

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE *AD HOC* SUR

*Accord avec le dispositif de l'ordonnance — Précisions sur la position d'un juge ad hoc — Changement du contenu de la demande de la Belgique en indication de mesures conservatoires non analysé — Nécessité de rendre compte aux Parties des arguments qu'elles ont utilisés — Méthode d'examen par la Cour des conditions préalables à l'exercice de son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires — L'article 41 du Statut de la Cour lui confère un pouvoir autonome non soumis à l'établissement préalable du consentement des parties — Substituer à la pratique actuelle de démonstration positive de la compétence et de la recevabilité prima facie une démonstration négative — Se contenter de constater que la Cour n'est pas manifestement incompétente et que la requête n'est pas manifestement irrecevable — Disparition de l'objet du différend.*

1. J'ai voté en faveur de la décision de la Cour dans la présente ordonnance, convaincu, comme la quasi-unanimité de ses membres, que les mesures conservatoires demandées par la Belgique pour assurer que M. Habré demeure sous la surveillance et le contrôle des autorités sénégalaises n'étaient pas nécessaires, pour les motifs indiqués dans la motivation de ladite ordonnance. L'objet de cette opinion individuelle est simplement de préciser quelques points qui touchent d'abord à la position particulière d'un juge *ad hoc*, ensuite à la méthode suivie par la Cour pour la préparation de sa décision, et enfin à la subsistance ou non d'un différend entre la Belgique et le Sénégal dans la présente affaire.

### LA POSITION DU JUGE *AD HOC*

2. Un juge *ad hoc* est pleinement un juge, et non le représentant ou l'avocat de la partie qui l'a désigné, mais il est un juge occasionnel, non un juge institutionnel. Comme l'a souligné le juge *ad hoc* Lauterpacht dans son opinion individuelle jointe à l'ordonnance du 13 septembre 1993 rendue par la Cour dans l'affaire de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro))* :

« tout en étant tenu par son devoir d'impartialité, le juge *ad hoc* joue un rôle particulier. Selon moi, il est spécialement tenu de veiller à ce que, dans toute la mesure possible, chacun des arguments pertinents de la partie qui l'a désigné ait été pleinement pris en considération au cours de l'examen collégial et soit, en fin de compte, reflété — à défaut d'être accepté — dans sa propre opinion individuelle ou dis-

SEPARATE OPINION OF JUDGE *AD HOC* SUR

[*Translation*]

*Agreement with the operative part of the Order — Points concerning the position of a judge ad hoc — No analysis of the change in substance of Belgium's request for the indication of provisional measures — Need to respond to the Parties on their arguments — Method by which the Court examines the preconditions for the exercise of its power to indicate provisional measures — Article 41 of the Statute gives the Court an independent power not subject to a prerequisite showing of the parties' consent — Replace the affirmative demonstration of prima facie jurisdiction and admissibility required by current practice with a negative demonstration — Limited to a finding that the Court is not manifestly without jurisdiction and that the Application is not manifestly inadmissible — Disappearance of the subject of the dispute.*

1. I have voted in favour of the decision of the Court in the present Order, sharing in the conviction held by nearly all Members of the Court that there is no need, on the grounds set out in the reasoning in the Order, for the provisional measures sought by Belgium to guarantee that Mr. Habré remains under the surveillance and control of the Senegalese authorities. My purpose in this separate opinion is simply to make several points; these have to do, first, with the special position occupied by a judge *ad hoc*, then with the method followed by the Court in laying the groundwork for its decision and finally with the question of whether or not there is still a dispute between Belgium and Senegal in the present case.

THE POSITION OF A JUDGE *AD HOC*

2. A judge *ad hoc* is in every sense a judge, not the representative or advocate of the party having chosen him, but he is a judge for the occasion, not a permanent judge. As Judge *ad hoc* Lauterpacht pointed out in his separate opinion appended to the Court's Order of 13 September 1993 in the case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia) (Serbia and Montenegro)*:

“consistently with the duty of impartiality by which the *ad hoc* judge is bound, there is still something specific that distinguishes his role. He has, I believe, the special obligation to endeavour to ensure that, so far as is reasonable, every relevant argument in favour of the party that has appointed him has been fully appreciated in the course of collegial consideration and, ultimately, is reflected —

sidente.» (*Mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 409, par. 6.*)

Je fais mienne cette analyse. J'ajouterai seulement que, à mon sens, ce n'est pas seulement par l'expression d'une opinion séparée, individuelle ou dissidente qu'un juge *ad hoc* peut aboutir à ce que les arguments présentés par la partie qui l'a désigné soient convenablement entendus et pris en considération, car alors ils ne sont reflétés que dans une opinion jointe à la décision, mais qu'il est de son devoir de faire tous ses efforts pour qu'ils figurent au même titre dans la décision elle-même, quand bien même il n'y serait pas fait droit, et que ce n'est que dans la mesure où il n'y est pas parvenu qu'il est conduit à en faire part de façon personnelle. Plus largement, un juge *ad hoc* se place plus spontanément du point de vue des parties, il est à même de mesurer plus complètement l'impact et la perception d'une décision par celles-ci. Ainsi, il contribue à faire en sorte que, conformément à l'ancien adage, la justice ne soit pas simplement juste, mais encore qu'elle le paraisse.

3. Sur ce point, je n'aurai qu'un regret à émettre: que la Cour ait considéré inutile de souligner le changement de contenu de la demande de la Belgique en indication de mesures conservatoires, et d'en noter la portée. En effet, en substituant l'imposition d'un contrôle des «autorités sénégalaises» à celle des «autorités judiciaires sénégalaises», la Belgique a considérablement modifié la signification de sa demande. Vouloir que le Sénégal place M. Habré sous contrôle judiciaire n'était possible, en droit sénégalais, que sur la base d'une incrimination pénale, et cette incrimination aurait conduit à accorder à la Belgique ce qui fait l'objet de l'une des demandes de sa requête principale, à savoir que des poursuites pénales soient diligentées par le Sénégal contre M. Habré. Faire droit à cette demande aurait donc conduit à accorder à la Belgique dans le cadre de mesures conservatoires ce qu'elle demande sur le fond, préjugant ainsi d'une éventuelle future décision sur le fond, alors même que la Cour ne s'est prononcée que *prima facie* sur sa compétence et sur la recevabilité de la requête. Une telle demande excédait donc manifestement la portée que peuvent revêtir des mesures conservatoires, et cette argumentation, développée à l'audience par le Sénégal, semble avoir conduit la Belgique à modifier les termes de sa demande, en ne sollicitant plus qu'un «contrôle des autorités sénégalaises», ce qui s'entend d'un contrôle et d'une surveillance administratifs. On ajoutera que la «convention contre la torture» invoquée par la Belgique comme fondement de sa demande ne prévoit que des «mesures juridiques nécessaires pour assurer [la] présence» de la personne soupçonnée prises par les États parties, «conformes à la législation» desdits États, et non un contrôle judiciaire (art. 6, par. 1). Comme M. Habré est d'ores et déjà soumis à un tel contrôle administratif, la demande finale revenait à demander sa pérennisation, et non plus une mesure judiciaire nouvelle imposée au Sénégal.

though not necessarily accepted — in any separate or dissenting opinion that he may write.” (*Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I.C.J. Reports 1993*, p. 409, para. 6.)

I subscribe to this analysis. I would only add my view that, for a judge *ad hoc* to ensure the proper hearing and appreciation of the arguments put forward by the party having chosen him, it is not enough for him merely to express his own opinion, be it separate or dissenting, since in this case the arguments are simply reflected in an opinion appended to the decision; he is also under a duty to do his utmost to ensure that they figure in the decision itself, even if they are not upheld. It is only insofar as he does not succeed in this that he should give voice personally to those arguments. Generally, a judge *ad hoc* is more naturally inclined to see things from the parties' perspective; he is in a position to appreciate more fully how a decision will affect the parties and how they will perceive it. Thus, he helps to ensure that, in keeping with the age-old maxim, justice is not only fair but also seen to be fair.

3. On this point, I have only one regret to express: that the Court did not consider it worthwhile to draw attention to the change in substance of Belgium's request for the indication of provisional measures and to note the significance of this. In replacing control by “Senegalese judicial authorities” with control by “Senegalese authorities”, Belgium significantly changed the purport of its request. Under Senegalese law, placing Mr. Habré under judicial supervision would have been possible only if he had been criminally charged and such a charge would have been tantamount to granting Belgium the relief sought in one of its principal claims, i.e., Mr. Habré's prosecution by Senegal. Had this relief been awarded, Belgium would have secured by provisional measures what it is seeking on the merits, thereby prejudging any future decision on the merits, notwithstanding that the Court's decision on jurisdiction and the admissibility of the Application is no more than *prima facie*. The relief thus sought manifestly exceeded the permissible bounds of provisional measures and this argument, propounded by Senegal at the hearings, would appear to have prompted Belgium to amend the terms of its request to seek only “control [by] the Senegalese authorities”, meaning administrative control and surveillance. Let it be added that the “Convention against Torture”, invoked by Belgium as the basis for its request, provides only for the States parties to take “legal measures to ensure [the suspect's] presence”, “as provided in the law” of those States, not for judicial control (Art. 6, para. 1). As Mr. Habré is already subject to administrative control, the final submission amounted to a request for such control to be made permanent, rather than for a new judicial measure required of Senegal.

4. La Cour s'est bornée à constater implicitement le changement dans les paragraphes introductifs de sa motivation (ordonnance, par. 15 et 34), où elle décrit les positions des Parties, et à n'examiner que la demande finale de la Belgique, faisant totalement silence dans ses analyses propres (ordonnance, par. 56 à 73) sur l'existence et sur l'importance de cette modification. Or, la motivation ne sert pas seulement à reprendre et à organiser les positions antagonistes telles qu'elles s'expriment dans la procédure écrite et orale, mais doit également retracer les étapes du raisonnement de la Cour et rendre compte aux Parties des arguments qu'elles ont utilisés. L'argumentation présentée par le Sénégal sur la demande initiale au cours des audiences — argumentation qui a selon toute vraisemblance conduit la Belgique à la modifier, encore qu'elle n'ait fourni aucune explication à cet égard — est donc apparemment ignorée. On peut le regretter dans la mesure où il est important, pour la perception par les Parties de la justesse des décisions prises par la Cour, qu'elles rendent objectivement raison de l'ensemble de leurs positions et leur assure qu'il en a bien été tenu compte. Cela est d'autant plus important en l'occurrence que les positions des Parties ont évolué au cours des audiences sur d'autres points, et que les autres évolutions se trouvent reflétées dans la décision. Il aurait à mon sens suffi pour aboutir à ce résultat souhaitable que la Cour notât au paragraphe 60 ou au paragraphe 61 que la modification de la demande de la Belgique au cours des audiences conduisait non plus à imposer une nouvelle attitude du Sénégal par rapport à M. Habré, mais simplement à rendre obligatoire en droit international le maintien de son attitude actuelle; qu'il était loisible à la Belgique de modifier les termes de sa demande et que la Cour statuait sur la demande ainsi modifiée. Dans la mesure où elle apprécie sa compétence par rapport au moment du dépôt de la requête et la demande de mesures conservatoires par rapport au moment du délibéré, cette différence aurait gagné à être rappelée.

#### LA MÉTHODE SUIVIE PAR LA COUR

5. Cela est d'autant plus important que les demandes en indication de mesures conservatoires tendent à se développer, et que, au-delà de leur contenu propre, elles correspondent fréquemment à une stratégie judiciaire qui permet à une partie, dans l'hypothèse où elles sont accordées, de prendre un avantage, au moins psychologique, pour la suite de l'instance. Cette donnée conduit au demeurant la Cour à peser très soigneusement les conditions dans lesquelles elle décide de telles mesures, dont le caractère obligatoire est maintenant pleinement établi (affaire *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 506, par. 109). Un effort de rationalisation par la jurisprudence des mesures conservatoires face aux demandes croissantes auxquelles la Cour est confrontée, effort amorcé depuis plusieurs années et plusieurs décisions, est heureusement accompli et la méthode utilisée dans la présente ordon-

4. The Court has confined itself to implicitly acknowledging this change in the introductory paragraphs of its reasoning (paragraphs 15 and 34 of the Order), wherein it sets out the Parties' positions, and to considering only Belgium's final submission, saying nothing at all in its own analysis (paragraphs 56 to 73 of the Order) about the existence and significance of this change. However, the statement of reasoning should do more than just restate and organize the conflicting positions expressed in the written and oral proceedings; it should also set out the steps in the Court's logic and respond to the Parties on the arguments they have put forward. Thus, the arguments Senegal propounded on the initial request in the hearings — although Belgium has offered no explanation on the subject, those arguments in all likelihood led it to amend that request — have from all appearances been ignored. This is to be regretted inasmuch as it is important, *vis-à-vis* the Parties' perception of the soundness of the Court's decisions, for those decisions to lay out the positions of the Parties fully and objectively and to offer assurance that the Parties' views have been given thorough consideration. This is especially important in the present case, in which the Parties' positions on other points evolved during the hearings and these other changes are reflected in the decision. In my view, to achieve this desirable result it would have been sufficient for the Court to note in paragraph 60 or paragraph 61: that as a result of Belgium's modification of its request in the course of the hearings, it was no longer a question of forcing Senegal to take a new approach to Mr. Habré, but instead simply of making it mandatory under international law for Senegal to maintain its present approach; that Belgium was at liberty to amend the terms of its request; and that the Court ruled on the request as thus amended. As the Court determines its jurisdiction as of the filing of the Application and assesses a request for provisional measures as of the time of deliberation, it would have been helpful to draw attention to this difference.

#### THE METHOD FOLLOWED BY THE COURT

5. This is especially important given the increasing number of requests for the indication of provisional measures; regardless of their content, these often betoken a litigation strategy aimed at enabling a party whose request for provisional measures is granted to secure an advantage — at least a psychological one — in later proceedings. This fact moreover leads the Court to weigh very carefully those circumstances under which it will grant such measures, whose binding force has by now been firmly established (*LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2001*, p. 506, para. 109). Fortunately, the work of rationalizing the granting of provisional measures through the jurisprudence in response to the growing number of requests facing the Court, a task begun a number of years and decisions ago, has by now been accomplished and the method followed in the present Order illustrates it. The

nance en est une illustration. La Cour a particulièrement veillé aux articulations de son raisonnement et choisi avec le plus grand soin et la plus grande attention les termes qu'elle a utilisés pour indiquer le cheminement qu'il convenait de suivre dans l'exercice de son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires, tel qu'il est établi par l'article 41 de son Statut. Elle s'est plus longuement étendue sur les conditions qu'elle estime préalables et indispensables à l'exercice de son pouvoir que sur ce pouvoir lui-même. C'est ainsi que vingt-deux paragraphes sont consacrés à l'examen des conditions et douze paragraphes à la mise en œuvre du pouvoir en la circonstance.

6. Ce faisant, la Cour a marqué son souci de tenir le plus grand compte du consentement des Etats à sa juridiction, en examinant soigneusement sa compétence et la recevabilité de la requête, même *prima facie*. Elle s'y estime d'autant plus tenue que le caractère obligatoire des mesures conservatoires est désormais incontestable, et qu'elle estime devoir s'assurer que l'exercice de son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires repose sur des bases, au départ, plausibles. Il est cependant permis de s'interroger si, sur ce point, la Cour ne fait pas montre d'une prudence excessive et si cette prudence ne risque pas, en réalité, de la conduire à des résultats qui pourraient ultérieurement apparaître fâcheux pour la manière dont ses décisions sont perçues.

7. Avant d'en venir à cette interrogation, une question préalable: un juge *ad hoc* peut-il émettre une opinion sur des points qui débordent le cas particulier soumis à la Cour et touchent à la jurisprudence? Ne devrait-il pas se cantonner à l'affaire pour laquelle il est désigné sans s'aventurer sur des terrains plus vastes? Sans doute, il le peut, dans la mesure où il est un juge, où l'ensemble de l'affaire examinée par la Cour et la méthode suivie par la Cour pour la traiter le concernent à part entière. Il le peut d'autant plus que son devoir est de ne pas être le représentant de la partie qui l'a désigné, mais de s'élever à l'indépendance et à l'objectivité de tout juge, quand bien même, involontairement sans doute, il est subjectivement conduit à être particulièrement sensible à ce que les positions de cette partie soient prises en considération de façon équitable. Il peut même, pour les opinions générales qu'il émet, être plus libre qu'un juge institutionnel, parce que moins lié à la jurisprudence établie et plus libre d'explorer des voies alternatives.

8. Si l'on revient à la prudence peut-être excessive de la Cour quant aux conditions de l'exercice du pouvoir qu'elle tire de l'article 41, on observera que cet article lui confère un véritable pouvoir autonome qui, en tant que tel, n'est pas soumis à l'établissement préalable du consentement des parties à sa juridiction. En d'autres termes, ce pouvoir dérive du Statut et non du consentement des parties. A cet égard, il est comparable à celui que la Cour tire de l'article 36, paragraphe 6, du Statut, et qui est celui de décider sur sa compétence en cas de contestation par l'une des parties: «En cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est compétente, la Cour décide.» Dans le même esprit, ce que demande à la Cour l'article 41, c'est uniquement de s'assurer que les circonstances de l'espèce

Court has been particularly attentive to the manner in which it has set out its chain of reasoning and has exercised the utmost care and vigilance in its choice of words to describe the steps to be followed in the exercise of its power to indicate provisional measures, as established in Article 41 of the Statute of the Court. It has elaborated more on what it considers to be the essential preconditions for the exercise of the power than on the power itself. Thus, 22 paragraphs are devoted to the conditions and 12 to the exercise of the power in the present circumstances.

6. The Court has thereby made clear its concern to take the greatest possible account of State consent to its jurisdiction by carefully considering its jurisdiction and the admissibility of the Application, even *prima facie*. It considers it particularly important to do so, given that the binding force of provisional measures is now beyond doubt and the Court feels itself duty-bound to ascertain that the exercise of its power to indicate provisional measures is founded on bases which are plausible at the outset. Yet it might be asked whether the Court is not overcautious on this point and whether this cautiousness may not actually lead to outcomes that can subsequently be seen as adversely affecting how its decisions are perceived.

7. Before turning to that question, a preliminary one: may a judge *ad hoc* issue an opinion on points concerning the jurisprudence and extending beyond the scope of the specific case before the Court? Should he not confine himself to the case for which he has been chosen without venturing into broader issues? He undoubtedly may do so, since he is a judge and since the entirety of the case before the Court and the Court's method in addressing it are of full concern to him. It is especially clear that he may, since his duty is not to represent the party which chose him but to don the mantle of independence and objectivity borne by all judges, even though he may be subjectively inclined, no doubt unintentionally, to have a particular interest in seeing that the positions of that party are given fair consideration. He may even be freer in the general opinions he expresses than a permanent judge, as he is less constrained by the settled jurisprudence and freer to explore alternative paths.

8. To return to the Court's possibly excessive cautiousness in respect of the conditions for exercising its power under Article 41, it will be observed that the Court's power under this Article is truly independent; as such, it is not subject to any prerequisite demonstration that the parties have consented to the Court's jurisdiction. In other words, this power derives from the Statute, not from the consent of the parties. In this respect it is similar to that conferred on the Court by Article 36, paragraph 6, of the Statute, i.e., the power to decide whether it has jurisdiction in the face of a challenge by one of the parties: "In the event of a dispute as to whether the Court has jurisdiction, the matter shall be settled by the decision of the Court." Along the same lines, all that Arti-

exigent l'indication de telles mesures conservatoires du droit de chacune des parties. Elle peut certes faire rentrer dans ces circonstances la plausibilité de sa compétence et de la recevabilité de la requête, mais rien ne l'y oblige formellement.

9. Sans doute il serait inutile et même dangereux pour la Cour d'indiquer de telles mesures alors qu'elle n'a manifestement pas compétence, par exemple parce que n'existe aucune base formelle, déclaration unilatérale d'acceptation de sa juridiction sur la base de l'article 36, paragraphe 2, ou parce qu'une réserve écarte manifestement sa compétence, ou encore en l'absence de toute clause compromissoire dans un traité, ou de la non-acceptation d'une telle clause par une partie : alors son incompetence serait manifeste ; de même serait manifeste l'irrecevabilité d'une requête qui se fonderait sur un traité non en vigueur, ou à l'encontre d'un Etat qui n'y est pas partie et n'a pas accepté les obligations qui en découlent. Mais la Cour pourrait se contenter de constater dans les autres hypothèses qu'elle n'est pas manifestement incompétente, parce qu'elle peut se référer à une base formelle, et que la requête n'est pas manifestement irrecevable pour estimer que ces circonstances la mettent en mesure d'exercer son pouvoir autonome, soit à la demande d'une partie, soit de sa propre initiative. Elle concentrerait alors son examen de la nécessité des mesures conservatoires sur le fond même de la demande et sur les circonstances qui peuvent les rendre indispensables, c'est-à-dire l'urgence, la pertinence des droits à sauvegarder et le risque de préjudice irréparable qui résulterait de l'absence desdites mesures.

10. La Cour substituerait ainsi à sa pratique actuelle, qui repose sur une démonstration positive — sa compétence *prima facie* et la recevabilité *prima facie* de la requête —, une démonstration négative, celle qu'elle n'est pas manifestement incompétente et que la requête n'est pas manifestement irrecevable. On n'aperçoit aucun inconvénient à cette simplification si la Cour devait juger que les mesures conservatoires ne sont pas indispensables, si donc elle écartait une demande éventuelle. Mais qu'en est-il au cas où elle déciderait de telles mesures, au risque de ne pas ultérieurement se reconnaître compétente ou d'estimer la requête principale irrecevable ? La situation ne serait pas différente de celle qui prévaut actuellement, puisqu'un examen *prima facie* qui conduit à des conclusions provisoirement positives peut très bien ne pas être ultérieurement confirmé. L'inconvénient serait toutefois moindre, puisque la Cour se serait moins engagée, et ne courrait pas le risque d'être perçue comme ayant pris des positions contradictoires.

11. Sans doute un examen *prima facie* ne préjuge pas de la suite, et la Cour le rappelle régulièrement — ainsi, au paragraphe 74 de la présente ordonnance. Mais, d'une part, il n'est pas aisé, et à plus forte mesure il devient difficilement compréhensible pour des non-spécialistes, de distinguer entre ce qui relève de l'examen *prima facie* et ce qui relève d'un examen approfondi. La frontière peut être perçue comme tenue, mobile, circonstancielle, ce qui comporte un double risque : créer en réalité une

cle 41 demands of the Court is that it satisfy itself that the circumstances of the case require the indication of provisional measures to preserve the respective rights of either party. While the Court may of course include among these circumstances the likelihood that it has jurisdiction and that the Application is admissible, nothing strictly requires it to do so.

9. It would no doubt be pointless and even risky for the Court to indicate provisional measures when its jurisdiction is clearly lacking, because for example: there is no express basis for it, no unilateral declaration under Article 36, paragraph 2, recognizing the Court's jurisdiction; or a reservation clearly excludes it; or there is no compromissory clause in a treaty; or a party has rejected such a clause. The Court's lack of jurisdiction in these cases is manifest, as would be the inadmissibility of an application founded on a treaty not in force, or brought against a State that is not party to the treaty in question and has not assumed the obligations under it. But the Court could satisfy itself in other situations with a finding that it does not manifestly lack jurisdiction, because there is an express basis of jurisdiction which it can rely on, and that the Application is not manifestly inadmissible, to conclude that under these circumstances it is empowered to exercise its independent power, either at the request of a party or on its own motion. In such cases it would focus its examination of the need for provisional measures on the actual substance of the request and on the factors which may make such measures essential, that is to say, urgency, the importance of the rights to be preserved, and the risk of irreparable injury if no such measures are ordered.

10. The Court would thus replace the affirmative showing required by its current practice — that it has *prima facie* jurisdiction and the Application is *prima facie* admissible — with a negative showing — that it is not manifestly without jurisdiction and the Application is not manifestly inadmissible. This simplification would not appear to present any drawbacks in cases where the Court holds that provisional measures are not necessary, where, in other words, it rejects a request for them. But what about cases where it decides to order such measures, with the risk that it might later conclude that it lacks jurisdiction or that the Application is inadmissible? The situation would be no different from that now prevailing, because a *prima facie* examination leading to provisional findings in the affirmative may very well fail to be confirmed subsequently. The resulting drawback would however be less important here, because the Court would have committed itself to a lesser degree and would not run the risk of being seen to have taken inconsistent positions.

11. True, a *prima facie* examination does not prejudge subsequent questions, as the Court regularly points out — for example, in paragraph 74 of the present Order. But, first, it is not easy — and that much harder for non-specialists — to distinguish between matters within the scope of *prima facie* examination and those within the scope of in-depth examination. A perception may arise that the line between them is vague, shifting, and dependent on the circumstances, and a two-fold risk thereby

présomption de compétence ou de recevabilité si celles-ci sont reconnues *prima facie*; susciter un sentiment de contradiction de jurisprudence si, après les avoir reconnues *prima facie*, la Cour les écarte en définitive. *Mutatis mutandis*, on risquerait de retrouver la situation, à tous égards fâcheuse, qui fut celle de la Cour après l'arrêt dans l'affaire du *Sud-Ouest africain* en 1966 ((*Ethiopie c. Afrique du Sud*; *Libéria c. Afrique du Sud*), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966, p. 292).

12. Se limiter à une simple analyse sommaire, n'écartant la possibilité de mesures conservatoires que si elle s'estimait manifestement incompétente ou si la requête était manifestement irrecevable, permettrait d'autre part à la Cour de se pencher plus longuement et plus attentivement sur l'ensemble des circonstances, de droit et de fait, qui pourraient rendre indispensables ces mesures, répondant pleinement aux prescriptions de l'article 41, au lieu de constituer un premier examen de la compétence et de la recevabilité, dont on sait où il commence mais moins bien où il doit s'arrêter. A la limite, on peut supposer que l'examen de l'incompétence et de l'irrecevabilité manifestes ne serait pas nécessairement très différent de la pratique actuelle. Mais, en prenant une position négative au lieu d'une affirmation provisoire, la Cour écarterait toute contradiction de jugement, voire de revirement de position. Elle agirait en outre de façon plus fidèle aux prescriptions de l'article 41 de son Statut, voire de son Règlement, qui ne mentionne pas davantage les questions de compétence et de recevabilité à propos des mesures conservatoires (articles 73-78 du Règlement). Sa jurisprudence devrait pour cela évoluer — mais le droit des mesures conservatoires a déjà connu de notables évolutions dans un contexte où le rôle des juridictions internationales tend à s'affirmer.

#### LA DISPARITION DE L'OBJET DU DIFFÉREND

13. Sans maintenant examiner au fond la question de savoir si un différend entre la Belgique et le Sénégal existait au moment du dépôt de la requête, on peut s'interroger sur son maintien au moment de la décision relative à l'ordonnance. Il convient ici de s'intéresser à la notion même de différend justiciable, qu'il est de la mission de la Cour, suivant les termes de l'article 38, paragraphe 1, de son Statut, «de régler conformément au droit international» — c'est-à-dire que la Cour doit se préoccuper du différend concret dont elle est saisie et non dire le droit de façon abstraite et générale, ce dont en toute hypothèse l'autorité relative de chose jugée de ses décisions limiterait la portée. En l'occurrence, la Belgique, tout en soutenant que le Sénégal avait violé la convention contre la torture en ne déclenchant pas des poursuites contre M. Habré à défaut de l'extrader, voire en différant à l'excès ces poursuites, ne demande pas dans sa requête que la Cour constate cette violation alléguée. Ses demandes ont

ensues: that in fact a presumption of jurisdiction or admissibility is created when these are found *prima facie*; and that there then arises a sense of inconsistency in the Court's case law if the Court, having found jurisdiction and admissibility *prima facie*, then goes on ultimately to deny them. This would be liable to produce, *mutatis mutandis*, the situation, unfortunate in all regards, in which the Court found itself after the Judgment in the *South West Africa* case in 1966 ((*Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa*), *Second Phase, Judgment*, *I.C.J. Reports 1966*, p. 292).

12. Were it to limit itself to a simple, summary analysis, rejecting the possibility of ordering provisional measures only if it deemed itself manifestly without jurisdiction or the Application manifestly inadmissible, the Court would also be able to devote more time and attention to all of the circumstances, legal and factual, which might make such measures essential, thereby fully meeting the requirements of Article 41; it would do so instead of conducting the initial examination of jurisdiction and admissibility, in respect of which the starting-point is clear but the end-point much less so. One might even venture to presuppose that an examination of manifest lack of jurisdiction and manifest inadmissibility would not necessarily differ much from current practice. Yet, by taking a negative instead of affirmative provisional position, the Court would ward off all criticism as to inconsistency in judgment, if not even reversal of position. It would moreover be acting more in keeping with Article 41 of the Statute, and the Rules of Court, which also say nothing about issues of jurisdiction and admissibility in connection with provisional measures (Arts. 73-78 of the Rules of Court). To reach this point, the Court's jurisprudence would have to evolve — but there have already been significant developments in the law of provisional measures against the backdrop of the growing role played by international courts.

#### THE DISAPPEARANCE OF THE SUBJECT OF THE DISPUTE

13. Without now entering into an in-depth examination of the issue of whether a dispute existed between Belgium and Senegal when the Application was filed, we can ask whether any such dispute still existed when the decision on the Order was made. It is appropriate here to reflect on the very concept of a justiciable dispute, which it is the Court's function, in the words of Article 38, paragraph 1, of the Statute, "to decide in accordance with international law" — that is to say, that the Court must concern itself with the actual dispute laid before it, not make general, abstract pronouncements of law, the scope of which would in any event be limited by the fact that the doctrine of *res judicata* restricts the binding force of a decision to the parties. In the present case, while Belgium maintains that Senegal has violated the Convention against Torture by failing to prosecute Mr. Habré, if not extradite him, or by excessively delaying the prosecution, it does not ask the Court in its Application to find this

un caractère déclaratoire et portent sur la reconnaissance par la Cour de l'obligation pour le Sénégal de poursuivre pénalement M. Habré et, à défaut, de l'extrader. Or il est clair que, à supposer que des doutes aient pu exister à ce sujet lors du dépôt de la requête, le débat judiciaire a fait apparaître à mon sens qu'il n'existait pas, ou plus, de différend entre les Parties sur ces points.

14. C'est de façon inappropriée, selon moi, que le paragraphe 48 de l'ordonnance relève :

«que les Parties semblent néanmoins continuer de s'opposer sur d'autres questions d'interprétation ou d'application de la convention contre la torture, telles que celle du délai dans lequel les obligations prévues à l'article 7 doivent être remplies ou celle des circonstances (difficultés financières, juridiques ou autres) qui seraient pertinentes pour apprécier s'il y a eu ou non manquement auxdites obligations; que les vues des Parties, par ailleurs, continuent apparemment de diverger sur la façon dont le Sénégal devrait s'acquitter de ses obligations».

Il s'agit en effet de divergences qui ne font pas l'objet de la demande présentée par la Belgique, mais ne sont que des motifs à l'appui de sa requête. Sans doute peut-on considérer, sur la base de la canonique décision *Mavrommatis*, qu'«[u]n différend est un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes» (*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2*, p. 11). Toutefois, une analyse plus approfondie de la jurisprudence conduit utilement à resserrer la notion de différend, tout au moins sous l'angle judiciaire. Ainsi que l'écrit le professeur Jean Combacau en résumant cette analyse,

«le désaccord, l'opposition ... ne sont constitutifs d'un différend que s'ils se manifestent à l'occasion d'une réclamation adressée par un Etat à un autre et à laquelle celui-ci refuse de faire droit; le contentieux international n'inclut ni les disputes abstraites ... ni même des différences d'appréciation sur la conduite à tenir dans une espèce déterminée: son concept implique l'expression de prétentions, et pas seulement de thèses, contradictoires; et le différend n'apparaît que là où un Etat réclame d'un autre un certain comportement et se heurte au refus de celui-ci» (Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, 8<sup>e</sup> éd., 2008, p. 556).

En ce sens, «[i]l faut démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre» (affaire du *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud)*, *exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962*, p. 328).

15. On ne voit dès lors plus en quoi consiste le différend entre la Belgique et le Sénégal. Les deux Etats conviennent que la «convention sur la torture» impose aux Etats qui y sont parties d'établir leur compétence

alleged violation. The relief it seeks is declaratory in nature and aims at a statement by the Court that Senegal is under an obligation to prosecute Mr. Habré or, failing which, to extradite him. But it is clear that, assuming there to have been possible uncertainty on this subject when the Application was filed, the judicial debate has, in my opinion, shown that there was no dispute, or there is no longer any, between the Parties on these points.

14. I find the following statement in paragraph 48 of the Order to be inappropriate:

“the Parties nonetheless seem to continue to differ on other questions relating to the interpretation or application of the Convention against Torture, such as that of the time frame within which the obligations provided for in Article 7 must be fulfilled or that of the circumstances (financial, legal or other difficulties) which might be relevant in considering whether or not a failure to fulfil those obligations has occurred; whereas, moreover, the Parties seem to continue to hold differing views as to how Senegal should fulfil its treaty obligations”.

These differences are not the subject-matter of the claim presented by Belgium but merely elements of the grounds supporting its Application. While the view may no doubt be taken, in reliance on the seminal decision in the *Mavrommatis* case, that “[a] dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons” (*Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 11), deeper analysis of the jurisprudence points to a narrower meaning of “dispute”, at least when seen from the judicial perspective. As Professor Jean Combacau has written in summarizing this analysis,

“disagreements, conflicts . . . constitute disputes only if they emerge in connection with a claim asserted by one State against another and rejected by the second; neither abstract debates . . . nor even differing judgments as to the behaviour that should be adopted in a given situation fall within the category of international dispute: the concept of international dispute implies the assertion of conflicting claims, not just arguments; and a dispute arises only where one State demands certain conduct on the part of another and meets with a refusal” (Jean Combacau and Serge Sur, *Droit international public*, 8th ed., 2008, p. 556) [*translation by the Registry*].

Thus, “[i]t must be shown that the claim of one party is positively opposed by the other” (case concerning *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, p. 328).

15. That being the case, it is difficult to see any dispute between Belgium and Senegal. The two States are in agreement that the “Convention against Torture” places the States party to it under an obligation to

pénale et de poursuivre les personnes accusées des incriminations qu'elle prévoit, et à défaut de les extradier. Le Sénégal se déclare résolu à exercer ces poursuites comme le réclame la Belgique, qui ne se réfère dans sa requête à aucun délai particulier mais plutôt à une décision de principe. Les mesures prises par le Sénégal pour adapter sa Constitution et sa législation afin d'établir sa compétence pour conduire un tel procès sont concrètes, ont été prises dans un délai raisonnable et manifestent la réalité de son intention; les appuis qu'il a recherchés et continue de rechercher pour permettre la tenue du procès sont patents. Dans ces conditions, et sans qu'il soit souhaitable pour la présente opinion individuelle d'aller plus loin pour ne pas empiéter sur des questions de fond qui pourraient faire l'objet d'étapes ultérieures de la procédure devant la Cour, il apparaît que le différend, à supposer qu'il ait existé, n'existe plus au moment où la présente ordonnance est rendue, puisque la Belgique a obtenu satisfaction sur ses demandes du fait des déclarations réitérées du Sénégal de procéder dès que possible au jugement de M. Habré pour l'ensemble des crimes qui lui sont imputés. A mon sens, la Cour aurait dû le reconnaître et en tirer les conséquences, en déclarant, comme dans les affaires des *Essais nucléaires* ((*Australie c. France*) (*Nouvelle-Zélande c. France*), arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 272), que, la demande étant désormais sans objet, il n'y avait plus rien à juger.

(Signé) Serge SUR.

establish their criminal jurisdiction and to prosecute persons accused of the crimes it covers or, failing that, to extradite them. Senegal has expressed its resolve to prosecute, as demanded of it by Belgium, whose Application does not refer to any specific time frame but rather to a decision in principle. The steps taken by Senegal in amending its constitution and legislation to establish its jurisdiction to conduct such a trial are concrete, have been taken without undue delay and give proof of its sincerity; it is clear to see what it has done, and continues to do, to obtain the assistance needed to hold the trial. Given this, and it being advisable to refrain in the present separate opinion from proceeding any further so as to avoid encroaching on substantive issues which may come before the Court later in the proceedings, it is apparent that the dispute, assuming it to have existed earlier, no longer exists as the present Order is being handed down, since Belgium's claims have been satisfied by Senegal's repeated statements that it will try Mr. Habré as soon as possible for all of the crimes of which he stands accused. In my view, the Court should have so found and inferred the consequences by declaring, as it did in the cases concerning *Nuclear Tests ((Australia v. France) and (New Zealand v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 272)*, that, as the claim has by now ceased to have any object, there is no longer anything to be decided.

(Signed) Serge SUR.

---