au ministère des affaires étrangères de la Belgique par l'ambassade sénégalaise à Bruxelles, informé la Belgique qu'il avait décidé d'organiser le procès de M. Habré et l'a invitée à une réunion des donateurs potentiels pour le financement dudit procès (mémoire de la Belgique, annexe B.15).

32. Le 6 octobre 2008, quelques jours à peine après le dépôt des plaintes susmentionnées contre M. Habré devant les tribunaux sénégalais, celui-ci a saisi la Cour de justice de la CEDEAO pour s'opposer à ce que son procès soit mené par le Sénégal.

33. Ces faits révèlent notamment que, en 2008, l'examen de l'affaire Hissène Habré était bien entamé. Le stade de l'enquête préliminaire visant à déterminer si l'auteur supposé devait ou non être jugé était dépassé; lorsqu'il a décidé d'engager des poursuites contre M. Habré, le Sénégal devait disposer des éléments nécessaires pour prendre cette décision. Dès lors, le prononcé de la Cour relatif à l'obligation de procéder à une enquête préliminaire en application du paragraphe 2 de l'article 6 apparaît inutilement formaliste. D'ailleurs, ainsi que la Cour elle-même l'a précisé, «le choix des moyens, pour mener l'enquête, reste entre les mains des Etats parties, en tenant compte notamment de l'affaire concernée» (arrêt, par. 86). Il est également vrai que, à ce stade, le Sénégal a compétence pour déterminer s'il est toujours nécessaire de mener une enquête préliminaire.

### 3. L'OBLIGATION *AUT DEDERE AUT JUDICARE* ÉNONCÉE AU PARAGRAPHE 1 DE L'ARTICLE 7

34. Aux termes du paragraphe 1 de l'article 7,

«[l']Etat partie sur le territoire sous la juridiction duquel l'auteur présumé d'une infraction visée à l'article 4 est découvert, s'il n'ex-

shall in the cases contemplated in Article 5, if it does not extradite him, submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution”.

35. On the nature and meaning of the obligation *aut dedere aut judicare* as laid down in Article 7, paragraph 1, the Court states that the obligation requires the State concerned to submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution, irrespective of the existence of a prior request for his extradition. On a general ground, this pronouncement is in line with the object and purpose of the Convention. In the present case, the Court’s statement by implication refers to Senegal’s conduct before Belgium’s first request for extradition was raised. As stated above, Senegal’s failure to bring Mr. Habré to trial during that time was primarily due to the breach of its obligation under Article 5, paragraph 2, of the Convention. Whether Senegal has breached its obligation under Article 7, paragraph 1, should be considered from the time after it adopted necessary legislation and established universal jurisdiction over torture.

36. In the present case, the essential question rests on the issue of Belgium’s request for extradition. I agree with the Court that extradition is an option for the State concerned. It is up to that State to decide whether or not to extradite the alleged suspect. On the relations between the two options, extradition or prosecution, the Court is of the view that

“the choice between extradition or submission for prosecution, pursuant to the Convention, does not mean that the two alternatives are to be given the same weight. Extradition is an option offered to the State by the Convention, whereas prosecution is an international obligation under the Convention, the violation of which is a wrongful act engaging the responsibility of the State.” (Judgment, para. 95.)

I beg to disagree with this interpretation of Article 7, paragraph 1.

37. The object and purpose of the Convention is to establish the broadest possible jurisdiction in order to effectively fight against torture throughout the world. The establishment of universal jurisdiction and extradition bases between the States parties aims at preventing “safe haven” for the perpetrator. If the State where the alleged offender is present decides to extradite him to the requesting State, the requested State would be relieved from the obligation to prosecute. Should the State decide otherwise not to submit the case to its own competent authorities for prosecution, it is obliged under Article 7, paragraph 1, to submit the case to the extradition proceedings. Logically, if the State concerned has taken the decision to prosecute, by virtue of general principles of criminal justice that no one should be tried twice for the same offence, the extradition request should be rejected.

trade pas ce dernier, soumet l'affaire, dans les cas visés à l'article 5, à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale».

35. En ce qui concerne la nature et le sens de l'obligation *aut dedere aut judicare* telle qu'énoncée dans cette disposition, la Cour a indiqué que cette obligation imposait à l'Etat concerné de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, qu'une demande d'extradition ait ou non déjà été présentée. D'un point de vue général, ce prononcé est conforme à l'objet et au but de la convention. En la présente espèce, la Cour se réfère ainsi implicitement au comportement du Sénégal antérieur à la première demande d'extradition de la Belgique. Ainsi que cela a été précisé ci-dessus, le fait que le Sénégal n'ait pas jugé M. Habré au cours de cette période résulte avant tout de ce qu'il n'avait pas satisfait à son obligation au titre du paragraphe 2 de l'article 5 de la convention. Le point de savoir si le Sénégal a manqué à l'obligation que lui impose le paragraphe 1 de l'article 7 devait être examiné à partir du moment où il a adopté la législation nécessaire et établi sa compétence universelle aux fins de connaître d'actes de torture.

36. En la présente espèce, le point essentiel est que la Belgique a demandé l'extradition de M. Habré. Je suis d'accord avec la Cour pour considérer que l'extradition est une option qui s'offre à l'Etat concerné. C'est à lui qu'il incombe de décider d'extrader ou non l'auteur présumé. Quant au rapport entre les deux options — à savoir l'extradition ou l'engagement des poursuites —, la Cour est d'avis que

«le choix entre l'extradition et l'engagement des poursuites, en vertu de la convention, ne revient pas à mettre les deux éléments de l'alternative sur le même plan. En effet, 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.)

Je me permets de ne pas souscrire à cette interprétation du paragraphe 1 de l'article 7.

37. La convention a pour objet et pour but d'établir la compétence la plus étendue possible afin de lutter efficacement contre la torture partout dans le monde. L'établissement de bases de compétence universelle et d'extradition entre les Etats parties vise à empêcher que l'auteur des faits puisse bénéficier d'un «refuge». Si l'Etat sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé décide d'extrader ce dernier vers l'Etat qui en a fait la demande, il est libéré de l'obligation de poursuivre. Si cet Etat décide de ne pas soumettre l'affaire en question à ses propres autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, le paragraphe 1 de l'article 7 lui fait obligation de procéder à l'extradition. En toute logique, si l'Etat concerné a pris la décision de poursuivre, la demande d'extradition doit, conformément au principe général de la justice pénale suivant lequel une personne ne peut être poursuivie deux fois pour le même fait, être rejetée.

38. In the present case, despite Senegal's repeated assurance that it has decided to prosecute Mr. Habré to fulfil its obligation under Article 7, paragraph 1, Belgium has persistently pressed its request for extradition. As a matter of fact, it has presented its latest request to Senegal for extradition of Mr. Habré on 17 January 2012. On 15 May 2012, Senegal notified the Court that with complete documents received from Belgium, the matter is now under the consideration of the Senegalese competent authorities. In light of the foregoing events, it is clear that in Belgium's view Senegal has not yet taken the decision whether to prosecute or extradite. Before Senegal has yet decided to prosecute, as a State party, Belgium is entitled under Article 7, paragraph 1, to request for extradition of Mr. Habré, provided the issue of admissibility is settled. While the decision on extradition is still pending, however, it is questionable for Belgium to claim that Senegal has breached its obligation under Article 7, paragraph 1, for failing to prosecute, because such claim would directly contradict Belgium's own request for extradition. Instead of addressing the treaty relations between the Parties under Article 7, paragraph 1, the Court, unfortunately, focuses on Senegal's obligation to prosecute.

39. If Senegal's obligation to prosecute is presumed or mandated, Belgium's request for extradition may be deemed playing a different role: monitoring the implementation of Senegal's obligations under the Convention. It is true that Belgium's request for extradition has actually pushed the process to bring Mr. Habré to prosecution, but to give a State party an entitlement to monitor the implementation of any State party on the basis of *erga omnes partes* certainly goes beyond the legal framework of the Convention. Article 7, paragraph 1, does not provide the State requesting extradition with a right to urge the requested State to prosecute. It only allows the requesting State to claim its right to request for extradition if the requested State has failed to implement its obligation to prosecute or extradite. When the decision on prosecution is taken or the extradition request is being considered under due process, it is questionable for the Court to pronounce that Senegal has breached its obligation under Article 7, paragraph 1.

#### 4. OTHER RELEVANT ISSUES

40. The Court states in the Judgment that

“the financial difficulties raised by Senegal cannot justify the fact that it failed to initiate proceedings against Mr. Habré . . . Moreover, the

38. En la présente espèce, et en dépit des assurances répétées du Sénégal selon lesquelles il avait décidé d'engager des poursuites contre M. Habré pour satisfaire à l'obligation que lui impose le paragraphe 1 de l'article 7, la Belgique n'a cessé d'insister sur sa demande d'extradition. De fait, elle a présenté au Sénégal sa dernière demande tendant à l'extradition de M. Habré le 17 janvier 2012. Le 15 mai 2012, le Sénégal a fait connaître à la Cour que, des documents complets lui ayant été communiqués par la Belgique, la question était désormais examinée par les autorités compétentes sénégalaises. Au vu des événements antérieurs, il apparaît clairement que, selon la Belgique, le Sénégal n'avait pas encore décidé s'il convenait de poursuivre ou d'extrader. Tant que le Sénégal n'a pas encore décidé d'engager des poursuites, la Belgique, en tant qu'Etat partie à la convention, a le droit, en vertu du paragraphe 1 de l'article 7, de demander l'extradition de M. Habré, à condition que soit réglée la question de la recevabilité. En revanche, lorsque la décision relative à l'extradition est pendante, le fait que la Belgique affirme que le Sénégal, pour n'avoir pas engagé de poursuites, a manqué à l'obligation que lui impose le paragraphe 1 de l'article 7 est contestable, puisque cette affirmation serait en contradiction directe avec la propre demande d'extradition de la Belgique. A cet égard, il est regrettable que la Cour, plutôt que de s'intéresser aux relations conventionnelles que le paragraphe 1 de l'article 7 établit entre les Parties, se soit attachée à l'obligation de poursuivre du Sénégal.

39. Si l'obligation de poursuivre incombant au Sénégal est présumée ou imposée, la demande d'extradition de la Belgique peut être considérée comme jouant un rôle différent, à savoir celui de surveiller la mise en œuvre par le Sénégal des obligations que la convention lui impose. Il est vrai que la demande d'extradition de la Belgique a accéléré le processus d'engagement des poursuites contre M. Habré, mais le fait de conférer à un Etat partie le droit de surveiller l'application de la convention par tout autre Etat partie sur la base du principe *erga omnes partes* dépasse, de toute évidence, le cadre juridique de cet instrument. Le paragraphe 1 de l'article 7 ne donne pas à l'Etat qui demande l'extradition le droit d'exhorter l'Etat auquel il adresse cette demande à engager des poursuites. Cette disposition permet simplement au premier de faire valoir ce droit dans le cas où le second n'a pas satisfait à son obligation de poursuivre ou d'extrader. Dès lors que la décision d'engager des poursuites est prise ou que la demande d'extradition est examinée selon la procédure régulière, il est contestable que la Cour dise que le Sénégal a manqué à l'obligation qui lui incombe en application du paragraphe 1 de l'article 7.

#### 4. AUTRES QUESTIONS PERTINENTES

40. Dans son arrêt, la Cour a estimé que

«les difficultés financières soulevées par le Sénégal ne pouvaient] justifier qu'il n'ait pas engagé de poursuites contre M. Habré ... D'autre

referral of the matter to the African Union . . . cannot justify the latter's delays in complying with its obligations under the Convention." (Judgment, para. 112.)

41. The Court is fully aware that the *Hissène Habré* case is now under the purview of the African Union (AU). Evidence before the Court shows that none of the decisions taken by the Organization or other regional organs, e.g., ECOWAS Court of Justice, can be considered as contrary to the object and purpose of the Convention; all of them reinforce Senegal's obligation under the Convention to bring Mr. Habré to prosecution. It would only do justice to say that the AU's decision adopted in July 2006 that urged Senegal to ensure that Hissène Habré be tried in Africa and by the Senegalese courts actually accelerated Senegal's process to amend its national law in accordance with the provisions of the Convention and paved the way for the trial of Mr. Habré. Since 2007, after Senegal adopted the necessary measures and established universal jurisdiction over torture, as the regional political organ, the AU has been a facilitating factor in the process. Nowhere can the Court ascertain that Senegal's referral of the *Hissène Habré* case to the AU was intended to delay the implementation of its obligations under the Convention.

42. More importantly, even if the AU ultimately decides to establish a special tribunal for the trial of Mr. Habré, Senegal's surrender of Mr. Habré to such a tribunal could not be regarded as a breach of its obligation under Article 7, paragraph 1, because such a tribunal is created precisely to fulfil the object and purpose of the Convention; neither the terms of the Convention nor the State practice in this regard prohibit such an option.

43. With respect to the delays in Senegal's implementation of its obligations under the Convention, for the reasons stated previously, I am of the view that the Court should look at Senegal's conduct since it established universal jurisdiction over torture in 2007. As a member of ECOWAS, Senegal has the obligation to respect the jurisdiction of the ECOWAS Court of Justice and wait for it to pronounce on the case submitted by Mr. Habré. If this procedure had caused delay, such delay was legally justifiable.

44. As a State party to the Convention, Senegal cannot justify its failure to implement its obligations by financial difficulties. The Court should not nevertheless downplay the practical difficulties that Senegal faces in the preparation of the trial, categorically disregarding the financial difficulties that Senegal may face in the trial.

part, la saisine de l'Union africaine ... ne peut justifier le retard pris dans le respect par [le Sénégal] de ses engagements au titre de la convention.» (Arrêt, par. 112.)

41. La Cour a pleinement conscience que l'affaire *Hissène Habré* est désormais du ressort de l'Union africaine. Il appert des éléments qui ont été versés au dossier qu'aucune des décisions prises par cette organisation ou d'autres organes régionaux, tels que la Cour de justice de la CEDEAO, ne peut être considérée comme étant contraire à l'objet et au but de la convention; ces décisions ont toutes renforcé l'obligation d'engager des poursuites contre M. Habré que la convention impose au Sénégal. A cet égard, ce ne serait que rendre justice à l'Union africaine que de préciser que la décision que celle-ci a adoptée au mois de juillet 2006 demandant instamment au Sénégal de veiller à ce que M. Habré soit jugé en Afrique et par les juridictions sénégalaises a, en réalité, accéléré le processus par lequel le Sénégal a modifié sa législation nationale pour la mettre en conformité avec les dispositions de la convention, et ouvert la voie au procès de l'intéressé. Depuis que le Sénégal a, en 2007, adopté les mesures nécessaires et établi sa compétence universelle aux fins de connaître d'actes de torture, l'Union africaine, en sa qualité d'organe politique régional, a en outre joué un rôle de facilitateur du processus. Aucun élément versé au dossier ne permet à la Cour de considérer que la transmission par le Sénégal de l'affaire *Hissène Habré* à l'Union africaine avait pour objet de retarder la mise en œuvre des obligations incombant à cet Etat en application de la convention.

42. Plus important encore, même si l'Union africaine a finalement décidé d'établir un tribunal spécial pour juger M. Habré, le fait que le Sénégal remette l'intéressé à ladite juridiction ne saurait être considéré comme un manquement à l'obligation que lui impose le paragraphe 1 de l'article 7, étant donné que le tribunal en question est créé précisément pour réaliser l'objet et le but de la convention; ni le libellé de cet instrument ni la pratique étatique en la matière n'excluent pareille solution.

43. En ce qui concerne les retards pris dans la mise en œuvre par le Sénégal des obligations qui lui incombent au titre de la convention, je suis d'avis, pour les raisons énoncées ci-dessus, que la Cour aurait dû s'intéresser au comportement du Sénégal depuis que celui-ci a, en 2007, établi sa compétence universelle aux fins de connaître d'actes de torture. En tant que membre de la CEDEAO, le Sénégal était tenu de respecter la juridiction de la Cour de justice de cette organisation et d'attendre que cet organe se prononce sur les demandes de M. Habré. Si cette procédure a entraîné un retard, celui-ci était justifiable d'un point de vue juridique.

44. En tant qu'Etat partie à la convention, le Sénégal ne saurait justifier de n'avoir pas mis en œuvre ses obligations en invoquant des difficultés financières. Ce nonobstant, la Cour n'aurait pas dû minimiser les difficultés pratiques auxquelles il se trouve confronté dans le cadre de la préparation du procès et rejeter catégoriquement toute difficulté financière que ce procès risque de lui causer.



45. With over 40,000 victims and several hundreds of witnesses mainly from abroad, investigation and collection of evidence alone could be a heavy task for Senegal. The experiences of many existing international/special criminal tribunals have proved that a trial on such a large scale could go on for years, even decades, with astronomical sums of money budgeted from international organizations and donated by States. Take the Special Court for Sierra Leone (SCSL) for example, the institution was established under the United Nations Security Council resolution 1315 (2000) in 2002. The original estimate for the lifespan of the SCSL was three years and the total budget for it was estimated at US\$76 million. After several extensions, the Court still functions today and its costs have amounted to over US\$200 million.

46. The Special Tribunal for Lebanon (STL) also offers an illustrative example. The STL was established by the United Nations Security Council resolution 1757 in 2007 and started to operate in 2009, with 49 per cent of its budget from Lebanon and 51 per cent from contributions. From 2009 to 2012, in three years' time of its operation, the total budget has reached US\$172 million. In February 2012, the mandate of the STL was renewed for another three years. The experience of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) is even more telling. The ICTY has been in existence for nearly 20 years by now. In the past decade, its annual budget on average has been around US\$140 million.

47. These examples explain that, being the first case of its kind under the Convention, the trial of the *Hissène Habré* case needs political as well as financial support from the international community, particularly the AU and donor countries. It is only prudent for Senegal to get things ready before the prosecution starts.

48. In light of the foregoing considerations, I feel obliged to give my dissent to the decision of the Court. Although I disagree with the Court that Senegal has breached its obligations under Article 6, paragraph 2, and Article 7, paragraph 1, of the Convention since it adopted the necessary legislation and established universal jurisdiction over torture in 2007, I wish to reiterate my view that Senegal should take its decision on Belgium's request for extradition as soon as possible so as to, as it declared, submit the case of Mr. Habré to the competent authorities for prosecution.

(Signed) XUE Hanqin.

---

45. Dans une affaire ayant fait plus de 40 000 victimes et mettant en cause plusieurs centaines de témoins, venant le plus souvent de l'étranger, le simple fait d'enquêter et de recueillir les éléments de preuve peut se révéler une tâche fort lourde pour le Sénégal. L'expérience de nombreuses juridictions pénales internationales ou spéciales montre qu'un tel procès risque de se poursuivre pendant des années, voire des décennies, des sommes d'argent colossales y étant allouées par des organisations internationales et faisant l'objet de dons par les Etats. Pour prendre l'exemple du Tribunal spécial pour la Sierra Leone (TSSL), cette institution a été établie en 2002, en vertu de la résolution 1315 (2000) du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies; il avait été prévu au départ qu'elle exercerait ses fonctions pendant trois ans, et son budget total avait été estimé à 76 millions de dollars des Etats-Unis. La durée de son mandat ayant été prolongée à plusieurs reprises, le tribunal est aujourd'hui toujours en activité, et ses frais se sont élevés à plus de 200 millions de dollars.

46. L'exemple du Tribunal spécial pour le Liban (TSL) est, lui aussi, éloquent. Le TSL, qui a été établi en 2007 par la résolution 1757 du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, a débuté son activité en 2009, son budget étant financé à hauteur de 49% par le Liban et à 51% par des contributions. De 2009 à 2012, c'est-à-dire en trois ans d'activité, son budget total a atteint 172 millions de dollars des Etats-Unis. En février 2012, le mandat du TSL a été renouvelé pour une nouvelle période de trois ans. L'exemple du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie est encore plus marquant. Cela fait près de vingt ans que cette juridiction existe et, au cours de ces dix dernières années, son budget s'est élevé en moyenne à 140 millions de dollars par an.

47. Il ressort de ces exemples que le procès de M. Hissène Habré — cette affaire étant la première du genre au titre de la convention — nécessite un appui politique et financier de la part de la communauté internationale et, plus particulièrement, de l'Union africaine et de pays donateurs. En s'employant à achever la préparation du procès avant que celui-ci ne débute, le Sénégal a en réalité fait preuve de prudence.

48. Compte tenu de ce qui précède, je me vois dans l'obligation d'exprimer mon désaccord avec la décision de la Cour. Bien que ne considérant pas, contrairement à celle-ci, que le Sénégal a manqué aux obligations que lui imposent le paragraphe 2 de l'article 6 et le paragraphe 1 de l'article 7 de la convention, puisqu'il a, en 2007, adopté la législation nécessaire et établi sa compétence universelle aux fins de connaître d'actes de torture, je tiens à rappeler que, selon moi, le Sénégal devrait se prononcer dès que possible sur la demande d'extradition de la Belgique, de sorte à soumettre, ainsi qu'il l'a déclaré, l'affaire de M. Habré aux autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale.

(Signé) XUE Hanqin.