

# L'ARRÊT DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE DANS L'AFFAIRE *BELGIQUE* *CONTRE SÉNÉGAL* OU DU PRINCIPE *AUT DEDERE AUT IUDICARE*

PAR

**Raphaël VAN STEENBERGHE\***

## RÉSUMÉ

L'arrêt rendu le 21 juillet 2012 par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Belgique contre Sénégal* fournit un enseignement précieux au sujet de ce qui constituait le volet principal de l'affaire, à savoir l'« obligation d'extrader ou de poursuivre » (*aut dedere aut iudicare*), en particulier celle prévue par la convention contre la torture. Cet enseignement est triple. Il concerne d'abord la nature de cette obligation, la Cour l'ayant qualifiée d'obligation *erga omnes partes*. Il porte également sur son contenu, la Cour ayant conclu qu'elle renvoyait à une obligation de poursuivre à défaut d'extrader, devant être mise en œuvre indépendamment d'une demande d'extradition et aussitôt que le suspect est identifié sur le territoire. Il concerne enfin son objet, la Cour ayant jugé qu'elle s'appliquait à tous les faits postérieurs à l'entrée en vigueur de la convention pour l'État concerné et ce, quand bien même ces faits seraient antérieurs à la ratification de la convention par l'État invoquant son non-respect. L'arrêt tranche ainsi un nombre significatif de questions controversées, le plus souvent dans un sens qui renforce la lutte contre la torture. Il n'est pas certain que toutes ces conclusions, à l'exception de celle définissant l'obligation comme imposant de poursuivre à défaut d'extrader, soient transposables aux nombreuses conventions contenant une obligation pourtant formulée en des termes similaires dans la mesure où ces conventions visent des crimes de nature différente. Ces conclusions ont en réalité pour effet de rapprocher l'obligation contenue dans la convention contre la torture de celle — bien qu'exprimée différemment — prévue par des conventions qui portent sur des crimes de nature similaire, telles que les quatre conventions de Genève de 1949.

\* Chargé de recherches F.R.S.-FNRS, membre du Centre Charles De Visscher pour le droit international et européen de l'Université catholique de Louvain (UCL); chargé de cours invité à l'UCL; professeur invité à l'Ecole Royale Militaire et à l'Université de Lille. L'auteur remercie le Professeur Pierre d'Argent de ses précieux commentaires sur les versions antérieures de cet article. Cela dit, les propos qui y sont tenus ne sont bien entendu attribuables qu'à l'auteur.

## INTRODUCTION

L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Belgique contre Sénégal* était très attendu par les personnes ayant déposé plainte, en Afrique ou en Belgique, contre Hissène Habré, ancien dictateur tchadien réfugié au Sénégal, ainsi que par tous les défenseurs des droits de l'homme, en particulier ceux dont les activités sont consacrées à la lutte contre la torture. Ceux-ci ont sans doute été soulagés de constater que la Cour a exigé du Sénégal qu'il soumette, sans autre délai, « le cas de M. Hissène Habré à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, [s'il] ne l'extrade pas » (1), après avoir reconnu la responsabilité de l'État sénégalais pour n'avoir pas procédé à une enquête préliminaire sur les crimes de torture reprochés à Hissène Habré aussitôt que ce dernier avait été identifié au Sénégal (2) ainsi que pour ne l'avoir pas poursuivi à défaut de l'extrader (3). L'arrêt était également très attendu par les internationalistes dans la mesure où l'affaire portait sur une obligation qui fait actuellement l'objet de vifs débats à la Commission du droit international, à savoir l'obligation d'extrader ou de poursuivre (4), obligation communément désignée par la formule latine *aut dedere aut judicare*.

Cette obligation était en effet au cœur de l'affaire. Contrairement aux plaintes déposées en janvier 2000 contre Hissène Habré au Sénégal, qui n'ont pu aboutir au motif avancé par les juridictions sénégalaises que le droit national ne contenait pas les incriminations ou bases de compétence nécessaires pour poursuivre l'ancien dictateur (5), les plaintes déposées quelques mois plus tard en Belgique ont donné lieu à un mandat d'arrêt international contre Hissène Habré et une demande d'extradition de la part de la Belgique. La Cour d'appel de Dakar, devant remettre un avis au sujet de cette demande, s'est déclarée incompétente en raison de l'immunité dont jouissait, selon elle, l'ancien dictateur tchadien (6). La Belgique a aussitôt invité le gouvernement

(1) C.I.J., *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt du 20 juillet 2012, dispositif, point 6 (ci-après « arrêt de la CIJ du 20 juillet 2012 »).

(2) *Ibid.*, point 4.

(3) *Ibid.*, point 5.

(4) La Commission a décidé d'inclure le sujet intitulé « [l']obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) » dans son programme de travail à long-terme à sa 56<sup>e</sup> session (2004). Quatre rapports ont été rendus sur le sujet par le rapporteur spécial depuis 2006 (v. A/CN.4/571, 7 juin 2006; A/CN.4/585, 11 juin 2007; A/CN.4/603, 10 juin 2008 et A/CN.4/648, 31 mai 2011).

(5) V. chambre d'accusation de la Cour d'appel de Dakar, *Ministère Public et François Diouf c. Hissène Habré*, arrêt du 4 juillet 2000 (n° 135), disponible à l'adresse <http://www.hrw.org/legacy/french/themes/habre-decision.html> (consulté le 10 septembre 2012). La décision de la Cour d'appel a été confirmée par la Cour de cassation sénégalaise, Cour de cassation, *Souleymane Guengueng et autres c. Hissène Habré*, arrêt du 20 mars 2001 (n° 14), disponible à l'adresse <http://www.icrc.org/ihl-nat.nsf/46707c419d6bdfa24125673e00508145/90e26efa1bb31189c1256b21005549b0> (consulté le 10 septembre 2012).

(6) Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Dakar, avis relatif à la demande d'extradition de Hissène Habré par la Belgique, avis du 25 novembre 2005, extraits disponibles à l'adresse [http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Senegal/Habr%E9\\_Cour\\_Appel\\_Avis\\_Extradition\\_25-11-2005%28Extraits%29.pdf](http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Senegal/Habr%E9_Cour_Appel_Avis_Extradition_25-11-2005%28Extraits%29.pdf) (consulté le 28 mars 2011).

sénégalais à lui faire part de sa position finale quant à l'extradition de Hissène Habré, lui rappelant que, conformément à l'obligation prévue à l'article 7, § 1, de la convention contre la torture, à laquelle les deux États étaient parties, le Sénégal était tenu d'extrader l'intéressé à défaut de le juger.

Bien qu'ayant procédé en 2007 et 2008 aux réformes, respectivement législatives et constitutionnelles, lui permettant de poursuivre Hissène Habré (7) et ayant en outre été saisi, dès 2008, d'une nouvelle série de plaintes à l'encontre de ce dernier, le Sénégal ne procéda toujours pas, selon la Belgique, aux poursuites requises par l'article 7, § 1, de la convention contre la torture ni n'extrada l'intéressé. La Belgique y voyait donc un différend entre les deux États au sujet du contenu de l'obligation d'extrader ou de poursuivre prévue par la convention. Après de vaines tentatives de résolution du différend par voie de négociations et d'arbitrage, la Belgique a finalement décidé de porter l'affaire devant la Cour internationale de Justice. Dès l'introduction de l'instance, en février 2009, la Belgique a par ailleurs fait état d'un différend découlant de la violation par le Sénégal de l'obligation d'extrader ou de poursuivre prévue par le droit coutumier, s'agissant des crimes internationaux autres que celui de torture également reprochés à l'ancien président tchadien dans le mandat d'arrêt international belge.

Tant la question du contenu que celle du statut de l'obligation d'extrader ou de poursuivre semblaient ainsi posées à la Cour. Il n'était *a priori* guère aisé de répondre à ces questions si l'on en juge par les résultats peu satisfaisants atteints jusqu'ici par la Commission du droit international sur le sujet, la Commission éprouvant d'importantes difficultés en la matière, comme en témoignent la création de plusieurs comités chargés d'étudier la question (8) et la rédaction par le Secrétariat général des Nations Unies d'un volumineux document visant à assister la Commission dans ses travaux (9). L'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice le 20 juillet 2012 fournit

(7) V. not. l'article 2 de la loi n° 2007-05 du 12 février 2007 modifiant le code de la procédure pénale, relative à la mise en œuvre du traité de Rome instituant la Cour pénale internationale, *Journal officiel de la République du Sénégal* n° 6332, 10 mars 2007, p. 2384, disponible à l'adresse [http://www.icenow.org/documents/Loi\\_2007\\_05\\_du\\_12\\_Fev\\_2007\\_modifiant\\_le\\_Code\\_de\\_Procedure\\_penale\\_senegal\\_fr.pdf](http://www.icenow.org/documents/Loi_2007_05_du_12_Fev_2007_modifiant_le_Code_de_Procedure_penale_senegal_fr.pdf) (consulté le 10 septembre 2012); v. également l'article 2 de la loi n° 2007-02 du 12 février 2007 modifiant le code pénal, *Journal officiel de la République du Sénégal* no. 6332, 10 mars 2007, p. 2377, disponible à l'adresse <http://rds.refer.sn/IMG/pdf/07-02-12CODE-PENALMODIF.pdf> (consulté le 10 septembre 2012).

(8) V. not., outre la désignation en 2005 du rapporteur spécial, Zdzislaw Galicki, la création d'un premier comité en 2009, placé sous la présidence d'Alain Pellet (A/64/10, 2009, p. 351), et d'un second comité en 2012, chargé de faire « a general assessment of the topic as a whole, focusing on questions concerning its viability and steps to be taken in moving forward, against the background of the debate on the topic in the Sixth Committee of the General Assembly » (résumé des discussions de la Commission du droit international à sa 64<sup>e</sup> session, 2012, disponible à l'adresse <http://untreaty.un.org/ilc/sessions/64/64sess.htm#summary> [consulté le 10 septembre 2012]).

(9) « Examen des conventions multilatérales qui pourraient présenter un intérêt pour les travaux de la Commission du droit international sur le sujet intitulé 'L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut iudicare*)' », A/CN.4/630, 18 juin 2010.

certaines éléments de réponse à cet égard, en premier lieu au sujet de l'obligation d'extrader ou de poursuivre prévue par la convention contre la torture.

Cet enseignement est en réalité triple. Il concerne tout d'abord la nature de cette obligation. Bien que, contrairement aux demandes de la Belgique, la Cour ne se soit pas prononcée sur l'existence en droit coutumier d'une obligation générale d'extrader ou de poursuivre les personnes suspectées de crimes internationaux, l'opinion individuelle du juge Abraham fournit des éléments de réflexion intéressants à ce sujet tandis que la Cour a expressément qualifié l'obligation d'extrader ou de poursuivre prévue par la convention contre la torture d'obligation *erga omnes partes* (I). L'enseignement de l'arrêt porte ensuite et surtout sur le contenu de cette obligation, la Cour ayant conclu qu'elle renvoyait à une obligation de poursuivre à défaut d'extrader et non d'extrader à défaut de poursuivre, entendue au sens d'une obligation de soumettre l'affaire aux autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale et cela, indépendamment d'une demande d'extradition et aussitôt que le suspect est identifié sur le territoire (II). L'arrêt traite enfin de l'objet de l'obligation d'extrader ou de poursuivre prévue par la convention contre la torture, la Cour ayant jugé que cette dernière s'appliquait à tous les faits postérieurs à l'entrée en vigueur de la convention pour l'État concerné et ce, quand bien même ces faits seraient antérieurs à la ratification de la convention par l'État invoquant son non-respect (III).

L'arrêt tranche ainsi un nombre significatif de questions controversées dans un sens qui élargit la portée de l'obligation en question. Tandis que certaines interprétations de la Cour, en particulier celle selon laquelle cette obligation impose uniquement de poursuivre à défaut d'extrader, semblent transposables à tout traité prévoyant une telle obligation, il n'est pas certain que les autres interprétations, notamment celles relatives à la nature *erga omnes partes* de l'obligation et aux conditions de sa mise en œuvre dans le temps, soient applicables aux nombreuses autres conventions contenant une obligation pourtant formulée en des termes similaires mais qui visent des crimes de nature différente. Ces interprétations ont en réalité pour effet de rapprocher l'obligation contenue dans la convention contre la torture de celle — quoiqu'exprimée différemment — prévue par des conventions, telles que les quatre conventions de Genève de 1949, qui portent sur des crimes de nature similaire.

## I. — NATURE

Les demandes de la Belgique devaient à première vue amener la Cour à se prononcer non seulement sur la nature coutumière de l'obligation d'extrader ou de poursuivre (A) mais également sur son caractère *erga omnes partes* étant donné que la Belgique fondait son intérêt juridique à agir devant la Cour sur

la base notamment de la nature *erga omnes partes* de l'obligation d'extrader ou de poursuivre prévue dans la convention contre la torture (B).

#### A. — Une obligation coutumière ?

L'existence en droit coutumier d'une obligation de poursuivre les auteurs présumés de crimes internationaux à défaut de les extrader constitue certainement l'une des questions les plus discutées dans les débats portant sur la nature de l'obligation d'extrader ou de poursuivre (10). Cette question est en effet loin d'être sans importance dans la mesure où le droit conventionnel ne prévoit aucune obligation d'extrader ou de poursuivre en ce qui concerne le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre autres que les infractions graves aux quatre conventions de Genève de 1949 et au protocole additionnel I à ces conventions. La Cour s'est bien gardée de trancher la question en adoptant une attitude particulièrement formaliste lors de l'examen de sa compétence, en particulier lorsqu'elle a vérifié l'existence d'un différend entre les deux États quant à une obligation coutumière du Sénégal d'extrader ou de poursuivre Hissène Habré en ce qui concerne les crimes internationaux autres que celui de torture, reprochés à l'ancien dictateur. La Cour a réaffirmé sa jurisprudence établie dans l'affaire *Géorgie contre Russie* en déclarant que la date à laquelle devait s'apprécier l'existence d'un différend était en principe celle du dépôt de la requête (11). Elle a ainsi constaté que, lors des échanges diplomatiques précédant sa saisine, la Belgique n'avait invoqué la violation par le Sénégal que de l'obligation d'extrader ou de poursuivre prévue dans la convention contre la torture, le Sénégal n'ayant dès lors pu prendre position que par rapport à l'invocation de ce manquement (12). Ce constat est certainement fondé. Il n'en demeure pas moins qu'un différend est clairement apparu entre les parties au sujet de l'obligation coutumière d'extrader ou de poursuivre lors des échanges d'arguments devant la Cour et que rien n'empêchait cette dernière — si ce n'est son souhait de ne pas trancher une question qui l'aurait divisée — d'adopter une position plus souple et de considérer la date de sa décision et non celle du dépôt de la requête comme ultime moment d'appréciation de l'existence d'un différend. En effet, dans l'affaire *Géorgie contre Russie*, la Cour avait envisagé le dépôt de la requête uniquement comme constituant *en principe*

(10) V. not. à ce sujet M.C. BASSIOUNI, E.M. WISE, *Aut Dedere Aut Judicare. The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Dordrecht, Boston, London, Martinus Nijhoff, 1995; C. MAIERHÖFER, 'Aut dedere — aut iudicare'. *Herkunft, Rechtsgrundlagen und Inhalt des völkerrechtlichen Gebotes zur Strafverfolgung oder Auslieferung*, Berlin, Duncker & Humlot, 2006; R. VAN STEENBERGHE, 'The Obligation to Extradite or Prosecute: Clarifying its Nature', *J.I.C.J.*, 2011, pp. 1089-1116.

(11) C.I.J., *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, exceptions préliminaires, arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2011, *Rec.* p. 47, § 113.

(12) Arrêt de la CIJ du 20 juillet 2012, § 54.

la date de référence(13). Par ailleurs, comme le souligne le juge Abraham dans son opinion individuelle, il semble bien établi dans la jurisprudence de la Cour que, même si une condition de sa compétence fait initialement défaut, cette condition peut être remplie en cours d'instance, impliquant ainsi que, « faute que toutes les conditions de sa compétence aient été remplies dès l'engagement de la procédure, [la Cour puisse] rechercher si elles le sont à la date de sa décision »(14).

Si la Cour ne s'est donc pas prononcée sur l'existence d'une obligation d'extrader ou de poursuivre en droit coutumier, le juge Abraham — qui est le seul à avoir abordé la question dans la présente affaire — a catégoriquement rejeté une telle hypothèse dans son opinion individuelle. Il rejoint ainsi la position défendue par plusieurs juges dans l'affaire *Lockerbie* (15). Son raisonnement pose toutefois question. Il fonde sa conclusion sur le manque de pratique pertinente et, en particulier, sur le constat qu'il n'existe toujours pas suffisamment d'États qui, tout en agissant avec la volonté de se conformer à une règle coutumière, ont conféré « à leurs tribunaux une 'compétence universelle' pour connaître des crimes de guerre commis dans le cadre d'un conflit armé non international [...] et de crimes contre l'humanité »(16). Ce raisonnement semble faire dépendre la nature coutumière de l'obligation d'extrader ou de poursuivre de l'existence d'une obligation coutumière d'établir une compétence extraterritoriale, dite « universelle ». Le juge Abraham n'est pas le seul à établir un tel lien. Plusieurs États tiennent un raisonnement similaire (17). Dans leur observation communiquée à la Commission du droit international, les États-Unis ont ainsi rejeté l'idée d'une obligation coutumière d'extrader ou de poursuivre au motif, notamment, qu'une telle obligation rendrait l'établissement d'une « compétence universelle » obligatoire, solution qui, selon eux, était contraire au principe de discrétion caractérisant la matière et n'était en toute hypothèse pas corroborée par une pratique suffisante (18).

Un tel raisonnement impose que l'on s'interroge sur le lien existant entre l'obligation d'extrader ou de poursuivre et l'obligation d'établir une « compétence universelle », cette compétence étant entendue en son sens habituel, c'est-à-dire au sens d'une compétence permettant de connaître d'une affaire quand bien même celle-ci ne présenterait aucun lien de rattachement avec

(13) C.I.J., *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, *op. cit.*, p. 16, § 30.

(14) Opinion individuelle, p. 3, § 14.

(15) V. C.I.J., *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. États-Unis d'Amérique/Royaume-Uni)*, ordonnance du 14 avril 1992, déclaration commune de MM. Evensen, Tarassov, Guillaume et Aguilar Mawdley, *Rec.* p. 24, § 2.

(16) Opinion individuelle, p. 7, § 31.

(17) V. not., outre la note suivante, la déclaration de la Russie, A/CN.4/599, 30 mai 2008, p. 11.

(18) A/CN.4/579/Add.2, 5 juin 2007, p. 2, § 5.

l'État du for, si ce n'est la présence du suspect sur son territoire. Les deux obligations sont souvent confondues ou jugées, à tout le moins, indissociables. Cette conception provient en réalité de l'influence qu'exerce sur cette question le système mis en place par les traités multilatéraux contenant une obligation d'extrader ou de poursuivre (19). Dans la plupart de ces traités, y compris dans la convention contre la torture, l'obligation d'extrader ou de poursuivre est toujours accompagnée de dispositions visant à assurer l'application la plus étendue possible de chacune des deux options qu'elle comporte, c'est-à-dire l'extradition et les poursuites. Ainsi, de nombreuses dispositions ont pour objectif de réduire les obstacles à l'extradition en prévoyant, par exemple, que les parties peuvent considérer le traité en question comme un traité d'extradition si elles n'en ont pas déjà conclu un au sujet du crime visé. Toutefois, l'extradition n'en devient pas pour autant inéluctable. Elle demeure largement discrétionnaire, les dispositions qui la concernent n'imposant que peu d'obligations et indiquant par ailleurs expressément qu'elle reste soumise au droit interne des États. Il en va par contre différemment des dispositions qui visent à assurer l'application de l'autre option, celle des poursuites. Ces dispositions sont beaucoup plus contraignantes. Leur objectif est d'éviter que le suspect, s'il n'est pas extradé, n'échappe aux poursuites et au jugement. Aussi prévoient-elles un certain nombre d'obligations plutôt que de simples facultés, imposant notamment aux États parties d'incriminer le comportement visé par le traité, d'établir des peines dont la gravité est à la mesure du crime et de conférer à leurs juridictions les compétences nécessaires pour juger le suspect, y compris une « compétence universelle ». Autrement dit, l'obligation d'extrader ou de poursuivre se présente comme la pierre angulaire d'un système visant à assurer la répression du comportement incriminé par le traité tandis que la plupart des autres dispositions apparaissent comme faisant partie de ce système en tant qu'éléments de mise en œuvre de l'obligation. L'extradition demeurant discrétionnaire, cette mise en œuvre repose de manière critique sur les obligations prévues par le traité relatives à la poursuite du suspect et, notamment, celles imposant aux États parties de conférer une « compétence universelle » à leurs juridictions.

(19) V. not. l'article 7 de la convention pour la suppression de la capture illicite d'aéronefs (1970); l'article 7 de la convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (1971); l'article 7 de la convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques (1973); l'article 8 de la convention internationale contre la prise d'otages (1979); l'article 10 de la convention sur la protection physique des matières nucléaires (1980); l'article 10 de la convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime (1988); l'article 14 de la convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé (1994); l'article 8 de la convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (1998); l'article 10 de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (1999); l'article 11 de la convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire (2005); l'article 11 de la convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (2006).



Dans son arrêt du 20 juillet 2012, la Cour internationale de Justice n'a pas manqué de souligner cette nature systémique du régime chapeauté par l'obligation d'extrader ou de poursuivre, s'agissant de la convention contre la torture. Elle a ainsi affirmé que, dans le contexte de cette convention, « [l'] obligation de poursuivre prévue au paragraphe 1 de l'article 7 [était] normalement mise en œuvre [...] après que l'État s'[était] acquitté des autres obligations prévues dans les articles précédents, qui lui impos[ai]ent d'adopter une législation adéquate pour incriminer la torture, de conférer à ses tribunaux une compétence universelle en la matière, et d'effectuer une enquête pour établir les faits [et que ces] obligations, dans leur ensemble, [pouvaient] être considérées comme des *éléments d'un même dispositif conventionnel* visant à éviter que les suspects ne puissent échapper à la mise en jeu, s'il y a lieu, de leur responsabilité pénale » (20). Elle précisait par ailleurs plus tôt que l'obligation pour l'État partie à la convention contre la torture « d'établir la compétence universelle de ses juridictions pour connaître du crime de torture [était] une *condition nécessaire* pour [...] soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale [conformément à l'article 7, § 1] » (21).

Certes, on ne peut dénier qu'il existe, dans ce type de traité, un lien particulièrement étroit entre les dispositions imposant aux parties de conférer une « compétence universelle » à leurs juridictions et l'obligation d'extrader ou de poursuivre, la mise en œuvre effective de celle-ci reposant en effet principalement sur lesdites dispositions. Il ne faudrait toutefois pas en déduire que, de manière générale, c'est-à-dire y compris en dehors du régime mis en place par les traités multilatéraux existants, l'obligation d'extrader ou de poursuivre implique nécessairement l'établissement d'une « compétence universelle ». Il faut en ce sens se garder d'assimiler le « principe *aut dedere aut judicare* » au « système *aut dedere aut judicare* » (22), en particulier aux dispositions relatives à la compétence extraterritoriale des États même si celles-ci constituent un élément essentiel de ce système. Ces dispositions sont en effet conceptuellement distinctes de l'obligation d'extrader ou de poursuivre. Elles n'y ont été associées qu'en vue d'en assurer une application la plus étendue possible et de renforcer ainsi l'objectif de lutte contre l'impunité poursuivi par le traité. En témoignent les travaux préparatoires de la convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, qui a servi de modèle à la plupart des conventions multilatérales contenant une obligation d'extrader ou de poursuivre. Tout en prévoyant déjà une telle obligation, le projet de convention initialement présenté en 1970 à la conférence internationale de droit

(20) Arrêt de la CIJ du 20 juillet 2012, § 91 (it aj.).

(21) *Ibid.*, § 74 (it. aj.).

(22) V. au sujet de cette distinction, R. VAN STEENBERGHE, *op. cit.*, p. 1105. Cette distinction apparaît également dans la déclaration individuelle du juge Owada, jointe à l'arrêt de la CIJ du 20 juillet 2012, §§ 10-13.



aérien n'imposait qu'aux États d'immatriculation et d'atterrissage l'obligation d'établir leur compétence pour connaître de l'infraction. Plusieurs délégations se sont félicitées de ce projet. D'autres ont néanmoins « demandé que le mécanisme soit *encore renforcé* afin que les auteurs de [l']infraction soient à *coup sûr* traduits en justice » (23). Un amendement a ainsi été proposé afin d'obliger les États parties à conférer une « compétence universelle » à leurs tribunaux pour connaître de l'infraction dans le cas où l'auteur présumé de celle-ci se trouverait sur leur territoire et où ils ne l'extraderaient pas (24). Après de longs débats, l'amendement a finalement été adopté malgré la réticence de certains États « qui considéraient que le texte initial était destiné à assurer la compétence des États ayant les liens les plus vitaux avec l'infraction » (25). Autrement dit, on ne peut conceptuellement exclure l'existence d'une obligation d'extrader ou de poursuivre qui ne serait pas assortie d'une obligation d'établir une « compétence universelle » et dont la mise en œuvre serait ainsi moins étendue que celle généralement prévue dans les conventions multilatérales qui la prévoient.

En réalité, ce n'est qu'en « dissociant » l'obligation d'extrader ou de poursuivre des dispositions visant à assurer son application la plus effective, en particulier celle imposant l'établissement d'une « compétence universelle », qu'il devient possible de soutenir l'existence d'une obligation coutumière d'extrader ou de poursuivre. En effet, comme on l'a démontré en détail ailleurs (26), on peut recenser un certain nombre de législations internes et de décisions tant nationales que régionales dans lesquelles est affirmée l'existence d'une obligation d'extrader ou de poursuivre les personnes soupçonnées d'avoir commis certains crimes internationaux pour lesquels le droit conventionnel ne prévoit pas une telle obligation (27). À ces actes juridiques s'ajoute un autre type de pratique « verbale » (28), à savoir les déclarations

(23) « Examen des conventions multilatérales qui pourraient présenter un intérêt pour les travaux de la Commission du droit international sur le sujet intitulé 'L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut iudicare*)' », *op. cit.*, p. 38, § 102, et la note 170 mentionnant les États favorables à un tel renforcement du mécanisme (it. aj.).

(24) La délégation à l'origine de l'amendement l'a justifié en déclarant que « [l]a raison qui présid[ait] à [sa] proposition [était] que l'article 7 [du projet, prévoyant l'obligation pour les États de poursuivre l'auteur présumé de l'infraction à défaut de son extradition, serait resté] lettre morte si la compétence des États n'[était pas préalablement établie ... et que, comme] l'extradition obligatoire aux termes de la convention [était] impossible, il import[ait] que l'auteur de l'infraction soit poursuivi par les tribunaux de l'État qui le dét[enait] »; v. projet d'amendement de l'Espagne, 8<sup>e</sup> séance de la Commission plénière, § 17, in *Organisation de l'aviation civile internationale, Conférence internationale de droit aérien, La Haye, décembre 1970, vol. I : Procès-verbaux* (doc. 8979-LC/165-1).

(25) « Examen des conventions multilatérales qui pourraient présenter un intérêt pour les travaux de la Commission du droit international sur le sujet intitulé 'L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut iudicare*)' », *op. cit.*, p. 39, § 105 et la note 173 mentionnant les États ayant formulé cette critique.

(26) R. VAN STEENBERGHE, *op. cit.*, pp. 1095-1102.

(27) *Ibid.*, pp. 1096-1098.

(28) V. not., au sujet des déclarations des États comme pratique « verbale », R. VAN STEENBERGHE, *La légitime défense en droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 148.

dans lesquelles les États ont reconnu l'existence en droit coutumier d'une obligation d'extrader ou de poursuivre les auteurs présumés de certains crimes internationaux, tels que le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. Cette pratique est particulièrement étendue et claire, de telles déclarations ayant été exprimées de manière expresse par un nombre considérable d'États, en divers lieux et à différents moments. La plupart de ces déclarations ont été formulées dans le cadre de l'adoption de certaines résolutions de l'Assemblée générale des Nations unies, en particulier les résolutions 2840 (XXVI) et 3074 (XXVIII), ainsi qu'à l'occasion des travaux de la Commission du droit international concernant tant le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité que l'obligation d'extrader ou de poursuivre. A ces déclarations s'ajoutent également les nombreuses résolutions du Conseil de sécurité dans lesquelles celui-ci a rappelé l'obligation de poursuivre les auteurs présumés de certains crimes internationaux.

En revanche, les cas dans lesquels les États ont établi ou reconnu l'existence d'une compétence universelle imposée par le droit coutumier, en ce qui concerne la poursuite de certains crimes internationaux, demeurent particulièrement limités, à tout le moins manifestement insuffisants pour constituer une pratique « générale et constante », qu'il s'agisse d'une pratique prenant la forme d'actes juridiques internes ou de toute autre pratique « verbale » pertinente, telle que les déclarations des États. Les autorités américaines ont ainsi expressément déclaré, on le sait, que le droit coutumier ne prévoyait aucune « compétence universelle » obligatoire (29). Convient-il néanmoins d'en déduire, comme les États-Unis et d'autres États le soutiennent (30), qu'il ne peut dès lors exister d'obligation coutumière d'extrader ou de poursuivre les auteurs présumés de certains crimes internationaux ? La réponse serait sans nul doute positive si l'obligation d'extrader ou de poursuivre était consubstantielle à celle d'établir une « compétence universelle ». Ce n'est toutefois pas le cas. Comme on l'a souligné plus haut, ces deux obligations demeurent conceptuellement distinctes, l'une n'impliquant pas nécessairement l'autre. En ce sens, l'opposition exprimée par certains États à une obligation coutumière d'extrader ou de poursuivre ne constitue qu'un obstacle apparent à la formation d'une telle obligation étant donné que la grande majorité des États y sont favorables et que l'opposition subsistant à son égard concerne non pas l'obligation en tant que telle (« le principe *aut dedere aut judicare* ») mais seulement certaines dispositions qui, si elles accompagnent généralement cette obligation dans les traités multilatéraux (« le système *aut dedere aut judicare* »), n'en sont toutefois pas consubstantielles.

Est-ce à dire que l'on peut envisager un principe *aut dedere aut judicare* coutumier complètement dissocié de tout système assurant sa mise en œuvre, en particulier, de règles relatives à la compétence des juridictions nationales ?

(29) Cf. *supra* note 18.

(30) Cf. *supra* note 17

Cette hypothèse impliquerait qu'en l'absence de telles règles imposées par le droit international, les États puissent être tenus par une obligation coutumière d'extrader ou de poursuivre les auteurs présumés de certains crimes internationaux, que les autorités chargées des poursuites disposent ou non, en vertu du droit de l'État dont elles relèvent, des bases de compétence nécessaires pour poursuivre le suspect à défaut de son extradition. Une telle solution est toutefois difficilement tenable en pratique dans la mesure où tout organe chargé des poursuites vérifie en principe s'il est compétent pour exercer celles-ci. Bien que conceptuellement distinctes, l'obligation de poursuivre et la compétence pour poursuivre sont donc indissociablement liées en pratique au sens où l'affirmation de la première impose nécessairement l'existence de la seconde, l'inverse n'étant toutefois pas vrai. Cela dit, le système de compétence accompagnant l'obligation d'extrader ou de poursuivre ne doit pas nécessairement correspondre à celui dont cette obligation est généralement assortie dans les conventions multilatérales. L'obligation internationale peut avoir pour seul objet d'extrader ou de poursuivre et la compétence des juridictions nationales être laissée à la discrétion de l'État tenu par l'obligation, laquelle n'existerait toutefois que si une compétence existe en vertu du droit de cet État. Autrement dit, on peut concevoir une obligation coutumière d'extrader ou de poursuivre existant uniquement dans les cas où les autorités chargées des poursuites ont la compétence pour engager celles-ci en vertu du droit de l'État dont elles relèvent. Un tel modèle a en réalité été prévu dans certains traités adoptés pendant l'entre-deux-guerres, qui entendaient laisser les États parties libres de conférer ou non une compétence extraterritoriale à leurs juridictions et faisaient ainsi dépendre l'existence d'une obligation générale d'extrader ou de poursuivre de la reconnaissance d'une telle compétence par le droit de ces États. On pense principalement à la convention de 1936 pour la répression du trafic illicite des drogues nuisibles, qui impose aux États parties une obligation d'extrader ou de poursuivre tout auteur présumé d'un tel trafic, y compris lorsque l'auteur est étranger et a commis le crime sur le territoire d'un autre État, à la condition toutefois que « la législation du pays de refuge admette comme règle générale la poursuite d'infractions commises par des étrangers à l'étranger » (31). Cette hypothèse d'une obligation d'extrader ou de poursuivre dont l'application dépendrait des règles de compétence prévues dans le droit interne des États semble implicitement admise par certains juges de la Cour internationale de Justice, en particulier les juges Guillaume (32) et Ranjeva (33), lesquels ont en effet soutenu, dans le cadre de l'*Affaire du mandat d'arrêt*, que les quatre

(31) Article 8. V. également l'article 9 de la convention internationale pour la répression du faux monnayage du 29 avril 1929.

(32) Opinion individuelle annexée à l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'*Affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, jugement, 14 février 2000, *Rec.*, p. 44, § 17.

(33) Déclaration, *ibid.*, p. 56, § 7.

conventions de Genève de 1949 et le protocole additionnel I à ces conventions contenaient une obligation d'extrader ou de poursuivre sans néanmoins imposer de « compétence universelle » (34).

Concevoir une obligation coutumière d'extrader ou de poursuivre les auteurs présumés de certains crimes internationaux selon un tel modèle constitue la solution qui reflète le mieux la pratique contemporaine, laquelle, comme on l'a évoqué plus haut, se traduit par un décalage manifeste entre la volonté partagée par de nombreux États que de tels crimes soient poursuivis et le souci néanmoins exprimé par un grand nombre de ces États de ne pas entamer, par la même occasion, leur pouvoir relatif à l'établissement de la compétence pénale de leurs juridictions. Cette solution est par ailleurs clairement en ligne avec les déclarations formulées par les États lors de l'adoption de la résolution 3074 (XXVIII) par l'Assemblée générale des Nations Unies. Plusieurs représentants ont en effet affirmé à cette occasion que l'obligation d'extrader ou de poursuivre figurant dans la résolution devait être appliquée en fonction de leur droit national (35), certains précisant que la résolution n'impliquait en aucun cas l'établissement d'une « compétence universelle » (36). Tout en étant liés par une obligation coutumière d'extrader ou de poursuivre les personnes suspectées d'avoir commis certains crimes internationaux, les États garderaient ainsi les mains libres au niveau non seulement des conditions d'extradition de ces personnes mais également de l'établissement des bases de compétence nécessaires pour les poursuivre au cas où elles ne seraient pas extradées.

### B. — *Une obligation erga omnes partes*

Dans le cadre de l'examen de la recevabilité des demandes de la Belgique, la Cour a vérifié si cette dernière avait un intérêt juridique à agir. Elle a conclu qu'un tel intérêt était en l'espèce établi compte tenu du caractère *erga omnes partes* des obligations à l'égard desquelles il existait, selon elle, un différend (37), à savoir l'obligation prévue à l'article 6, § 2, de la convention contre la torture, imposant de procéder à une enquête préliminaire en vue d'établir les faits aussitôt — selon les termes de la Cour — que le suspect est identifié sur le territoire de l'État et celle prévue à l'article 7, § 1, de la même convention, qui contient le principe *aut dedere aut judicare*. C'est la première

(34) V., néanmoins, pour une opinion contraire, R. O'KEEFE, « The Grave Breaches Regime and Universal Jurisdiction », *J.I.C.J.*, 2009, p. 817 ; v. la littérature, la pratique et les travaux préparatoires mentionnés par l'auteur pour étayer sa position, *ibid.*, pp. 814-815.

(35) V. not. les déclarations du Costa Rica (A/C.3/2022, 9 novembre 1973, § 2) ; du Royaume-Uni (*ibid.*, § 30) ; du Pérou (*ibid.*, § 33) ; des États-Unis (*ibid.*, § 34) ; de la Norvège (*ibid.*, § 45) ; des Philippines (*ibid.*, § 46) et de la Nouvelle-Zélande (*ibid.*, § 49).

(36) V. not. les déclarations de la République fédérale d'Allemagne (A/C.3/2020, 8 novembre 1973, § 23).

(37) Arrêt de la CIJ du 20 juillet 2012, § 68.

fois que la Cour qualifie des obligations d'*erga omnes partes*. Ses conclusions susciteront certainement la critique. Certains juges les ont déjà sérieusement mises en question dans leur opinion (38). La plupart des reproches portent non pas sur l'existence ou la notion même d'obligations *erga omnes partes* ou les conséquences que la Cour a en l'occurrence attachées à cette notion (39) mais sur la nature des obligations que celle-ci a en l'espèce qualifiées comme telles et, plus fondamentalement, sur le raisonnement qu'elle a suivi pour procéder à cette qualification.

Et pourtant, la notion d'obligations *erga omnes partes* est à ce point peu prédéfinie par le droit international qu'elle paraît laisser une grande marge de manœuvre au juge dans l'identification de ces obligations. Il ne semble soumis qu'à deux contraintes limitées à cet égard. Il lui revient tout d'abord de constater que l'obligation en question poursuit un objectif qui dépasse l'intérêt seulement individuel des États bénéficiaires, ce que la Cour n'a pas manqué de faire dans son arrêt en déclarant notamment que « les États parties à [la convention contre la torture avaient] un *intérêt commun* à assurer la prévention des actes de torture et, si de tels actes [étaient commis], à veiller à ce que leurs auteurs ne bénéficient pas de l'impunité » (40). Bien qu'apparaissant pour la première fois dans la jurisprudence de la Cour, la notion d'intérêt commun en tant qu'élément d'identification d'une obligation *erga omnes partes* semble en ligne avec sa jurisprudence relative à la notion générale d'obligations *erga omnes*, principalement celle découlant de l'affaire *Barcelona Traction*, dans laquelle la Cour a défini de telles obligations comme étant dues à la communauté internationale *dans son ensemble* plutôt que naissant vis-à-vis d'un autre État et comme concernant *tous les États* plutôt que des États en particulier (41). Cette notion d'intérêt commun apparaît également dans l'avis que la Cour a rendu plus tôt au sujet des réserves à la convention pour la prévention et la répression du génocide. Bien que l'avis ne parle pas (encore) expressément d'obligations *erga omnes (partes)*, c'est certainement l'idée sous-jacente à une telle qualification que la Cour avait à l'esprit lorsqu'elle a déclaré : « Dans [une convention telle que celle pour la prévention et la répression du génocide], les États contractants n'ont pas d'intérêts propres ; ils ont seulement tous et chacun, un *intérêt commun*, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention » (42). La Cour s'était expressément référée à cet avis dans l'affaire *Barcelona Traction* pour illustrer le cas où « certains droits de pro-

(38) V. not. l'opinion individuelle du juge Skotnikov, pp. 2-4 ; l'opinion dissidente du juge *ad hoc* Sur, pp. 7-10.

(39) V. néanmoins à cet égard l'opinion dissidente de la juge Xue, § 17.

(40) Arrêt de la CIJ du 20 juillet 2012, § 68 (it. aj.).

(41) C.I.J., *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nouvelle requête : 1962) (*Belgique c. Espagne*), deuxième phase, arrêt du 5 février 1960, *Rec.* p. 32, § 33.

(42) C.I.J., *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, avis consultatif du 28 mai 1951, *Rec.* p. 23 (it. aj.).

tection [correspondant à des obligations *erga omnes* s'étaient] intégrés au droit international général» (43). Elle y a par ailleurs fait à nouveau référence dans son arrêt de juillet 2012 pour étayer sa conclusion selon laquelle certaines obligations de la convention contre la torture, comparables à celles de la convention pour la prévention et la répression du génocide, avaient un caractère *erga omnes partes* (44). La Cour n'est pas la seule juridiction internationale à s'être référée à cet égard à la notion d'intérêt commun. Cette notion constitue également le principal critère sur la base duquel le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a conclu, dans l'affaire *Blaskic*, que l'obligation des États de coopérer avec le Tribunal, prévue à l'article 29 de son Statut, avait une nature *erga omnes partes*, le Tribunal ayant fait état de l'existence d'un « intérêt collectif [dans l'] observance [de cet article] » (45).

Ce critère de l'intérêt commun semble également avoir été retenu par l'Institut de droit international dans le cadre de ses travaux relatifs aux obligations *erga omnes* en droit international (46). Plus précisément, selon l'Institut, l'intérêt des États parties à un traité multilatéral à ce que l'obligation relevant de ce traité soit respectée constitue l'une des « raisons » pour lesquelles « un État partie [...] est tenu en toutes circonstances [par cette obligation] envers tous les autres États parties au traité » (47). Il est intéressant de constater que, conformément au projet de résolution soumis par le rapporteur Giorgio Gaja (48), l'Institut mentionne, comme autre « raison », le fait que les États

(43) C.I.J., *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nouvelle requête: 1962), *op. cit.*, p. 32, § 33.

(44) Arrêt de la CIJ du 20 juillet 2012, § 68.

(45) T.P.I.Y., *Le Procureur c. Tihomir Blaskic*, arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997, chambre d'appel, 29 octobre 1997, § 26.

(46) V. la résolution adoptée le 27 août 2005 sur les obligations *erga omnes* en droit international (*Ann. IDI*, 2006, vol. 2, p. 286). Il est vrai que la version finale ne reprend pas expressément la notion d'« intérêt commun », contrairement au dernier projet de résolution proposé par le rapporteur (*ibid.*, p. 113). L'article 1, b, de la résolution définit en effet l'obligation *erga omnes partes* comme « une obligation relevant d'un traité multilatéral à laquelle un État partie à ce traité est tenu en toutes circonstances envers tous les autres États parties au traité, en raison des valeurs qui leur sont communes et de leur intérêt à ce que cette obligation soit respectée, de telle sorte que sa violation autorise tous ces autres États à réagir » (*ibid.*, p. 286 [it. aj.]). Cela dit, la modification ne résulte nullement de la volonté des membres de l'Institut d'écarter le critère de l'intérêt commun de la définition des obligations *erga omnes partes*. Elle résulte simplement du souci d'harmoniser l'article 1, b, à un changement de formulation de l'article 1, a (qui prévoit la définition de l'obligation *erga omnes* relevant du droit international général), opéré à la suite d'un léger remaniement de cet article peu avant l'adoption de la résolution. Ce remaniement, proposé par MM. Picone et Waelbroeck en réaction aux propos de M<sup>me</sup> Bastid-Burdeau, visait uniquement à souligner, dès l'article 1<sup>er</sup> de la résolution, pour éviter tout malentendu sur la portée de l'obligation, qu'« en présence d'une obligation *erga omnes*, tous les États, même ceux qui [n'étaient] pas victimes de la violation [de cette obligation], [pouvaient] réagir contre [celle-ci] par rapport [à] un seul État déterminé » (*ibid.*, p. 118).

(47) Article 1, b, de la résolution, *Ann. IDI*, 2006, vol. 2, p. 286.

(48) *Ibid.*, p. 113



parties partagent « des valeurs qui leurs sont communes » (49). Cette notion de valeurs apparaît également dans l'arrêt du 20 juillet 2012 de la Cour internationale de Justice, laquelle a en effet considéré que les « États parties à [la convention contre la torture avaient] un intérêt commun [...] en raison des valeurs qu'ils partagent » (50). Le fait que l'ancien rapporteur de l'Institut, Giorgio Gaja, siège actuellement à la Cour n'est peut-être pas étranger à l'ajout de cette précision.

On sait, enfin, que le critère de l'intérêt commun figure à l'article 48 des articles sur la responsabilité des États. En vertu de cet article, un État peut être qualifié d'« État autre qu'un État lésé » dans l'hypothèse où « l'obligation violée est due à un groupe d'États dont [celui-ci] fait partie, et [où] l'obligation est établie aux fins de la protection d'un *intérêt collectif* du groupe » (51), cet État ayant dès lors le droit, notamment, « d'invoquer la responsabilité [de l'État responsable et d'] exiger [de ce dernier la] cessation du fait internationalement illicite » (52). Il est difficile de déterminer les raisons pour lesquelles la Cour ne s'est pas référée à cet article dans son arrêt de juillet 2012 alors que la Belgique l'avait expressément invoqué comme fondement de son intérêt juridique à agir (53). Peut-être est-ce dû à sa nature au moins en partie de *lege ferenda*, reconnue par la Commission du droit international (54), ou au souhait de la Cour de garder les mains libres en se réservant la faculté d'identifier dans le futur d'autres conséquences possibles de la violation d'une obligation *erga omnes (partes)* que celles visées à l'article 48. Il est vrai qu'elle n'avait pas en l'occurrence besoin de se prononcer sur cette question dans la mesure où la Belgique s'était limitée à demander à la Cour de reconnaître la responsabilité du Sénégal et d'exiger de ce dernier la cessation du fait illicite.

S'il semble donc que la notion d'intérêt commun joue un rôle central dans l'identification des obligations *erga omnes partes*, son contenu demeure vague. La Commission du droit international s'est volontairement abstenue de donner une « énumération de tels intérêts » (55). On constate toutefois que certaines obligations sont souvent mentionnées comme exemples d'obligations *erga omnes partes*. Il en va ainsi, notamment, de celles contenues dans les conventions relatives aux droits de l'homme (56). Or, de telles conventions se singulariseraient, selon une grande partie de la doctrine (57), par le

(49) Cf. *supra* note 46.

(50) Arrêt de la CIJ du 20 juillet 2012, § 68 (it. aj.).

(51) A/RES/56/83 (2001), annexe (it. aj.).

(52) *Ibidem*.

(53) V. not. mémoire, p. 117, § 5.15 et p. 118, § 5.16.

(54) A/56/10, 2001, p. 348, § 12.

(55) *Ibid.*, p. 345, § 7.

(56) V. not. l'opinion dissidente du juge Skotnikov, § 12; les déclarations de M. Simma (A/CN.4/SR.2621, 16 mai 2000, § 11) et de M. Hafner (A/CN.4/SR.2622, 17 mai 2000, § 22) dans le cadre des travaux de la Commission du droit international sur la responsabilité des États.

(57) V. not. O. DE SCHUTTER, *International Human Rights Law*, Cambridge, CUP, 2010, pp. 94-96; M. CRAVEN, « Legal Differentiation and the Concept of the Human Rights Treaty in International Law », *E.J.I.L.*, 2000, pp. 498-499.



fait qu'elles ne reposent pas, contrairement aux autres conventions, sur une logique de « réciprocité » entre États parties. Autrement dit, elles ne devraient pas s'analyser comme prévoyant un faisceau d'obligations bilatérales dont le respect offrirait à chacune des parties un bénéfice réciproque. Cette position trouve un certain appui dans la jurisprudence internationale (58), y compris celle de la Cour internationale de Justice. Dans son avis relatif aux réserves à la convention pour la prévention et la répression du génocide, la Cour avait déclaré non seulement, comme on l'a déjà souligné, que les États parties avaient un intérêt commun à son application mais également que l'on ne pouvait « pour une convention de ce type, parler d'avantages ou de désavantages individuels des États, non plus que d'un *exact équilibre contractuel* à maintenir entre les droits et les charges » (59). La notion d'intérêt commun et celle de non-réciprocité renverraient-elles à une même réalité ? Rien n'est moins sûr. On constate tout d'abord que l'on n'attribue généralement à cette notion qu'une portée sociologique. Un auteur fait, à juste titre, remarquer à cet égard : « To recognize that in the case of a human rights treaty States parties do not exchange any tangible benefits is one thing. But then to assert that such absence of factual or 'sociological' reciprocity, as it were, leads to the absence of reciprocal rights and duties proper is quite another thing » (60). Force est par ailleurs de constater qu'entendue en ce sens, cette non-réciprocité fait clairement défaut s'agissant de nombreuses conventions dont les obligations semblent pourtant constituer des candidates sérieuses au statut d'obligations *erga omnes* (*partes*), voire ont été considérées comme telles dans la jurisprudence internationale (61). Il en va ainsi des traités de droit humanitaire, en particulier de leurs dispositions prévoyant les droits des personnes protégées (62). Il n'est pas douteux que les États parties tirent un avantage direct et particulièrement tangible du respect réciproque de ces droits puisque ceux-ci concernent la protection de leurs nationaux tombés entre les mains de la partie adverse. D'un autre côté, il est vrai que l'on ne peut exclure que cette notion de non-réciprocité ait un contenu proprement juridique, impliquant dès lors que la violation d'une obligation conventionnelle ne puisse être justifiée par un État au titre de réaction à une violation préalable de cette obligation dont il aurait été victime si celle-ci est de

(58) V. not. s'agissant de décisions régionales, Commission européenne des droits de l'homme, *Autriche c. Italie*, affaire 'Pfunders', n° 788/60, Ann. CEDH, 1961, § 116; Cour interaméricaine des droits de l'homme, *The effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention on Human Rights (Arts 74 and 75)*, avis consultatif, 24 septembre 1982, *Inter-American Court of Human Rights* (Series A), n° 2, 1982, § 29.

(59) C.I.J., *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *op. cit.*, p. 23 (it. aj.).

(60) B. SIMMA, « From Bilateralism to Community Interest », *R.C.A.D.I.*, 1994-VI, t. 250, p. 369.

(61) V. not. C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé*, avis du 9 juillet 2004, *Rec. p.* 199, § 157.

(62) V. en ce sens R. KOLB, *Ius in bello. Le droit international des conflits armés*, Bâle, Genève, Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2003, p. 72.

nature *erga omnes partes* (63). On doit néanmoins admettre qu'il ne s'agirait là, tout au plus, que d'une conséquence de l'intérêt commun des États parties à l'application de l'obligation en question, cet intérêt commun demeurant donc l'élément premier sur la base duquel la nature *erga omnes partes* d'une obligation est appréciée.

La « non-réciprocité » ne constituant donc pas un critère satisfaisant d'identification des obligations *erga omnes partes*, un autre critère ne pourrait-il être trouvé dans l'idée que de telles obligations revêtent nécessairement un caractère fondamental ? Certes, à en juger par la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, un tel caractère jouerait un rôle déterminant dans l'identification des obligations *erga omnes* en général. La Cour a en effet reconnu ce statut à des obligations essentielles telles que l'interdiction de l'agression et du génocide ainsi qu'à « des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale » (64). A deux reprises, elle a par ailleurs affirmé, en termes généraux, que la nature *erga omnes* des droits et obligations en cause — et les conséquences découlant d'une telle nature — étaient liées à « l'importance [de ces] droits et obligations » (65). Cette position est toutefois critiquée. Elle risque d'entraîner une confusion entre règles impératives et obligations *erga omnes*, l'ancien rapporteur de la Commission du droit international, Arangio-Ruiz, soutenant en ce sens que « la notion d'obligation *erga omnes* ne se caractéris[ait] pas par l'importance de l'intérêt protégé par la norme — trait qui est au contraire typique du *jus cogens* —, mais par 'l'indivisibilité juridique' du contenu de cette obligation, c'est-à-dire par le fait que la règle en question prévoit des obligations qui lient simultanément chacun des États destinataires vis-à-vis de tous les autres » (66). Cette critique est-elle valable en ce qui concerne les obligations *erga omnes partes* ? Il ne serait en tout état de cause pas fondé de faire dépendre une telle notion de l'importance que les obligations en cause revêtent pour la communauté internationale dans son ensemble. Tout d'abord, une telle solution ne se vérifierait pas en pratique : il est en ce sens fortement probable, comme d'aucuns le soutiennent (67), que les droits de l'homme prévus dans les différents traités régionaux revêtent une nature *erga omnes partes* alors que seuls certains de ces droits sont qualifiés de fondamentaux. Par ailleurs, une telle solution ne serait pas logique puisque la notion

(63) V. en ce sens O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 96.

(64) C.I.J., *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nouvelle requête : 1962), *op. cit.*, p. 32, § 34.

(65) *Ibid.*, § 33 et C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé*, *op. cit.*, p. 199, § 159.

(66) A/CN.4/444/Add.1, p. 36, § 92. V. également en ce sens les déclarations de M. Pellet (A/CN.4/SR.2621, 16 mai 2000, § 23) dans le cadre des travaux de la Commission du droit international sur la responsabilité des États.

(67) V. not. les déclarations de M. Simma (A/CN.4/SR.2621, 16 mai 2000, § 11) dans le cadre des travaux de la Commission du droit international sur la responsabilité des États.

d'obligations *erga omnes partes* s'inscrit principalement dans un contexte conventionnel et ne concerne donc que les États parties à un traité et non la communauté internationale dans son ensemble. Aussi serait-il au moins plus cohérent de se demander si la notion d'obligations *erga omnes partes* ne dépend pas de l'importance de l'obligation pour la communauté restreinte que constituent les États parties au traité. A cet égard, on ne voit pas pourquoi la critique formulée plus haut ne serait pas également applicable ici, sous la seule réserve qu'elle porte sur la nécessité de distinguer non pas entre règles impératives et obligations *erga omnes* mais entre règles conventionnelles d'importance fondamentale et obligations *erga omnes partes*.

Autrement dit, l'intérêt commun, c'est-à-dire absolu ou indivisible, que partagent les États parties à un traité à ce que les obligations de ce traité soient appliquées semble constituer un critère adéquat pour déterminer si ces obligations ont une nature *erga omnes partes*. Si la signification de cet intérêt demeure incertaine, ce qui laisse une grande marge de manœuvre au juge à cet égard, encore reviendra-t-il néanmoins à ce dernier d'en constater l'existence par un travail d'interprétation du traité. Il s'agit là de la seconde contrainte, certes également limitée, qui s'impose au juge dans l'identification des obligations *erga omnes partes*. On sait que le droit applicable en la matière est prévu par la convention de Vienne sur le droit des traités. On constate que, conformément à la règle générale d'interprétation figurant à l'article 31 de cette convention, la Cour s'est principalement appuyée, dans son arrêt du 20 juillet 2012, sur l'objet et le but de la convention contre la torture pour identifier l'existence d'un intérêt commun des États parties à ce que les obligations en cause, notamment celle d'extrader ou de poursuivre, soient respectées et pour qualifier ces obligations d'*erga omnes partes* (68). Elle s'est fondée à cet égard tant sur le préambule que sur le texte de la convention (69). Il n'y a là rien que de très orthodoxe. Ce qui l'est sans doute moins sont les deux arguments qui suivent cette interprétation. Le premier tient au rapprochement que la Cour opère entre les dispositions concernées de la convention contre la torture et celles de la convention pour la prévention et la répression du génocide (70). Ce rapprochement ne semble toutefois pas déraisonnable. Il ne porte pas sur le contenu des dispositions, lesquelles ne sont en effet pas identiques — la convention sur le génocide ne prévoyant par exemple pas d'obligation d'extrader ou de poursuivre —, mais sur leur nature et, plus généralement, l'intérêt commun des États parties à les voir respectées, ce qui est tout à fait défendable compte tenu de la nature comparable du crime sur lequel elles portent, à savoir un crime international. Un tel rapprochement est par ailleurs étayé par une référence à sa jurisprudence antérieure, en particulier son avis dans l'affaire des réserves à la convention

(68) Arrêt de la CIJ du 20 juillet 2012, § 68.

(69) *Ibidem*.

(70) *Ibidem*.

sur le génocide, référence que l'on peut estimer pertinente puisqu'illustrant avant l'heure, on le sait, la notion d'obligation *erga omnes partes*. Le second argument, qui apparaît en filigrane des considérations de la Cour relatives aux conséquences de la nature *erga omnes partes* des obligations en cause, est plus discutable. Il semble tenir au raisonnement *a contrario* en vertu duquel «[s]i un intérêt particulier [dans le chef des États parties à la convention contre la torture] était requis [pour demander que l'État ayant violé les obligations pertinentes de la convention mette fin à ce manquement,] aucun État ne serait, dans bien des cas, en mesure de présenter une telle demande» (71). L'argument n'est pas décisif. Tout dépend en effet de la définition de l'«intérêt particulier [...] requis [...] pour] présenter une telle demande» (72), ce sur quoi elle ne s'est pas en l'espèce prononcée. En effet, ayant établi l'existence d'un intérêt juridique sur la base du caractère *erga omnes partes* des obligations en cause, elle n'a pas vérifié si un tel intérêt était par ailleurs établi, comme le soutenait la Belgique (73), en sa qualité d'État lésé, «spécialement atteint» par le fait illicite du Sénégal. Quoiqu'il en soit, tant cet argument que celui qui le précède visent, semble-t-il, à corroborer plutôt qu'à établir la nature *erga omnes partes* des obligations en cause ainsi que les conséquences juridiques que la Cour y a en l'espèce attachées.

Plusieurs reproches ont été formulés à la Cour au sujet de ce travail d'interprétation. D'aucuns critiquent tout d'abord la Cour pour n'avoir pas tenu compte de la pratique des États. Cette critique est double. D'une part, il n'existerait pas de pratique allant dans le sens des conclusions de la Cour (74). Cette objection n'est pas fondée : l'inexistence d'une pratique ne permet nullement de remettre en question une interprétation établie sur d'autres bases, encore moins lorsque cette interprétation est fondée sur l'objet et le but du traité. D'autre part, il existerait une pratique en sens contraire dans la mesure où, comme ce fut le cas dans la présente affaire, c'est généralement à la suite d'une plainte déposée devant leurs autorités compétentes que les États parties à la convention contre la torture entreprennent une action contre l'État partie défaillant (75). Ils agiraient en ce sens sur la base d'un intérêt propre. À nouveau, l'objection ne tient pas. En réalité, il ne s'agit pas d'une pratique contraire. Cette pratique n'exclut pas l'existence — en l'occurrence la survenance — d'une pratique différente parallèle et n'implique par ailleurs pas, comme la présente affaire en témoigne également, que l'État agissant contre l'État défaillant le fasse uniquement parce qu'il s'estime «spécialement atteint» par la violation.

(71) *Ibid.*, § 69.

(72) *Ibidem.*

(73) V. not. mémoire, p. 118, § 5.17.

(74) V. not., pour un telle critique, l'opinion dissidente du juge *ad hoc* Sur, p. 11, § 42 ; l'opinion individuelle du juge Skotnikov, p. 3, § 20.

(75) V. not., pour un telle critique, l'opinion dissidente du juge *ad hoc* Sur, p. 10, § 40.

On reproche par ailleurs à la Cour de ne pas avoir tenu compte de la faculté offerte aux États parties à la convention contre la torture de se soustraire à l'application de certaines de ses dispositions, notamment en formulant des réserves (76). Il va de soi que l'on pourrait difficilement qualifier une obligation d'*erga omnes partes* si cette obligation peut faire l'objet de réserves. Le raisonnement de la Cour ne peut toutefois être critiqué sur ce point puisque celle-ci s'est bien gardée de reconnaître une nature *erga omnes partes* à l'ensemble des dispositions de la convention. Elle a limité cette qualification aux seules obligations à l'égard desquelles il existait, selon elle, un différend entre les parties. Or, ces obligations ne sont pas prévues par des dispositions à l'application desquelles les États parties peuvent se soustraire. La critique paraît toutefois plus pertinente lorsque l'on analyse le contenu de certaines de ces dispositions. Parmi celles-ci, figure l'article 21 qui prévoit la faculté pour les États parties de saisir le comité contre la torture — comité que la convention institue — des manquements à l'application des dispositions de la convention et cela, sans que l'État agissant ne doive apporter la preuve d'un intérêt propre. Ce système semble bien traduire l'idée d'un « intérêt commun » des États parties à ce que les dispositions de la convention contre la torture soient respectées mais il est doublement limité : il n'a été conçu qu'en ce qui concerne une action portée devant le comité contre la torture et est facultatif puisque son application à un État partie dépend d'une déclaration faite en ce sens par cet État. De telles limites signifieraient *a contrario* que les États parties n'envisag(eai)ent pas l'application d'un tel système en dehors du cas de la saisine du comité contre la torture (77). L'argument est trompeur. Il formule des conclusions relatives à l'opposabilité *erga omnes (partes)* d'une norme à partir de considérations concernant la compétence d'un comité de surveillance, alors que ces questions d'opposabilité et de compétence sont, comme la Cour internationale de Justice l'a rappelé à plusieurs reprises, « deux choses différentes » (78). L'article 21 de la convention traite en effet de la compétence du comité contre la torture et des conditions de recevabilité des demandes portées devant lui. L'absence de déclaration faite par certains États en vue de l'application de cet article à leur égard signifie simplement que ces États n'ont pas souhaité reconnaître la compétence du comité. Les raisons de ces réserves peuvent être multiples et découler d'autres préoccupations que celles tenant aux spécificités de la procédure applicable devant lui, en particulier celle tenant à la faculté de le saisir sans justifier d'un intérêt propre.

(76) V. not. l'opinion individuelle du juge Skotnikov, p. 3, § 14.

(77) V. not. l'opinion dissidente du juge *ad hoc* Sur, pp. 9-10, § § 37-38.

(78) C.I.J., *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt du 30 juin 1995, *Rec. p.* 102, § 29 ; C.I.J., *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, ordonnance du 10 juillet 2002, *Rec. p.* 245, § 71.

Aussi, la position adoptée par la Cour au sujet de la nature *erga omnes partes* des obligations en cause semble-t-elle convaincante. Il est vrai qu'elle pêche peut-être par trop d'idéalisme. On peut douter que, dans la pratique, des États parties à la convention contre la torture décident de jouer le rôle de gardien de ses dispositions et d'agir contre tout État défaillant sans qu'aucun intérêt propre ne les y conduise. Cela dit, elle demeure juridiquement défendable et s'inscrit par ailleurs dans la lignée de la jurisprudence de la Cour, notamment de celle — que cette dernière n'a curieusement pas citée alors qu'il semblait pertinent de s'y référer, surtout dans le cadre du rapprochement opéré entre les conventions contre la torture et le génocide — dans laquelle elle suggère que toutes les dispositions de la convention sur le génocide, y compris celles relatives à la répression de ce crime, sont de nature *erga omnes* (79). D'autre part et surtout, la position de la Cour a le mérite de renforcer la lutte contre l'impunité en multipliant les possibilités de recours contre les États qui ne veilleraient pas à ce que les tortionnaires soient poursuivis conformément aux dispositions de la convention contre la torture.

Est-elle également valable en ce qui concerne les nombreuses autres conventions multilatérales qui contiennent une obligation d'extrader ou de poursuivre formulée en des termes similaires (80) ? Rien n'est moins sûr. Il est vrai que le raisonnement de la Cour pourrait en grande partie être appliqué à ces conventions. Le préambule, qui indique le plus souvent que le crime visé « préoccupe la communauté internationale toute entière » et souligne la « nécessité urgente de développer une coopération internationale entre les États en ce qui concerne l'élaboration et l'adoption de mesures efficaces destinées [à en poursuivre les auteurs] » (81), de même que l'obligation imposée aux États parties de conférer une « compétence universelle » à leurs juridictions suggèrent fortement que ces États ont également un intérêt commun à la répression du crime en question. Cela dit, il existe une différence significative entre la plupart de ces conventions et celles comparables à la convention contre la torture. Elle porte sur la nature des crimes dont elles entendent assurer une large répression. La convention contre la torture, à l'instar non seulement de celle pour la prévention et la répression du génocide mais également des quatre conventions de Genève de 1949 et du protocole additionnel I à ces conventions, visent la répression de crimes portant directement atteinte à la dignité humaine en tant que telle. Il s'agit là d'une valeur dont la protection transcende par hypothèse l'intérêt individuel des États (parties)

(79) C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires, arrêt du 11 juillet 1996, *Rec.* p. 616, § 31.

(80) Cf. not. *supra* note 19.

(81) V. not., à cet égard, le préambule de la convention internationale contre la prise d'otages (1979); celui de la convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime (1988) et celui de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (1999).



et au respect de laquelle ceux-ci ont un intérêt commun et par ailleurs égal. Aucun d'eux ne peut logiquement être considéré, en théorie du moins (82), comme plus intéressé qu'un autre à poursuivre les auteurs présumés de ces crimes, tous ayant en principe un même intérêt, ce que confirment, comme on le verra plus loin, l'obligation inconditionnelle qui leur est faite de rechercher les personnes suspectées d'avoir commis de tels crimes sur leur territoire et de les poursuivre indépendamment d'une demande d'extradition. En ce sens, lorsqu'un État partie exerce une « compétence universelle » pour juger de tels suspects, il agit dans l'intérêt de la communauté des États (parties) plutôt qu'en représentation de l'un d'entre eux — qui serait plus intéressé (83).

Il n'est pas certain qu'une telle logique préside aux autres types de conventions multilatérales. La plupart d'entre elles ont en effet pour objectif la répression de crimes que l'on peut qualifier de « transnationaux » plutôt que de véritablement « internationaux » dans la mesure où ils affectent, avant tout, les relations entre États, en portant atteinte à « la sécurité des communications maritimes ou aériennes » (84). Ils « compromettent [ainsi] un intérêt interétatique immédiatement perceptible » (85). Il est donc plus difficile d'identifier, dans ce cas, un véritable intérêt commun plutôt qu'une juxtaposition d'intérêts individuels à la répression de ces crimes et encore plus un intérêt égal entre cocontractants. Cette conclusion peut s'appuyer, comme on le verra également plus loin, sur l'absence d'obligation inconditionnelle imposée aux États parties de rechercher sur leur territoire les personnes suspectées d'avoir commis de tels crimes et la possibilité laissée par les rédacteurs de ces conventions d'interpréter celles-ci comme subordonnant le déclenchement de l'obligation de poursuite à une demande d'extradition. Il n'est donc pas exclu que l'on puisse envisager la « compétence universelle » prévue par ces conventions comme permettant à un État, qui n'aurait pas extradé le suspect, de le juger en représentation d'un — ou de plusieurs — État(s), plus intéressé(s). Aussi est-il plus délicat, si l'on partage une telle conception, de reconnaître une nature *erga omnes partes* aux dispositions desdites conventions. En toute hypothèse, l'argument utilisé par la Cour dans la présente affaire, tenant à un certain rapprochement avec la convention pour la prévention et la répression du génocide, devient inapplicable.

(82) Il n'est toutefois pas exclu que des raisons pratiques, liées par exemple à la preuve, puissent justifier que l'un d'entre eux soit préféré pour exercer des poursuites dans un cas déterminé.

(83) V. not., pour des expressions similaires, C. KRESS, « Universal Jurisdiction over International Crimes and the *Institut de Droit International* », *J.I.C.J.*, 2006, p. 567.

(84) J. VERHOEVEN, « Vers un ordre juridique répressif universel ? Quelques observations », *A.F.D.I.*, 1995, p. 59.

(85) *Ibidem*.



## II. — CONTENU

L'enseignement le plus significatif qu'il convient sans doute de tirer de l'arrêt au sujet de l'obligation d'extrader ou de poursuivre concerne le contenu de cette obligation, la Cour ayant conclu, s'agissant de l'obligation prévue dans la convention contre la torture, que celle-ci consistait en une obligation de poursuivre et non d'extrader (A), entendue au sens d'une obligation de soumettre l'affaire aux autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale à défaut d'extradition de l'intéressé (B) et cela, sans retard (C) et indépendamment d'une demande d'extradition (D).

### A. — *Une obligation de poursuivre*

La notion d'« obligation d'extrader ou de poursuivre », communément utilisée en doctrine et choisie par la Commission du droit international comme intitulé du sujet récemment inclus dans son programme de travail (86), suggère l'existence d'une obligation générale composée de deux sous-obligations, celles d'extrader et de poursuivre, entre lesquelles il convient de faire choix. Cette interprétation a été écartée par la Cour s'agissant de l'obligation d'extrader ou de poursuivre contenue à l'article 7, § 1, de la convention contre la torture. La Cour a en effet déclaré que « les deux éléments de l'alternative [n'étaient pas] sur le même plan [au sens où] l'extradition est une option offerte par la convention à l'État, alors que la poursuite est une obligation internationale, prévue par la convention, dont la violation engage la responsabilité de l'État pour fait illicite » (87). Autrement dit, l'article 7, § 1, n'emporte aucune obligation d'extrader à défaut de poursuivre, l'obligation étant uniquement celle de poursuivre à défaut d'extrader. Est-ce à dire que l'on doit envisager l'option de l'extradition comme un moyen pour l'État qui décide de ne pas poursuivre le suspect trouvé sur son territoire d'échapper au manquement découlant de cette absence de poursuite ? L'obligation consisterait uniquement en une obligation de poursuivre et l'option de l'extradition s'assimilerait à une circonstance permettant d'exclure l'illicéité résultant du non-respect de cette obligation. La Cour ne le dit pas explicitement même si elle utilise des termes qui le suggèrent, en déclarant que « si l'État sur le territoire duquel se trouve le suspect est saisi d'une demande d'extradition dans l'un des cas prévus par les dispositions de la convention, *il peut se libérer de son obligation de poursuivre* en faisant droit à la demande d'extradition » (88). Cela dit, il ne semble pas que l'option de l'extradition soit à ce point « détachable » de l'obligation de poursuivre pour constituer une institution juridique autonome, pouvant être hissée au rang des règles

(86) Cf. *supra* note 4.

(87) Arrêt de la CIJ du 20 juillet 2012, § 95.

(88) *Ibidem* (it. aj.).

secondaires du droit international. Soutenir le contraire reviendrait, en outre, à reconnaître, de manière quelque peu artificielle, l'existence d'une nouvelle circonstance excluant l'illicéité applicable uniquement à certaines obligations de poursuite, celles de poursuivre à défaut d'extrader. Aussi semble-t-il plus indiqué d'envisager l'option de l'extradition comme faisant partie de la règle primaire et, plus précisément, du champ d'application *rationae materiae* de l'obligation en question, en tant qu'élément spécifiant le contenu de cette obligation. Autrement dit, l'État qui ne poursuit pas le suspect trouvé sur son territoire ne viole pas son obligation s'il extrade celui-ci dans la mesure où l'obligation consiste non pas en une obligation seulement de poursuivre mais en une obligation, plus précisément et conformément aux textes qui la prévoient, de poursuivre le suspect si celui-ci n'est pas extradé.

Quoiqu'il en soit, il est vrai que, si la Cour avait suivi une autre interprétation et conclu qu'en vertu de l'article 7, § 1, le Sénégal avait l'obligation d'extrader Hissène Habré à défaut de le poursuivre, elle aurait dû se prononcer sur la question, délicate et complexe, de la validité de la demande d'extradition des autorités belges, question qui, par ailleurs, était directement liée à celle, qu'elle n'avait pas abordée, de la qualité d'État lésé de la Belgique (89). La difficulté aurait principalement porté sur l'examen de la validité du titre de compétence fondant les poursuites en Belgique et, en particulier, le mandat d'arrêt international belge à l'origine de la demande d'extradition, éléments que la Belgique invoquait précisément pour soutenir qu'elle avait été « spécialement atteinte », en tant qu'État lésé, par le fait illicite du Sénégal (90). Plusieurs problèmes se posaient en effet à cet égard. Tout d'abord, on constate une certaine confusion de la Belgique quant à la nature de ce titre de compétence. Si la requête introductive d'instance mentionne le principe de la compétence personnelle passive (91), dans le cadre de la procédure orale, l'un des conseils de la Belgique a démontré que les juridictions belges étaient compétentes pour connaître de l'affaire Hissène Habré sur la base de la loi belge de compétence universelle (92). En réalité, contrairement à la requête introductive d'instance et à ce que certains juges affirment dans leur opinion (93), les poursuites n'ont pas été menées en Belgique — et ne pourraient d'ailleurs l'être — sur la base du principe de la compétence personnelle passive. Conformément aux deux dispositions de droit belge régissant la matière, les conditions d'exercice de la compétence personnelle passive n'étaient — et ne sont toujours — pas remplies. Selon la première disposition (94), l'un des plaignants doit présenter un lien de ratta-

(89) V. en ce sens l'opinion individuelle du juge Skotnikov, p. 1, §§ 3-4.

(90) V. not. mémoire, p. 118, § 5.17.

(91) Requête introductive d'instance, 19 février 2009, p. 4, § 3.

(92) Séance du 12 mars 2012, CR 2012/2, pp. 22-23, § 18, *per* M. Dive.

(93) V. not. l'opinion dissidente du juge *ad hoc* Sur, p. 5, § 21.

(94) V. l'article 10, 1<sup>o</sup>*bis*, de la loi contenant le Titre préliminaire du Code de procédure pénale belge.

chement avec la Belgique — avoir la nationalité belge ou résider en Belgique depuis au moins trois ans — au moment des faits, ce qui n'était pas le cas puisque les citoyens belges ayant déposé plainte contre Hissène Habré étaient d'origine tchadienne et n'avaient acquis la nationalité belge que longtemps après les faits. Par ailleurs, les poursuites ne peuvent être mises en œuvre que par une décision du procureur fédéral, ce qui n'a pas non plus été le cas en l'espèce, l'action publique ayant été déclenchée par les plaignants qui se sont constitués partie civile. Selon la seconde disposition pertinente (95), l'exercice de la compétence personnelle passive implique nécessairement la présence de l'auteur présumé sur le territoire belge. Or, on le sait, Hissène Habré se trouvait et se trouve toujours au Sénégal. Il ne reste donc, comme base de compétence des poursuites en Belgique, que le principe de la compétence universelle. C'est sur cette base que les plaintes ont été déposées en Belgique en 2000 et le mandat d'arrêt international délivré en 2005. Il n'y a là aucun problème au regard du droit belge. Certes, la loi de compétence universelle belge a subi des modifications substantielles en 2003 et ne permet désormais les poursuites en l'absence de tout lien de rattachement avec la Belgique que moyennant une décision du procureur fédéral (96). La loi du 5 août 2003 prévoit néanmoins le maintien du régime préexistant pour les affaires dans lesquelles des actes d'instruction ont été posés avant son entrée en vigueur (97). Or, des actes d'instruction avaient été en l'espèce requis dès le dépôt des plaintes contre Hissène Habré en 2000. Cela dit, la loi de compétence universelle est particulièrement problématique au regard du droit international, notamment parce qu'elle autorise les poursuites en l'absence de la présence de l'auteur présumé sur le territoire belge (98), y compris sous le régime établi en 2003. Or, on sait que cette compétence, qualifiée par certains de « compétence universelle par défaut » (99), a fait couler beaucoup d'encre et continue de diviser les internationalistes.

Si l'interprétation que la Cour a en l'espèce donnée à l'obligation d'extrader ou de poursuivre lui a donc permis de s'épargner l'analyse d'une telle question, il n'en demeure pas moins que cette interprétation était, en tout état de cause, la seule fondée. Elle est par ailleurs valable pour tous les traités contenant une obligation d'extrader ou de poursuivre. Il est en effet incontestable qu'aucun de ces traités, y compris la convention contre la torture, ne rend l'extradition obligatoire à défaut de poursuites. Tout au plus tentent-ils,

(95) V. l'article 10, 5°, de la loi contenant le Titre préliminaire du Code de procédure pénale belge.

(96) V. l'article 12bis de la loi contenant le Titre préliminaire du Code de procédure pénale belge.

(97) Article 29, § 3, disponible à l'adresse <http://competenceuniverselle.files.wordpress.com/2011/07/loi-du-5-aout-2003-texte-de-loi.pdf> (consulté le 10 septembre 2012).

(98) V. principalement, à cet égard, les positions divergentes défendues par les juges au sujet de cette question dans l'affaire du *mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, *op. cit.* V. en particulier l'opinion individuelle commune de Mme. Higgins, MM. Kooijmans et Buergenthal, juges, *Rec.* p. 79, 53.

(99) V. not. l'opinion individuelle du juge Guillaume, jointe à l'arrêt rendu le 14 février 2002 par la Cour internationale de Justice dans l'*Affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, *op. cit.*, p. 44, § 16.

comme déjà évoqué au sujet des traités multilatéraux, de réduire les obstacles à l'extradition et d'en faciliter ainsi l'octroi. L'obligation d'extrader ou de poursuivre est précisément née de la liberté absolue reconnue aux États de ne pas extrader leurs nationaux. Cette discrétion n'a jamais été contestée. Les États ont toutefois souhaité remédier au risque d'impunité en prévoyant une obligation à charge de l'État du national de poursuivre celui-ci à défaut de l'extrader. Le caractère discrétionnaire de l'extradition est donc clairement reconnu et maintenu dans tous les textes conventionnels contenant une obligation d'extrader ou de poursuivre. Il serait contraire à ces textes de considérer que celle-ci emporte une obligation d'extrader à défaut de poursuivre.

Plus généralement, les conclusions de la Cour apparaissent d'autant plus remarquables qu'elles procèdent d'une analyse à la fois brève, simple et incontestable d'une question qui, bien que fondamentale, a généralement échappé aux auteurs. Il n'est pas douteux qu'elle sera d'un apport précieux pour la Commission du droit international, laquelle, comme la plupart de la doctrine, n'a examiné le rapport entre les deux options de l'alternative que sous l'angle de la priorité devant être accordée à l'une ou à l'autre option — question qui sera analysée plus loin — plutôt que sous l'angle de leur nature juridique. Demeurant sans doute trop attentives aux termes de la notion d'« obligation d'extrader ou de poursuivre » plutôt qu'à ceux des textes conventionnels prévoyant une telle obligation, tant la Commission que la majorité de la doctrine abordent le sujet sans faire de distinction au niveau de la nature des deux options de l'alternative, lesquelles sont ainsi (souvent implicitement) envisagées comme constituant chacune une obligation juridique.

Il est vrai qu'une telle position, contredisant ainsi l'interprétation de la Cour, pourrait le cas échéant être soutenue en concevant l'option de l'extradition comme une obligation dont le contenu n'affecterait toutefois pas le pouvoir discrétionnaire inhérent au processus d'extradition. C'est la solution que d'aucuns défendent en définissant cette option non pas comme une obligation d'extrader (à défaut de poursuivre) mais tout au plus comme une obligation de soumettre l'affaire aux autorités compétentes chargées de se prononcer sur l'extradition (100). Le contenu serait ainsi formulé de manière similaire à celui de l'obligation de poursuivre, laquelle, on le verra, impose uniquement de saisir les autorités nationales chargées de l'exercice de l'action pénale. La symétrie entre les deux options de l'alternative serait ainsi maintenue. Deux obstacles s'opposent toutefois à une telle solution. Celle-ci, tout d'abord, n'est pas conforme aux textes. L'obligation d'extrader ou de poursuivre y est en effet généralement prévue dans une disposition dont les termes stipulent clairement que « [l']État partie sur le territoire [...] duquel l'auteur présumé [de l'] infraction [visée par le traité] est découvert, *s'il n'extrade pas*

(100) V. not. en ce sens l'opinion du juge Xue, p. 8, § § 37 et 39. V. également les déclarations de M. McCaffrey (A/CN.4/SER.A/1988, 1988, p. 286, § 21) dans le cadre des travaux de la Commission du droit international relatifs au projet de code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

*ce dernier*, soumet l'affaire [...] à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale» (101). Sauf à en déformer complètement le sens, la clause «s'il n'extrade pas ce dernier» vise bien l'absence d'extradition et non pas seulement l'absence de saisine des autorités chargées de statuer sur l'extradition. Autrement dit, l'option de l'extradition, contrairement à celle des poursuites, ne se réduit pas à la saisine des autorités nationales compétentes en la matière. Soutenir le contraire affaiblirait par ailleurs considérablement la portée de l'obligation d'extrader ou de poursuivre. Il suffirait à l'État de soumettre le suspect trouvé sur son territoire à ses autorités chargées de statuer sur son extradition pour se libérer de son obligation de poursuivre à défaut d'extrader et ce, même si les autorités en question s'opposent à l'extradition. Cet État ne serait dès lors plus tenu de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale. L'obligation d'extrader ou de poursuivre se réduirait à une peau de chagrin, d'autant plus petite que l'on sait que l'extradition est largement discrétionnaire. Les conclusions de la Cour paraissent ainsi particulièrement convaincantes, non seulement parce qu'elles sont conformes aux textes, en l'occurrence à l'article 7, § 1, de la convention contre la torture, mais également parce qu'elles écartent une interprétation qui affecterait substantiellement la lutte contre l'impunité en matière de torture.

D'aucuns reprochent néanmoins à la Cour de ne pas avoir répondu de manière expresse à la demande de la Belgique dans laquelle celle-ci priait la Cour de dire et juger que le Sénégal était tenu d'extrader Hissène Habré à défaut de le poursuivre (102). Il est vrai qu'aucun point du dispositif n'indique explicitement que cette demande est rejetée. Les conclusions exposées par la Cour dans les motifs de l'arrêt apparaissent toutefois comme une réponse claire à la demande de la Belgique. La Cour a en effet conclu que l'obligation contenue à l'article 7, § 1, de la convention contre la torture n'emportait aucune obligation d'extrader à défaut de poursuivre après avoir indiqué la position de chacune des parties sur le sujet et précisé, en ce sens, que la Belgique considérait que «si, pour une raison ou une autre, l'État concerné n'engage[ait] pas de poursuites, et qu'une demande d'extradition lui a[va]it été adressée, [...] il [devait] procéder à l'extradition pour ne pas manquer à l'obligation centrale dictée par la convention» (103). Par ailleurs, en indiquant que le Sénégal «doit, sans autre délai, soumettre le cas de M. Habré à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, [s'il] ne l'extrade pas», sans ajouter que l'État sénégalais est également tenu d'extrader Hissène Habré s'il décide de ne pas le poursuivre, le point 6 du dispositif de l'arrêt rejette implicitement la demande de la Belgique. Certes, on pourrait

(101) Cf. *supra* note 19 (it. aj.).

(102) V. not. l'opinion dissidente du juge *ad hoc* Sur, pp. 14-15, § § 59-6 et l'opinion individuelle du juge Skotnikov, p. 2, § 8.

(103) Arrêt de la CIJ du 20 juillet 2012, § 92.

l'envisager comme visant seulement l'obligation (secondaire) du Sénégal de cesser le fait illicite plutôt que le contenu de son obligation (primaire) de poursuivre à défaut d'extrader. Quand bien même l'on partagerait une telle interprétation, il ne semble pas que l'on doive distinguer entre ces deux questions, la cessation du fait illicite impliquant par hypothèse l'application de l'obligation violée. La demande de la Belgique semblait d'ailleurs formulée aux titres tant de la cessation du fait illicite que de l'application de l'obligation primaire d'extrader ou de poursuivre prévue par la convention. En effet, si, lors des plaidoiries, elle a indiqué que le Sénégal était tenu, en vertu de l'article 7, § 1, de la convention contre la torture, d'extrader Hissène Habré à défaut de le poursuivre<sup>(104)</sup>, donnant ainsi sa position sur le contenu de l'obligation d'extrader ou de poursuivre prévue par la convention, dans son mémoire et au terme de la procédure orale, elle priait la Cour de dire et juger que le Sénégal «[était] tenu de *mettre fin [aux] faits internationalement illicites* [dont il était responsable] a) en soumettant sans délai l'affaire *Hissène Habré* à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale ; ou b) à défaut, en extradant M. Habré vers la Belgique»<sup>(105)</sup>.

B. — *Une obligation de saisir les autorités compétentes  
pour l'exercice de l'action pénale*

S'il est donc plus juste de parler d'« obligation de poursuivre à défaut d'extrader » que d'« obligation d'extrader ou de poursuivre » s'agissant de l'obligation contenue à l'article 7, § 1, de la convention contre la torture ainsi que, d'ailleurs, des obligations formulées en des termes similaires prévues dans de nombreuses autres conventions, cette expression à première vue plus adéquate demeure trompeuse. Aucune poursuite, au sens d'une obligation pour les autorités nationales chargées de l'exercice de l'action pénale d'engager les poursuites, ni encore moins un jugement (de culpabilité), comme l'expression latine *aut dedere aut judicare* (*punire* <sup>(106)</sup>) pourrait le suggérer, ne sont en l'occurrence requis. La seule obligation consiste, pour les États, à soumettre le suspect aux autorités nationales compétentes pour l'exercice de l'action pénale et, pour ces autorités, à se prononcer sur l'affaire de la même manière qu'elles le feraient au sujet d'affaires similaires en vertu du droit national. Ces dernières conservent donc leur pouvoir d'évaluer l'opportunité des poursuites et sont ainsi libres de classer l'affaire sans suite sans que cette décision contrevienne à l'obligation imposée à l'État dont elles relèvent de poursuivre

(104) V. not. la séance du 19 mars 2012, CR 2012/6, pp. 38-39, § 32, *per* M. Wood. V. également mémoire, p. 47, § 4.45.

(105) Arrêt de la CIJ du 20 juillet 2012, § 13-14.

(106) L'obligation d'extrader ou de poursuivre a été pour la première fois désignée par la formule latine *aut dedere aut punire*, utilisée par Grotius ; v. à ce sujet R. VAN STEENBERGHE, *op. cit.*, p. 1108.

le suspect à défaut de l'extrader. Cette solution est entièrement conforme aux textes, lesquels, on le sait, ne parlent pas d'obligation de poursuivre mais imposent plus précisément à chaque État partie, s'il n'extrade pas le suspect, de « soumet[tre] l'affaire [...] à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale [, ces autorités devant] prendre leur décision dans les mêmes conditions que pour toute infraction de droit commun de caractère grave en vertu du droit de cet État » (107). Elle est également clairement conforme à la volonté des États parties, la formule prévue dans les textes ayant en effet été choisie pour accommoder les nombreux États dans lesquels la décision de poursuivre relève du pouvoir discrétionnaire des autorités compétentes en la matière (108). Il n'est donc pas étonnant que la Cour se soit ralliée à cette interprétation dans son arrêt de juillet 2012. Elle a en effet déclaré à ce sujet : « L'obligation de soumettre l'affaire aux autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale (ci-après l' 'obligation de poursuivre' ) a été conçue de manière à laisser celles-ci le soin de décider s'il y a lieu ou non d'engager des poursuites, dans le respect de l'indépendance du système judiciaire respectif des États parties. [...]. Il en découle que les autorités compétentes saisies gardent la maîtrise du déclenchement des poursuites, en fonction des preuves à leur disposition et des règles pertinentes de la procédure pénale » (109).

Cela dit, on peut s'interroger sur le bien-fondé d'une telle solution en ce qui concerne non seulement la torture mais également tout crime comparable, c'est-à-dire portant atteinte à la dignité humaine en tant que telle et à la répression duquel tous les États (parties) ont donc en principe un intérêt commun et égal, transcendant leurs intérêts particuliers. Dans ce cas, on l'a vu, on peut estimer que l'État amené à poursuivre l'auteur présumé de tels crimes est censé agir dans l'intérêt de la communauté des États (parties), indépendamment de ses intérêts propres. Aussi serait-il difficile d'admettre que, dans une telle situation, les autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale soient autorisées à exercer un pouvoir discrétionnaire absolu dans leur décision d'engager les poursuites et qu'elles puissent, en particulier, invoquer des motifs de refus liés aux intérêts propres de l'État dont elles relèvent, tels que l'absence d'intérêt public pour cet État. Il est vrai qu'aucun élément susceptible d'infirmier ou de confirmer cette idée ne peut être trouvé dans la convention pour la prévention et la répression du génocide ni dans les quatre conventions de Genève de 1949 ou leur protocole additionnel I de 1977. Aucune de ces conventions, contrairement à celle contre la torture, ne précise si l'obligation de poursuivre qu'elles contiennent exclut ou non le pouvoir discrétionnaire des autorités nationales compétentes en la matière.

(107) Cf. *supra* note 19.

(108) V. à cet égard, s'agissant des travaux préparatoires de la convention contre la capture illicite d'aéronefs (1970), G.M.E. WHITE, « The Hague Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft », *The Review of the International Commission of Jurists*, 1971, p. 42.

(109) Arrêt de la CIJ du 20 juillet 2012, § 90.



La question a par contre été longuement discutée dans le cadre des travaux de la Commission du droit international relatifs au projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Plusieurs membres avaient suggéré que le projet d'article relatif à l'obligation d'extrader ou de poursuivre, actuel article 9, reprenne la longue formule utilisée dans les traités multilatéraux prévoyant une telle obligation afin d'éviter que ledit article soit interprété comme « a[yant] pour effet d'imposer automatiquement une obligation de poursuivre s'agissant de toute allégation de crime » (110) en l'absence d'extradition du suspect. Cette proposition s'expliquait, en l'occurrence, par le souci de permettre aux autorités chargées des poursuites de décider de ne pas engager les poursuites dans l'hypothèse où les preuves ne seraient pas suffisantes. La proposition a été rejetée mais le commentaire de l'article prend soin de préciser que « [l'] État de détention [est] dans l'obligation de poursuivre l'auteur présumé d'un crime sur son territoire lorsqu'il y [a] suffisamment de preuves pour ce faire au regard de son droit interne, à moins qu'il ne décide de faire droit à une demande d'extradition [...] » (111). Il est intéressant de constater que, dans son arrêt du 20 juillet 2012, la Cour mentionne expressément les preuves comme élément par rapport auquel les autorités nationales chargées de l'exercice de l'action pénale sont susceptibles d'apprécier l'opportunité d'engager les poursuites. Les débats au sein de la Commission du droit international ont également porté sur la question plus générale du maintien en toutes circonstances du pouvoir discrétionnaire des autorités chargées de poursuivre les auteurs présumés des crimes visés par le code. Les membres de la Commission s'opposaient à ce sujet. Aucun consensus n'a été trouvé. Le commentaire ne fournit pas d'éléments de réponse clairs à cet égard. Après avoir admis que les poursuites pouvaient ne pas être déclenchées par les autorités nationales compétentes en raison d'un manque de preuves, le commentaire exclut par contre « la liberté d'appréciation reconnue dans certains systèmes juridiques quant à l'opportunité des poursuites, grâce à laquelle l'auteur présumé d'un crime peut se voir accorder l'immunité en échange d'un témoignage ou d'un concours prêté aux poursuites exercées contre un autre individu dont le comportement criminel est considéré comme plus grave » (112). Cette solution se justifie, selon le commentaire, par le fait que « les crimes internationaux constituent les crimes les plus graves qui intéressent la communauté internationale dans son ensemble [ , ce qui ] est tout particulièrement le cas des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité visés par le code » (113). Si le commentaire ne prévoit nulle part une interdiction générale pour les autorités chargées des poursuites d'exercer leur pouvoir discrétionnaire à l'égard des crimes visés par le code, les considérations

(110) V. not. les déclarations de M. Crawford, A/CN.4/SER.A/1996, 1996, p. 53, § 37.

(111) A/51/10, 1996, p. 32, § 4.

(112) *Ibidem*.

(113) *Ibidem*.

précitées étayent néanmoins l'idée, évoquée plus haut, que certaines limites demeurent envisageables. Celles-ci découleraient précisément du fait que la répression de ces crimes vise la protection d'intérêts propres à la communauté internationale dans son ensemble, transcendant donc ceux des États. Dans ce cas, il serait illogique, comme on l'a déjà souligné, d'admettre certains motifs de refus de poursuivre, tels que celui découlant de l'absence d'intérêt public.

Quoiqu'il en soit, une telle solution ne peut être défendue s'agissant de l'obligation de poursuivre à défaut d'extrader prévue par la convention contre la torture, laquelle, on l'a vu, ne recèle aucune ambiguïté à cet égard. Elle pourrait l'être sur la base d'une interprétation du droit conventionnel s'agissant des crimes de droit international autres que celui de torture, tels que les infractions graves aux quatre conventions de Genève de 1949 et à leur protocole additionnel I (114). Elle pourrait également l'être au titre du droit coutumier s'agissant de tous les crimes de droit international, y compris celui de torture, pour lesquels une obligation coutumière de poursuivre à défaut d'extrader pourrait être établie. En tout état de cause, la Cour ne pouvait en l'espèce se prononcer sur cette seconde hypothèse puisque, comme on le sait, elle a exclu le droit coutumier du droit applicable à l'affaire.

### C. — *Une obligation de poursuivre sans retard*

L'article 7, § 1, de la convention contre la torture ne précise pas le délai endéans lequel l'obligation qui y est contenue doit être exécutée. La Cour internationale de Justice a conclu à ce sujet que « l'obligation de l'État de poursuivre, prévue [audit article 7, § 1], est destiné à permettre la réalisation de l'objet et du but de celle-ci, qui est 'd'accroître l'efficacité de la lutte contre la torture' (préambule de la convention) [et que c'est] pour cela que les poursuites doivent être engagées *sans retard* » (115). Elle a en l'espèce jugé que le Sénégal aurait dû exécuter son obligation de poursuivre (à défaut d'extrader) au moins « dès que la première plainte avait été déposée contre M. Habré en 2000 » (116). Cette date est identique à celle à laquelle aurait dû être exécutée, selon la Cour, l'autre obligation sur la violation de laquelle elle s'est prononcée, à savoir celle prévue à l'article 6, § 2, de la convention qui impose de procéder immédiatement à une enquête préliminaire en vue d'établir les faits (117). La Cour a retenu cette date en considérant, de manière générale, que l'enquête visée à l'article 6, § 2, devait être menée « aussitôt que le suspect

(114) V., not. en ce qui concerne les auteurs soutenant que tout pouvoir discrétionnaire dans la poursuite des infractions graves aux conventions de Genève et à leur protocole additionnel I est exclue, C. KRESS, « Reflections on the *Judicare* Limb of the Grave Breaches Regime », *J.I.C.J.*, 2009, p. 802.

(115) Arrêt de la CIJ du 20 juillet 2012, § 115 (it. aj.).

(116) *Ibid.*, § 117.

(117) *Ibid.*, § 88.

est identifié sur le territoire de l'État» (118). Ces conclusions posent question par rapport au texte et, en particulier, à la chronologie que celui-ci prévoit.

En effet, il convient de ne pas perdre de vue que l'application de l'obligation d'enquêter, prévue à l'article 6, § 2, de la convention, doit «immédiatement» succéder à la mise en œuvre de l'obligation prévue au paragraphe premier de cet article, qui prévoit que «[s']il estime que les circonstances le justifient, après avoir examiné les renseignements dont il dispose, tout État partie sur le territoire duquel se trouve une personne soupçonnée d'avoir commis [un acte de torture] assure la détention de cette personne ou prend toutes autres mesures juridiques nécessaires pour assurer sa présence» (119). Or, d'une part, les premiers termes de cette disposition montrent clairement que l'obligation d'assurer la détention ou la présence de la personne soupçonnée n'est pas inconditionnelle au sens où elle ne s'impose pas aussitôt que cette personne est identifiée sur le territoire. L'État conserve un pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation des éléments de déclenchement de l'obligation. Comme un auteur l'a affirmé sur la base des travaux préparatoires de la convention : «*In assessing this, a State may examine whether the conditions laid down in its national law relating, in particular, [...] to the existence of a danger of flight are fulfilled. Under domestic law there may also be certain time-limits which apply to custody or other measures restricting individual freedoms, and as long as such times limits do not render the general obligation to extradite or prosecute illusory, they should be considered to be acceptable under the Convention*» (120). Cette discrétion expressément laissée aux États constitue l'une des caractéristiques qui distinguent la convention contre la torture des quatre conventions de Genève de 1949 et de leur protocole additionnel I de 1977, lesquels, bien que portant sur des crimes de nature similaire, prévoient, dans une seule disposition, une obligation générale et inconditionnelle de rechercher sur leur territoire les personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions graves à leurs dispositions et de déférer ces personnes à leurs tribunaux à défaut de les remettre à un autre État (121). Aussi, l'obligation de procéder à une enquête préliminaire prévue au paragraphe 2 de l'article 6 de la convention contre la torture ne doit-elle, pas plus que l'obligation qui la précède au paragraphe premier, être mise en œuvre aussitôt que la personne soupçonnée d'un acte de torture est identifiée sur le territoire, contrairement à ce que semble soutenir la Cour.

D'autre part, l'article 6, § 2, établissant l'étape devant «immédiatement» succéder à la mise en œuvre de l'obligation d'assurer la détention ou la pré-

(118) *Ibid.*, § 86. V. également § 94.

(119) *It. aj.*

(120) J.H. BURGERS, H. DANIELIUS, *The United Nations Convention against Torture. A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment*, Dordrecht, Boston, London, Martinus Nijhoff, 1988, p. 134.

(121) V. les articles 49/50/129 et 146 des conventions de Genève, respectivement, I, II, III et IV (1949); v. également l'article 85 du protocole additionnel I (1977).

sence du suspect prévue au paragraphe premier de l'article, l'enquête préliminaire doit être menée non pas aussitôt que le suspect est identifié sur le territoire mais immédiatement après que cette personne a été détenue ou que sa présence a été assurée. Cette solution est conforme à l'ordre chronologique établi à l'article 6 et aux travaux préparatoires de la convention (122). Dans son arrêt du 20 juillet 2012, la Cour n'a cherché à établir que la date à laquelle Hissène Habré avait été identifié pour la première fois sur le territoire sénégalais, conformément à sa lecture générale de l'article 6 de la convention, et non la date précise à laquelle l'ancien dictateur avait été détenu ou sa présence assurée au Sénégal au sens de cet article. On comprend dès lors pourquoi elle s'est contentée de conclure que l'obligation d'enquêter devait être mise en œuvre « au moins à partir de l'an 2000, lorsqu'une plainte a[va]it été déposée au Sénégal contre M. Habré (voir paragraphe 17 ci-dessus) » (123). Il est vrai, comme l'indiquent les derniers mots du paragraphe 17 de l'arrêt, que la première plainte déposée le 25 janvier 2000 contre l'ancien dictateur avait précisément donné lieu, le 3 février 2000, à l'assignation à résidence d'Hissène Habré par un juge d'instruction sénégalais. Est-ce à dire que la Cour entendait se référer à cette assignation comme date de déclenchement de l'obligation d'enquêter ? On ne le pense pas compte tenu de son interprétation générale de l'article 6, § 2, qui précède sa conclusion et l'absence de référence expresse à cette mesure d'assignation. Si tel était le cas, on ne verrait d'ailleurs pas comment, contrairement à ce que suggère la Cour en affirmant que la date de mise en œuvre de l'obligation d'enquêter était « *au moins* » celle du dépôt de la première plainte, une date antérieure au 3 février 2000 pourrait être envisagée. Enfin et plus fondamentalement, il n'est pas certain que cette date constitue celle à laquelle Hissène Habré pouvait être considéré comme ayant été détenu ou sa présence assurée au Sénégal en vertu de l'article 6 de la convention contre la torture. En effet, la décision rendue par le juge d'instruction sénégalais, le 3 février 2000, a été rapidement annulée par la Cour d'appel de Dakar et la Cour de cassation sénégalaise, Hissène Habré ayant dès lors recouvert — avec effet rétroactif — sa liberté. Ce n'est que plus tard, à la suite de la demande d'extradition de la Belgique, en septembre 2005, que Hissène Habré a de nouveau été assigné à résidence, cette assignation n'ayant également duré que peu de temps dans la mesure où la demande d'extradition a été jugée irrecevable par la Cour d'appel de Dakar en novembre 2005. L'ancien dictateur n'a été définitivement assigné à résidence qu'à partir de l'intervention de l'Union africaine dans l'affaire. Ces faits démontrent qu'en tout état de cause, la question de l'identification de la date de déclenchement de l'obligation d'enquêter au sujet de Hissène Habré était complexe et requerrait des développements plus détaillés que ceux fournis dans l'arrêt.

(122) V. à ce sujet J.H. BURGERS, H. DANIELIUS, *op. cit.*, p. 135.

(123) Arrêt de la CIJ du 20 juillet 2012, § 86.

S'agissant ensuite du délai de mise en œuvre de l'obligation de poursuivre à défaut d'extrader, contenue à l'article 7, § 1, de la convention, on peut raisonnablement soutenir, à l'instar de la Belgique (124) et conformément à l'ordre des articles prévus dans la convention contre la torture, que l'enquête préliminaire visée à l'article 6, § 2, de la convention doit être conçue comme un moyen pour l'État détenant le suspect ou ayant assuré sa présence sur le territoire de collecter les données en vue de choisir entre la poursuite de ce suspect par ses propres autorités ou une possible extradition de celui-ci. Autrement dit, l'application de l'obligation de mener une telle enquête devrait logiquement précéder la mise en œuvre de l'obligation prévue à l'article 7, § 1. Selon cette conception, la date à laquelle s'imposait l'obligation de poursuivre Hissène Habré à défaut de l'extrader ne pouvait être celle de son assignation à résidence. Un certain délai, même s'il est difficile d'en établir la durée exacte (125), pouvait légalement s'écouler entre le moment de cette assignation, date à laquelle le Sénégal aurait dû procéder à l'enquête préliminaire, et la mise en œuvre par celui-ci de son obligation de poursuivre l'ancien dictateur tchadien à défaut de l'extrader. Ce n'est toutefois pas la conception retenue par la Cour dans son arrêt de juillet 2012 puisqu'elle a considéré que la date de mise en œuvre de l'obligation de poursuivre à défaut d'extrader était identique à celle du déclenchement de l'obligation d'enquêter, à savoir le moment du dépôt de la première plainte contre Hissène Habré au Sénégal.

Les conclusions de la Cour au sujet des délais de mise en œuvre des obligations de poursuite prévues dans la convention contre la torture sont donc particulièrement progressistes, ces obligations devant chacune être exercées aussitôt que la personne soupçonnée d'avoir commis un acte de torture est identifiée sur le territoire. On peut sans doute critiquer cette attitude mais elle n'en traduit pas moins une certaine cohérence tenant à la nature du crime en cause, son interprétation rapprochant en effet le régime applicable au crime de torture à celui applicable aux crimes, de nature comparable, visés par les quatre conventions de Genève de 1949 et leur protocole additionnel I. Il est par contre douteux que l'on puisse donner une interprétation similaire aux nombreuses autres conventions multilatérales qui contiennent des dispositions pourtant identiques à la convention contre la torture (126). Comme on l'a déjà évoqué plus haut, la nature des crimes visés est différente, ces conventions portant sur des crimes non pas « internationaux » mais

(124) *Ibid.*, § 80.

(125) Il semble toutefois que le Sénégal l'avait dépassé au moment de l'introduction de l'affaire devant la Cour internationale de Justice. Même si l'on fait partir le point de départ de l'obligation d'enquêter à la date de la dernière décision d'assignation à résidence de Hissène Habré, plus de trois années s'étaient déjà écoulées depuis cette décision et, comme les autorités sénégalaises l'ont admis, les démarches effectuées auprès de certaines institutions, telles que l'Union africaine en 2006, ou les difficultés financières rencontrées pour l'organisation d'un procès au Sénégal, ne pouvaient constituer des motifs susceptibles de justifier un quelconque retard dans la mise en œuvre de leur obligation prévue à l'article 7, § 1, de la convention (*ibid.*, § 109).

(126) *Cf. not. supra* note 19.

«transnationaux», au sujet desquels il n'est pas certain que l'intérêt à leur répression transcende ceux des États.

#### D. — *Une obligation de poursuivre indépendante d'une demande d'extradition*

Aucun traité contenant une obligation de poursuivre à défaut d'extrader n'impose aux États parties de préférer les poursuites à l'extradition ou vice-versa lorsqu'ils exécutent l'obligation. Cela dit, un groupe significatif de traités prévoit expressément que l'obligation des États parties de poursuivre l'auteur présumé d'un crime à défaut de l'extrader n'est due qu'à partir du moment où une demande d'extradition leur est adressée et que cette demande a été refusée (127). En ce sens, l'option de l'extradition est considérée en premier lieu. Il s'agit, pour la plupart, de traités multilatéraux concernant des crimes de droit commun présentant un élément d'extranéité. L'État requérant est généralement celui qui est le seul ou le plus intéressé à la répression du crime. C'est donc dans l'intérêt de cet État que l'État requis sera tenu de poursuivre le suspect s'il s'oppose à la demande d'extradition.

À l'opposé, un autre groupe plus limité de traités ne fait pas dépendre l'application de l'obligation de poursuite qu'ils contiennent d'une demande d'extradition. Ce qui compte est que le suspect soit immédiatement poursuivi une fois qu'il est identifié sur le territoire, que ce soit par les autorités de l'État de détention ou celles de l'État ayant requis son extradition. L'option de l'extradition n'est donc pas à considérer en premier lieu. Les traités concernés sont les quatre conventions de Genève de 1949 et leur protocole additionnel I, lesquels, comme on l'a déjà évoqué, stipulent en effet : «Chaque Partie contractante aura l'obligation de [...] déférer à ses propres tribunaux [les personnes suspectées d'avoir commis des infractions graves à ces conventions], quelle que soit leur nationalité. Elle pourra aussi, si elle le préfère, et selon les conditions prévues par sa propre législation, les remettre pour jugement à une autre Partie contractante intéressée à la poursuite, pour autant que cette Partie contractante ait retenu contre lesdites personnes des

(127) Il s'agit principalement des traités dans lesquels l'obligation de poursuivre n'est due qu'à partir du moment où l'extradition est refusée en raison de la nationalité du suspect ; v. à cet égard les nombreux traités bilatéraux d'extradition et certains traités conclus au sein des Nations Unies relatifs à la corruption, comme la convention des Nations Unies contre la corruption (2003), article 44(11). Il s'agit également de certains traités régionaux qui imposent de poursuivre le suspect à défaut de l'extrader à partir du moment où l'extradition est refusée en raison de la nationalité du suspect ou parce que l'État requérant est compétent pour le poursuivre ; v. à cet égard les traités régionaux d'extradition, comme la convention interaméricaine d'extradition (1981), articles 2(3) et 8, et la convention du Conseil de l'Europe sur l'extradition (1957), articles 6(2), ainsi que les traités régionaux concernant des infractions spécifiques telles que le cybercrime, comme la convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité (2001), article 24(6), ou la corruption, comme la convention interaméricaine contre la corruption (1996), article XIII(6), et la convention civile du Conseil de l'Europe sur la corruption (1999), article 27(5).

charges suffisantes» (128). L'accent est donc mis sur les poursuites par l'État de détention plutôt que sur l'extradition, celle-ci se présentant seulement comme une voie alternative à celles-là. Par conséquent, plaçant l'option de l'extradition en premier lieu, la notion usuelle d'« obligation d'extrader ou de poursuivre », à l'instar de la maxime *aut dedere aut judicare*, ne semble pas adaptée pour exprimer l'obligation contenue dans ces traités. C'est la raison pour laquelle d'aucuns proposent, à juste titre, de leur préférer, respectivement, la notion d'« obligation de poursuivre ou d'extrader » et la maxime *judicare vel dedere* (129).

La convention contre la torture ainsi que les nombreuses autres conventions multilatérales similaires ne font partie ni du premier ni du second groupe de traités. Les termes dans lesquels ces conventions prévoient l'obligation de poursuivre à défaut d'extrader ne permettent pas d'établir si l'application de cette obligation dépend ou non d'une demande préalable d'extradition. Les travaux préparatoires de la convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, qui, rappelons-le, a servi de modèle aux autres conventions, confirment que l'ambiguïté a été volontairement choisie (130), les États n'ayant pu s'accorder à ce sujet. Cette ambiguïté est clairement rappelée dans le document du Secrétariat général des Nations Unies, rédigé en vue d'assister la Commission du droit international dans ses travaux relatifs à l'obligation d'extrader ou de poursuivre. On peut en effet y lire : « Même en tenant compte du contexte dans lequel il s'inscrit et des travaux préparatoires à la Convention [pour la répression de la capture illicite d'aéronefs], le texte de [la disposition pertinente de cette convention] ne résout pas sans la moindre ambiguïté la question de savoir si l'obligation de poursuivre naît *ipso facto*, ou seulement à partir du moment où une demande d'extradition a été présentée et rejetée » (131). Curieusement, la Cour n'a pas fait état d'une telle ambiguïté. Loin de souligner cette difficulté, elle a adopté la même position que celle suivie par le comité contre la torture, en déclarant, aussi sommairement que l'avait fait le comité dans sa communication du 19 mai 2006 (132), qu'elle « consid[érait] que le paragraphe 1 de l'article 7 impos[ait] à l'État concerné l'obligation de soumettre l'affaire à ses autorités compé-

(128) V. les articles 49/50/129 et 146 des conventions de Genève, respectivement, I, II, III et IV (1949); v. également l'article 85 du protocole additionnel I (1977).

(129) V. not., en ce sens, E. DAVID, *Éléments de droit pénal international et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 712.

(130) V. en ce sens J.J.E. SCHUTTE, « Enforcement Measures in International Criminal Law », *Revue internationale de droit pénal*, 1981, p. 447; J. BIGAY, « Extrader ou punir », *R.D.P.C.*, 1980, p. 118; G. GUILLAUME, « La compétence universelle, formes anciennes et nouvelles », in *Mélanges Levasseur*, Paris, Litec, 1992, p. 35.

(131) « Examen des conventions multilatérales qui pourraient présenter un intérêt pour les travaux de la Commission du droit international sur le sujet intitulé 'L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*)' », *op. cit.*, pp. 65-66, § 130 et la note 316 indiquant que la doctrine est divisée sur cette question.

(132) Communication n° 181/2001 : Sénégal, 19 mai 2006, CAT/C/36/D/181/2001, § 9.7.



tentes pour l'exercice de l'action pénale, indépendamment de l'existence, au préalable, d'une demande d'extradition à l'encontre du suspect », ajoutant que « [c'était] pour cela que le paragraphe 2 de l'article 6 oblige[ait] l'État à procéder immédiatement à une enquête préliminaire, aussitôt que le suspect se trouv[ait] sur son territoire » (133).

La Cour a ainsi pris position au sujet d'une question controversée, cette position paraissant fondée pour autant qu'elle soit limitée à la convention contre la torture et à celles concernant des crimes de nature similaire. Il serait en effet conceptuellement incohérent, s'agissant de ces conventions, de faire dépendre les poursuites par l'État de détention d'une demande d'extradition. Une telle solution suggérerait que l'État requérant est seul ou plus intéressé par les poursuites et qu'à défaut d'extradition du suspect, ces poursuites seraient menées par l'État de détention dans l'intérêt de l'État requérant. Or, les crimes dont il est question dans ces conventions sont par hypothèse des crimes à la répression desquels tous les États ont un intérêt commun et égal. À nouveau, par son interprétation particulière de la disposition en cause, la Cour a donné à celle-ci le même contenu que celui de la disposition comparable prévue dans les quatre conventions de Genève et leur protocole additionnel I. Il n'est pas sans intérêt de remarquer à cet égard que le greffe de la Cour a intitulé la présente affaire « questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader » (134) et a ainsi choisi d'utiliser la notion proposée en doctrine pour qualifier l'obligation prévue dans les conventions de Genève et le protocole additionnel I plutôt que celle, pourtant plus classique mais plaçant l'option de l'extradition en premier lieu, d'« obligation d'extrader ou de poursuivre ».

### III. — OBJET

Il est clair que l'obligation de poursuivre à défaut d'extrader contenue dans la convention contre la torture porte sur tous les actes de torture définis à l'article 1<sup>er</sup> de la convention. Se pose toutefois la question de la date à laquelle les faits doivent avoir eu lieu pour que l'obligation leur soit applicable. La Cour a affirmé de manière générale à ce propos que « l'obligation de poursuivre les auteurs présumés d'actes de torture, en vertu de la convention, [...] s'appliqu[ait] [...] aux faits survenus après son entrée en vigueur pour l'État concerné » (135). On constate tout d'abord qu'elle ne fait pas dépendre cette application de la mise en œuvre par l'État en question de son obligation d'incriminer la torture dans son droit interne, également prévue par la convention et pourtant nécessaire en pratique pour exercer les poursuites.

(133) Arrêt de la CIJ du 20 juillet 2012, § 94.

(134) *It. aj.*

(135) Arrêt de la CIJ du 20 juillet 2012, § 100.

Ainsi, la Cour a en l'espèce jugé que le Sénégal était tenu d'appliquer son obligation de poursuivre à défaut d'extrader à tous les actes de torture commis dès le 26 juin 1987, date d'entrée en vigueur de la convention pour le Sénégal, alors que ce dernier n'a incriminé de tels actes dans son droit interne qu'en 1996 (136). En ce sens, selon la Cour, l'obligation pour un État partie à la convention de poursuivre l'auteur présumé d'un acte de torture à défaut de l'extrader est due, même si cette obligation ne peut être mise en œuvre en raison du défaut de cet État d'incriminer l'acte de torture dans son droit interne. En d'autres termes, le manquement à l'obligation d'incriminer ne permet en rien de justifier le manquement à l'obligation de poursuivre à défaut d'extrader.

L'interprétation de la Cour paraît convaincante. Cela dit, y aurait-il du sens à exiger, au titre de la cessation du fait illicite, qu'un État poursuive l'auteur présumé d'un acte de torture à défaut de l'extrader si cet État n'a pas exécuté son obligation d'incriminer la torture dans son droit interne ou ne l'a exécutée que tardivement, après la survenance des faits reprochés au suspect ? On sait que, dans le dernier point du dispositif de son arrêt, la Cour a expressément dit que le Sénégal devait appliquer, sans autre délai, son obligation de poursuivre Hissène Habré à défaut de l'extrader et ce, alors que les actes de torture reprochés à l'ancien dictateur ont été commis — quoiqu' (au moins en partie) après leur incrimination par la convention contre la torture — avant leur incrimination en droit sénégalais. À suivre une grande partie de la jurisprudence (137) et de la doctrine (138), il ne semble toutefois pas que cette incrimination tardive en droit interne empêche les poursuites au niveau national ou, autrement dit, que ces poursuites, une fois exercées, soient contraires aux principes de non-rétroactivité de la loi pénale ou de la légalité des incriminations si les faits en question étaient incriminés par le droit international au moment où ils ont eu lieu. Dans sa décision relative au droit applicable, le Tribunal spécial pour le Liban a résumé la solution généralement retenue à cet égard, en déclarant : « Si les autorités

(136) V. la loi 96-16 du 28 août 1996 complétant l'article 295-1 du Code pénal sénégalais.

(137) V. not. l'affaire *Eichmann*, dans laquelle la Cour israélienne a répondu à l'argument de la défense, selon lequel le droit israélien ne pouvait être appliqué à Eichmann puisque le droit pertinent avait été adopté après les faits, que « all the reasons justifying the Nuremberg judgments justify *ipso facto* the retroactive legislation of the Israeli legislator » (*A.J.I.L.*, 1962, p. 822) ; v. également Tribunal de district du Dakota du Nord, États-Unis, *Affaire de l'extradition de Demjanjuk*, 612 F. Supp. 544, 567 (D.N.D. 1985) ; Haute Cour de l'Australie, *Polyukhovich c. Commonwealth*, (1991) 172 CLR 501, p. 576 ; TSL, décision préjudicielle sur le droit applicable : terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualifications, 16 février 2011, chambre d'appel ; STL-11-01/1, pp. 93-94, § 133 ; et la jurisprudence mentionnée par le Tribunal, *op. cit.*, pp. 94-96, § 134. V. néanmoins *contra* l'affaire *Pinochet*, dans laquelle la Chambre des Lords a refusé que Pinochet soit extradé pour des actes de torture commis avant l'entrée en vigueur de la loi britannique punissant la torture (1988) au motif que la torture ne pouvait être considérée comme un crime en droit anglais avant cette date ; v., à ce sujet, M. BYERS, « The Law and Politics of the Pinochet Case », *Duke Journal of Comparative and International Law*, 1999-2000, pp. 435-436.

(138) Cf. *infra* note 144.

nationales ne peuvent se fonder uniquement sur l'incrimination d'un acte par le droit international pour réprimer ledit acte [, l'article] 15 du [Pacte international relatif aux droits civils et politiques (139) ainsi que les dispositions similaires de certains instruments régionaux des droits de l'homme (140) permettent] tout au moins qu'une nouvelle législation nationale [...] définissant un crime déjà prévu par le droit international puisse être appliquée aux infractions commises *avant* son entrée en vigueur en droit interne, sans que cela ne constitue une violation du principe de la légalité» (141). Cette position semble partagée par le Sénégal dont la législation ayant introduit en 2007 et 2008 les incriminations relatives au génocide, aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre afin de permettre le jugement de Hissène Habré également pour ces faits prévoyait expressément que tout individu pouvait être poursuivi pour ces crimes si ceux-ci étaient considérés comme tels par les principes généraux de droit international au moment des faits, quand bien même ils ne constituaient pas une transgression du droit sénégalais en vigueur à ce moment (142). Il est vrai que la Cour de Justice de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest, saisie par Hissène Habré afin qu'elle constate que le Sénégal avait violé le principe de non-rétroactivité en procédant à ces réformes, a curieusement fait droit à la demande de l'ancien dictateur en ce qui concerne les poursuites envisagées au niveau national (143). Cette décision a néanmoins été vigoureusement critiquée tant par la doctrine (144) que par d'autres juridictions (145).

Ces considérations conduisent à s'interroger sur un autre aspect des conclusions de la Cour. Cette dernière a en effet écarté la position, pourtant partagée par les deux parties à l'instance (146), selon laquelle l'obligation de

(139) L'article 15, § 1<sup>er</sup>, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques définit en effet le principe de non-rétroactivité comme imposant que «[n]ul ne [soit] condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national *ou international* au moment où elles ont été commises» (it aj.), le second paragraphe prévoyant par ailleurs que «[r]ien dans le présent article ne s'oppose au jugement ou à la condamnation de tout individu en raison d'actes ou d'omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels, d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations».

(140) V. not. l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme.

(141) TSL, décision préjudicielle sur le droit applicable: terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualifications, *op. cit.*, pp. 93-94, § 133

(142) Cf. *supra* note 7.

(143) *Hissein Habré c. République du Sénégal* (ECW/CCJ/JUD/06/10), jugement du 18 novembre 2010, disponible à l'adresse <http://www.hrw.org/fr/news/2010/11/18/arr-t-cedeaoecowas-ruling-hissein-habr-c-r-publique-du-s-n-gal> (consulté le 10 septembre 2012)

(144) V. not. V. SPIGA, «Non-retroactivity of Criminal Law», *J.I.C.J.*, 2011, p. 1; J.A. HESS-BRUEGGE, «ECOWAS Court Judgement in *Habré v. Senegal* Complicates Prosecution in the Name of Africa», *ASIL Insight*, 2010, disponible à l'adresse <http://www.asil.org/insights110203.cfm> (consulté le 10 septembre 2012).

(145) TSL, décision préjudicielle sur le droit applicable: terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualifications, *op. cit.*, p. 95, note 240.

(146) La Cour constate d'ailleurs expressément cette absence de divergence d'opinions dans l'arrêt, arrêt de la CIJ du 20 juillet 2012, § 98.

poursuivre à défaut d'extrader contenue dans la convention contre la torture était applicable aux actes de torture commis avant l'entrée en vigueur de la convention. Elle s'est fondée à cet égard sur l'article 28 de la convention de Vienne sur le droit des traités qui stipule qu'«[à] moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou un fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date». Or, selon la Cour, «rien dans la convention contre la torture ne révèle une intention d'obliger un État partie à incriminer, en vertu de l'article 4, les actes de torture intervenus préalablement à son entrée en vigueur pour cet État [...]» (147). Ces conclusions n'ont pas eu d'impact sur le dispositif du jugement puisque Hissène Habré était également accusé de nombreux actes de torture commis après l'entrée en vigueur de la convention. Auraient-elles néanmoins été différentes si la Cour avait également statué sur la question à l'aune du droit coutumier ? Certes, il n'est pas exclu, conformément à une certaine doctrine, que l'incrimination de la torture par la convention ne constituait que la codification d'une incrimination coutumière, nécessairement antérieure (148). L'obligation de poursuivre à défaut d'extrader étant une règle de procédure, immédiatement applicable (sauf disposition expresse en sens contraire), elle pourrait à première vue, comme l'a expressément défendu la Belgique (149), s'appliquer aux actes de torture commis avant l'entrée en vigueur de la convention. C'est là toutefois oublier que, si l'obligation de poursuivre à défaut d'extrader est, comme évoqué plus haut, conceptuellement distincte des dispositions formant le système qui en assure la mise en œuvre, notamment de l'obligation d'incrimination, elle ne peut se concevoir en pratique et, en particulier, dans le système prévu par la convention contre la torture, sans cette obligation d'incrimination. Or, cette dernière ne concerne que les actes de torture commis après l'entrée en vigueur de la convention. Par conséquent, on peut tout au plus soutenir, comme l'a souligné la Cour, que «[b]ien que la convention n'impose pas au Sénégal d'engager des poursuites en ce qui concerne des actes qui ont été commis avant le 26 juin 1987, rien dans cet instrument ne l'empêche de procéder ainsi» (150). Autrement dit, les poursuites pourraient le cas échéant — plutôt qu'elles ne devraient — être exercées par le Sénégal pour les actes de torture commis par Hissène Habré avant l'entrée en vigueur de la convention contre la torture, sur la base, dès lors, du droit sénégalais et du droit international coutumier — pourvu que celui-ci soit établi.

Un dernier aspect des conclusions de la Cour mérite d'être souligné. La Cour a en effet conclu, on le sait, que l'obligation de poursuivre à défaut

(147) *Ibid.*, § 100.

(148) V. à ce sujet J.H. BURGERS, H. DANIELIUS, *op. cit.*, p. 1.

(149) V. séance du 19 mars 2012, CR 2012/6, p. 44, § 49, *per* M. Wood.

(150) Arrêt de la CIJ du 20 juillet 2012, § 102.

d'extrader, contenue dans la convention contre la torture, était due par le Sénégal dès l'entrée en vigueur de la convention pour cet État, c'est-à-dire le 26 juin 1987. Elle a donc retenu cette date plutôt que celle en vigueur dans les relations entre la Belgique et le Sénégal, c'est-à-dire le 25 juillet 1999, date à laquelle la Belgique est devenue partie à la convention. C'est sans doute là un des effets de la nature *erga omnes partes* reconnue par la Cour à l'obligation en question. En ce sens, les conclusions de la Cour suggèrent, sans le dire expressément (151), que, compte tenu de cette nature *erga omnes partes*, tout État partie à la convention contre la torture peut demander le respect de l'obligation de poursuivre à défaut d'extrader qui y est contenue à l'égard de tout autre État partie pour tous les faits pertinents ayant eu lieu dès que celui-ci s'est internationalement obligé, quand bien même ces faits seraient antérieurs à la ratification de la convention par l'État qui en demande le respect.

#### CONCLUSION

Il est vrai que l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Belgique contre Sénégal* ne comporte qu'une vingtaine de pages de raisonnement juridique, ce qui ne peut manquer de laisser le lecteur sur sa faim. Il n'en fournit pas moins un enseignement précieux et significatif sur ce qui constitue le volet principal de l'affaire, à savoir l'obligation que la majorité de la doctrine qualifie, à l'instar de la Commission du droit international, d'« obligation d'extrader ou de poursuivre » ou de principe « *aut dedere aut iudicare* ». La Cour a tout d'abord précisé la nature d'une telle obligation s'agissant de celle prévue par la convention contre la torture, en la qualifiant d'*erga omnes partes*. Le raisonnement tenu par la Cour à cet égard, bien que succinct, est particulièrement intéressant dans la mesure où c'est la première fois qu'elle procède explicitement à une telle qualification. Il confirme l'importance de la notion d'intérêt commun comme critère d'identification des obligations *erga omnes partes*. Par ailleurs, si la Cour ne s'est pas prononcée sur la nature coutumière de l'« obligation d'extrader ou de poursuivre » puisqu'au moment de la requête, il n'existait, selon elle, qu'un différend au sujet de la portée de la convention contre la torture, la position du juge Abraham sur cette question nous a donné l'occasion d'envisager une voie permettant de reconnaître une nature coutumière à l'obligation. Cette voie repose essentiellement sur une interprétation de la pratique « verbale » des États, interprétée à la lumière de la distinction conceptuelle existant entre le principe *aut dedere aut iudicare* et le système dont est généralement assorti ce principe et qui comprend, notamment, l'obligation d'établir une « compétence universelle ».

(151) V. à cet égard *ibid.*, § 104.

L'enseignement le plus remarquable de l'arrêt concerne le contenu de cette « obligation d'extrader ou de poursuivre », laquelle, selon la Cour et contrairement à ce que l'expression habituellement utilisée pour la désigner laisse entendre, ne comporte, s'agissant de la convention contre la torture, aucune obligation d'extrader à défaut de poursuivre, l'obligation internationale étant uniquement celle de poursuivre à défaut d'extrader. Cet enseignement est d'autant plus remarquable que cet aspect de la question a largement échappé à la doctrine et à la Commission du droit international alors qu'il semble applicable à tout traité prévoyant une telle obligation. Après avoir également soutenu que l'obligation de poursuivre à défaut d'extrader contenue dans la convention contre la torture imposait, conformément au texte et aux travaux préparatoires de la convention, de soumettre l'affaire aux autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale sans que ces autorités ne soient tenues d'engager les poursuites, la Cour a par ailleurs conclu que cette obligation — à l'instar de celle imposant une enquête préliminaire — devait être exécutée aussitôt que le suspect était identifié sur le territoire, sans avoir égard au fait qu'une demande d'extradition ait été formulée ou non. Ce faisant, la Cour a pris position par rapport à certains aspects controversés du contenu de l'obligation, dans un sens qui en élargit la portée. L'enjeu est particulièrement important dans la mesure où de nombreuses conventions multilatérales contiennent une obligation formulée en des termes similaires. On a cependant montré que les interprétations de la Cour sur ces aspects controversés de l'obligation contenue dans la convention contre la torture, à l'instar de ses conclusions relatives à la nature *erga omnes partes* de cette obligation, ne semblaient pas transposables à ces autres conventions compte tenu de la nature différente du crime dont celles-ci entendent assurer la répression, ces crimes étant d'une nature « transnationale » plutôt qu'« internationale ». En réalité, ces interprétations ont permis de rapprocher la convention contre la torture d'autres traités visant la répression de crimes de même nature, en particulier les conventions de Genève et leur protocole additionnel I, quand bien même l'obligation de poursuivre à défaut d'extrader y est formulée de manière différente. Autrement dit, dans la lignée du Comité contre la torture, la Cour semble avoir indirectement atténué l'incohérence qui résulte de ce que la convention contre la torture prévoit, assez curieusement, un régime de répression calqué sur celui d'autres conventions applicables à des crimes d'une nature pourtant différente.

L'une des dernières questions traitées par la Cour concernait l'objet de l'obligation de poursuivre à défaut d'extrader contenue dans la convention contre la torture. La Cour a certes refusé de considérer que l'obligation s'appliquait aux actes de torture commis avant l'entrée en vigueur de la convention. Elle a toutefois admis qu'elle était applicable à tous les faits postérieurs à sa ratification, même si l'obligation d'incriminer la torture, condition nécessaire aux poursuites, n'avait pas été exécutée et quand bien même ces faits

seraient antérieurs à la date d'entrée en vigueur de la convention pour l'État partie qui en invoquerait le non-respect.

Ces dernières conclusions complètent le tableau dressé par la Cour du principe *aut dedere aut iudicare*. Ce tableau se caractérise par des traits clairs, aisément saisissables, facilitant la compréhension dudit principe et susceptibles d'offrir à la Commission du droit international des solutions adéquates lui permettant de sortir des difficultés qu'elle rencontre actuellement dans ses travaux sur le sujet. Ce tableau se caractérise également par des traits exprimant une dynamique interprétative particulièrement progressiste. Il est vrai que la Cour aurait pu être plus audacieuse encore en n'écartant pas, sur une base seulement procédurale et formaliste, certaines questions controversées comme celle de l'existence d'une obligation coutumière de poursuivre les auteurs présumés de certains crimes internationaux à défaut de les extraditer. Cela dit, force est de reconnaître qu'elle a adopté une attitude progressiste par rapport à la plupart des questions qu'elle a traitées, en fournissant une interprétation de la convention contre la torture dans un sens qui renforce considérablement les moyens de lutte contre l'impunité en la matière.