

OPINION INDIVIDUELLE COMMUNE DE M<sup>ME</sup> HIGGINS,  
M. KOOIJMANS ET M. BUERGENTHAL

[Traduction]

*Nécessité d'une conclusion sur la compétence — Prononcé sur la compétence n'étant pas exclu par la règle ultra petita.*

*Statut de la compétence universelle devant être apprécié au regard des sources du droit international — Peu d'exemples de compétence universelle dans la législation nationale ou la jurisprudence des tribunaux nationaux — Examen du fondement juridictionnel des traités multilatéraux sur les infractions graves n'attestant pas l'existence d'une pratique établie de la compétence pénale universelle obligatoire ou volontaire — Aut dedere aut prosequi — Tendances contemporaines donnant à penser que la compétence universelle par défaut n'est pas exclue — Affaire du Lotus — Eléments attestant que les tribunaux nationaux et les juridictions internationales doivent agir en parallèle dans la lutte contre l'impunité — Compétence universelle ne postulant pas la présence de l'accusé sur le territoire, et n'étant pas limitée à la piraterie — Garanties nécessaires dans l'exercice de cette compétence — Rejet de l'argument de la Belgique selon lequel elle n'a en fait exercé aucune compétence pénale extra-territoriale.*

*Immunités d'un ministre des affaires étrangères en exercice et leur rôle dans la société — Pas d'assimilation aux immunités d'un chef d'Etat — Tendances à exclure l'immunité en cas d'accusation de crimes internationaux — Immunité non exclue dans les circonstances particulières de l'espèce — Rôle du droit international s'agissant de mettre en balance les valeurs qu'il cherche à protéger — Expression « actes officiels » devant être interprétée étroitement lorsque l'on examine les immunités d'un ancien ministre des affaires étrangères.*

*Injonction de la Cour d'annuler le mandat non fondée en droit international.*

1. Nous souscrivons d'une manière générale à ce que la Cour a dit sur les questions de compétence et de recevabilité de même qu'aux conclusions auxquelles elle parvient. Nous jugeons toutefois nécessaire de faire des réserves, tant sur ce que la Cour a dit que sur ce qu'elle a choisi de ne pas dire quant au fond. De plus, nous estimons que la Cour a commis une erreur en ordonnant à la Belgique d'annuler le mandat d'arrêt.

\* \* \*

2. Dans son arrêt, la Cour ne dit rien de la question de savoir si — quel qu'ait été le statut de M. Yerodia au moment pertinent — la magistrature belge était habilitée en droit international à émettre un mandat d'arrêt à l'encontre de quelqu'un qui n'était pas à l'époque sur le territoire belge et de le transmettre à Interpol. Elle a, en fait, fait droit au

vœu commun des Parties tendant à ce qu'elle ne se prononce par sur la question clef de compétence qui les divisait, mais passe immédiatement à la question de l'immunité telle qu'elle s'applique aux faits de la présente espèce.

3. A notre avis, il n'était pas seulement souhaitable mais, de fait, nécessaire que la Cour prenne position sur cette question de compétence. Les raisons en sont diverses. Qui dit «immunité» dit «immunité de juridiction». S'il n'y a pas de juridiction en principe, alors la question de l'immunité d'une juridiction qui autrement existerait ne se pose tout simplement pas. La Cour, passant outre la question de la compétence, a donné l'impression qu'en droit international l'«immunité» est un sujet autonome. Il n'en est rien. «Immunité» et «compétence» sont inextricablement liées. La question de savoir s'il y a «immunité» dans un cas donné dépendra non seulement du statut de M. Yerodia mais aussi du type de compétence, et du chef de compétence, dont les autorités belges entendaient se prévaloir.

4. Si la notion d'«immunité» dépend, en théorie, d'une compétence préexistante, un corpus de droit distinct s'applique à chacune des notions. Ce qu'on peut citer à l'appui d'un argument au sujet de la première n'est pas toujours pertinent s'agissant de comprendre la seconde. En laissant de côté la question de la compétence, la Cour a encouragé une tendance actuelle regrettable (que dans leurs écritures et leurs plaidoiries les parties à la présente affaire n'ont pas totalement évitée) à réunir les deux questions.

5. Ce n'est que si l'on comprend pleinement que deux normes distinctes du droit international sont en jeu (bien que la première — l'immunité — ne puisse naître que si l'autre — la compétence — existe) que l'on peut avoir une vue d'ensemble. L'un des défis du droit international contemporain est d'assurer la stabilité des relations internationales et l'efficacité des rapports internationaux tout en garantissant le respect des droits de l'homme. La tâche difficile à laquelle le droit international est aujourd'hui confronté est d'assurer la stabilité des relations internationales autrement que par l'impunité des responsables de violations majeures des droits de l'homme. Ce défi est reflété dans le présent différend et la Cour devrait assurément œuvrer à cette tâche, alors même qu'elle exerce sa fonction de régler un différend qui a été porté devant elle. Mais en choisissant de ne voir que la moitié de l'histoire — l'immunité — elle n'est pas en position de le faire.

6. Comme M. Yerodia n'était pas un national de la Belgique et comme les infractions alléguées dans le mandat d'arrêt ont eu lieu hors du territoire sur lequel la Belgique exerce sa juridiction, les victimes étant des non-Belges, le mandat d'arrêt reposait nécessairement sur une compétence universelle. De fait, tant ce mandat que les textes de 1993 et 1999 en vertu desquels il a été émis l'indiquent expressément. De plus, M. Yerodia lui-même était hors de Belgique au moment où le mandat a été émis.

7. Dans sa requête introductive d'instance (p. 7), la République démocratique du Congo se plaint que l'article 7 de la loi belge

*«établit ... la compétence universelle de la loi et des juridictions belges à l'égard des « violations graves du droit international humanitaire », sans même subordonner cette compétence à la présence de la personne poursuivie sur le territoire belge.*

*C'est manifestement cette compétence illimitée que s'attribue lui-même l'Etat belge qui explique l'émission du mandat d'arrêt visant M. Yerodia Ndombasi, contre lequel aucun chef de compétence territoriale ou personnelle, ni de compétence fondée sur la protection de la sûreté ou du crédit du Royaume de Belgique n'aurait, à l'évidence, pu être invoqué.»*

Dans son mémoire, le Congo a nié que

«le droit international reconnaissait une compétence pénale aussi étendue que celle que la Belgique entendait exercer, à savoir en ce qui concerne des incidents de droit international humanitaire alors que l'accusé n'est pas sur le territoire de l'Etat qui exerce des poursuites» (mémoire du Congo, par. 87).

Dans ses plaidoiries, le Congo a une nouvelle fois dit qu'il n'était pas opposé au principe même de la compétence universelle. Mais l'affirmation d'une compétence universelle à l'égard des auteurs de crimes n'était pas, en droit international, une obligation mais seulement une option. L'exercice de la compétence universelle exigeait, pour le Congo, qu'il ne soit pas porté atteinte à la souveraineté de l'autre Etat, et l'absence de tout manquement à une obligation fondée en droit international (CR 2001/10, p. 33). En outre, selon le Congo, les Etats qui ne sont pas tenus de poursuivre si l'auteur n'est pas présent sur leur territoire sont néanmoins libres de le faire dans la mesure où cet exercice de leur compétence ne porte pas atteinte à la souveraineté d'un autre Etat et n'est pas en violation du droit international (*ibid.*). Le Congo a déclaré qu'il n'avait pas l'intention de discuter l'existence du principe de la compétence universelle, ni de faire obstacle à l'apparition d'une coutume concernant la compétence universelle (*ibid.*, p. 30). Alors que les plaidoiries touchaient à leur fin, le Congo a reconnu que la Cour pourrait avoir à se prononcer sur certains aspects de la compétence universelle, mais il ne lui a pas demandé de le faire, comme la question ne l'intéressait pas directement (CR 2001/10, p. 11). Il souhaitait que la Cour se prononce sur les obligations dues par la Belgique au Congo à la lumière de l'immunité de M. Yerodia au moment pertinent. Les conclusions finales qui figuraient dans la requête ont été modifiées afin qu'il n'y soit plus demandé que la Cour statue sur la question de la compétence universelle.

8. Dans son contre-mémoire, la Belgique a souligné que, en vertu du droit international coutumier, une obligation générale s'imposait aux Etats de poursuivre les auteurs de crimes. Elle a toutefois concédé que lorsque les intéressés étaient des non-nationaux, se trouvant hors de son territoire, il n'y avait pas d'obligation mais plutôt une option disponible

(contre-mémoire de la Belgique, par. 3.3.25). Aucune présence sur le territoire n'était requise pour l'exercice de la compétence lorsque l'infraction violait des intérêts fondamentaux de la communauté internationale (contre-mémoire de la Belgique, par. 3.3.44 à 3.3.52). Pour la Belgique, le fait d'ouvrir une enquête ou d'engager des poursuites contre une personne se trouvant hors de son territoire ne violait aucune règle du droit international, et était accepté aussi bien dans la pratique internationale que dans la pratique interne des États comme un moyen nécessaire pour lutter contre l'impunité (contre-mémoire de la Belgique, par. 3.3.28 à 3.3.74).

9. Ces conclusions ont été reprises lors des plaidoiries, la Belgique notant que le Congo «ne conteste plus ... l'exercice d'une compétence universelle par défaut» (CR 2001/9, p. 8 à 13). La Belgique, elle aussi, était finalement satisfaite que la Cour ne se prononce que sur la question de l'immunité.

10. Il est compréhensible que le Congo en soit venu progressivement à penser que ses intérêts seraient mieux servis s'il faisait fond sur ses arguments concernant l'immunité. Il l'est tout autant que la Belgique soit satisfaite qu'il fût demandé à la Cour de se prononcer sur l'immunité et non sur la question de savoir si l'émission et la diffusion d'un mandat d'arrêt international exigeaient la présence de l'accusé sur son territoire. Une autre question est de savoir si la Cour devait faire droit à ce consensus.

11. Assurément, elle n'est pas tenue de le faire par l'effet de la règle *ultra petita*. Dans son contre-mémoire, la Belgique cite le *locus classicus* de la règle *non ultra petita*, l'affaire du *Droit d'asile* (*demande d'interprétation*):

«la Cour a le devoir de répondre aux demandes des parties telles qu'elles s'expriment dans leurs conclusions finales, mais aussi celui de s'abstenir de *statuer* sur des points non compris dans lesdites demandes ainsi exprimées» (*Demande d'interprétation de l'arrêt du 20 novembre 1950 en l'affaire du droit d'asile, arrêt, C.I.J. Recueil 1950, p. 402; contre-mémoire de la Belgique, par. 2.75; les italiques sont de nous*).

Elle cite également Rosenne, qui a écrit : «Elle ne donne pas de compétence à la Cour ni ne lui retire sa compétence. Elle limite la Cour dans la portée de sa décision.» (Contre-mémoire de la Belgique, par. 2.77.)

12. Une lecture attentive de ces citations montre que la Belgique a tort si elle souhaite indiquer à la Cour que la règle *non ultra petita* empêcherait celle-ci d'*aborder* des questions qui ne sont pas comprises dans les conclusions. Cette règle empêche seulement la Cour de statuer sur ces questions dans le dispositif de son arrêt puisque c'est l'endroit où elle répond aux conclusions. Mais elle n'empêche certainement pas la Cour d'examiner dans le cadre de son raisonnement les questions qu'elle juge pertinentes pour ses conclusions. Comme l'a déclaré sir Gerald Fitzmaurice :

«si l'on ne fait pas certaines distinctions, il existe un danger que [la règle *non ultra petita*] empêche le tribunal de parvenir à une décision correcte, et même l'amène à aboutir à une conclusion juridiquement incorrecte en le forçant à négliger des facteurs juridiquement pertinents» (*The Law and Procedure of the International Court of Justice*, 1986, vol. II, p. 529 et 530).

13. Ainsi, la règle *ultra petita* peut jouer pour empêcher la Cour de parvenir, dans le dispositif, à une conclusion sur une question qui n'est pas posée dans les conclusions finales d'une partie. Mais la Cour ne devrait pas, parce qu'une partie ou les deux jugent que cela sert mieux leur cause, renoncer aux étapes nécessaires pour aboutir à la conclusion à laquelle elle aboutit *effectivement* dans le dispositif. La Cour l'a reconnu au paragraphe 43 du présent arrêt. Mais s'étant réservé le droit d'aborder tel ou tel aspect de la compétence universelle dans sa motivation «si elle l'estime nécessaire ou souhaitable», la Cour ne dit rien de plus sur cette question.

14. Cette démarche peut être opposée à celle que la Cour a adoptée dans l'avis consultatif qu'elle a rendu dans l'affaire concernant *Certaines dépenses de l'Organisation des Nations Unies* (art. 17, par. 2, de la Charte) (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 156 et 157). (La Cour y était contrainte par la question qui lui était posée et non par les conclusions finales du demandeur, mais le point de principe demeure le même.) La Cour était priée par l'Assemblée générale de dire si les dépenses encourues au titre de la FENU et de l'ONUC constituaient des «dépenses de l'Organisation» aux fins de l'article 17, paragraphe 2, de la Charte.

15. La France avait en fait proposé un amendement à cette question, aux termes duquel il aurait été demandé à la Cour d'examiner si les dépenses en question avaient été décidées conformément aux dispositions de la Charte avant de passer à la question posée. Cet amendement fut rejeté. La Cour a déclaré :

«Le rejet de l'amendement français ne constitue pas une injonction pour la Cour d'avoir à écarter l'examen de la question de savoir si certaines dépenses ont été «décidées conformément aux dispositions de la Charte», si la Cour croit opportun de l'aborder. On ne doit pas supposer que l'Assemblée générale ait ainsi entendu lier ou gêner la Cour dans l'exercice de ses fonctions judiciaires; la Cour doit avoir la pleine liberté d'examiner tous les éléments pertinents dont elle dispose pour se faire une opinion sur une question qui lui est posée en vue d'un avis consultatif.» (*Ibid.*, p. 157.)

La Cour ajoutait

«qu'on lui a demandé de répondre à une question précise qui a trait à certaines dépenses déterminées qui ont été effectivement faites, mais la Cour n'exercerait pas de façon adéquate l'obligation qui lui incombe si elle n'examinait pas en détail les différents problèmes soulevés par la question que l'Assemblée générale lui a posée» (*ibid.*, p. 158).

16. Pour toutes les raisons exposées ci-dessus, la Cour aurait dû «croire opportun» de se demander si l'émission et la diffusion internationale d'un mandat reposant sur la compétence universelle alors que M. Yerodia n'était pas présent sur le territoire belge étaient illicites. Elle aurait dû le faire avant de tirer une conclusion sur l'immunité de juridiction, et elle aurait, de fait, dû «examiner en détail les différents problèmes soulevés» par la demande qui était formulée par le Congo dans ses conclusions finales.

17. En acceptant de se prononcer sur la question de l'immunité sans aborder la question d'une juridiction de laquelle il pouvait y avoir immunité, la Cour s'est laissé manœuvrer et amener à répondre à une question théorique. Dans ses plaidoiries, la Belgique a appelé l'attention sur le fait que M. Yerodia n'occupait plus aucun poste ministériel dans le Gouvernement de la République démocratique du Congo. Pour la Belgique, cela signifiait que la Cour devait déclarer irrecevable la demande tendant à ce qu'elle se prononce sur l'immunité. Selon elle, l'affaire était devenue une affaire concernant «un principe de droit et une affaire relative aux conséquences que l'action éventuelle d'un juge belge pourrait théoriquement avoir pour l'immunité des ministres des affaires étrangères» (CR 2001/8, p. 26, par. 43). Le différend était «une divergence [d'opinions] d'ordre théorique» (CR 2001/8, p. 36, par. 71). La Cour ne devait pas «entrer dans un débat qui risque fort de lui apparaître comme essentiellement académique» (CR 2001/9, p. 7, par. 4).

18. Dans son arrêt, la Cour rejette à juste titre ces arguments (voir arrêt, par. 30-32). Mais rien n'est plus académique, abstrait, ou théorique, que de se prononcer sur l'immunité d'une juridiction qui peut-être existe ou peut-être n'existe pas. Il est regrettable que la Cour n'ait pas suivi la logique de ses propres conclusions dans l'affaire relative à *Certaines dépenses des Nations Unies*, et abordé dans le présent arrêt, de manière suffisamment approfondie, la question de savoir si les autorités belges pouvaient légitimement invoquer la compétence universelle pour émettre et diffuser le mandat d'arrêt pour les accusations formulées dans celui-ci, et à l'encontre d'une personne se trouvant hors de leur juridiction territoriale au moment où le mandat a été émis. Ce n'est que si la réponse à ces questions est affirmative que se pose la question suivante : «Néanmoins, M. Yerodia était-il exempt de l'exercice de cette compétence, et en se plaçant à quel moment faut-il répondre à cette question ?»

\* \* \*

19. Nous examinerons donc la question de savoir si les Etats sont habilités à exercer leur compétence à l'égard de personnes n'ayant aucun lien avec l'Etat du for lorsque l'accusé n'est pas présent sur le territoire de cet Etat. Le point de départ nécessaire doit être les sources du droit international recensées à l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut de la Cour, ainsi que les obligations mises à la charge de tous les membres de l'Organisation des Nations Unies par les résolutions du Conseil de sécurité, et

par les résolutions de l'Assemblée générale qui répondent aux critères énoncés par la Cour dans l'affaire concernant la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif* (C.I.J. Recueil 1996, p. 226, par. 70).

20. Notre analyse peut commencer par la législation nationale, pour déterminer si elle atteste l'existence d'une pratique des Etats. A l'exception de la législation belge du 10 février 1999, la législation nationale, qu'elle découle d'obligations conventionnelles internationales obligeant à ériger certains crimes internationaux en infractions également en droit interne, n'indique pas l'existence d'une compétence universelle en ce qui concerne ces infractions. Divers exemples révèlent une pratique plus limitée. La loi australienne sur les crimes de guerre de 1945, telle qu'amendée en 1988, prévoit la répression en Australie de crimes commis entre le 1<sup>er</sup> septembre 1939 et le 8 mai 1945 par des personnes qui étaient des nationaux ou des résidents de l'Australie au moment où ils ont été accusés des infractions (art. 9 et 11). La loi du Royaume-Uni sur les crimes de guerre de 1991 autorise l'engagement de poursuites pour meurtre, homicide ou homicide par négligence commis entre le 1<sup>er</sup> septembre 1935 et le 5 juin 1945 en un lieu qui faisait partie de l'Allemagne ou était sous occupation allemande, et lorsque l'accusé était à l'époque, ou est devenu, un ressortissant ou un résident du Royaume-Uni. En France, en Allemagne et (en termes même plus larges) aux Pays-Bas, la législation renvoie pour fonder la compétence aux dispositions juridictionnelles figurant dans les traités internationaux auxquels elle vise à donner effet. Il convient de noter toutefois que le 16 janvier 2002 le Gouvernement allemand a présenté au Parlement allemand un projet de loi dont l'article premier dispose :

«Le présent Code vise tous les actes punissables qui y sont énumérés qui violent le droit international public, [et] dans le cas des crimes qui sont visés, [le présent Code s'applique] même si l'acte a été commis à l'étranger et n'a aucun lien avec [l'Allemagne].»

Le code criminel du Canada (1985) autorise l'exercice de la compétence lorsque, au moment de l'acte ou de l'omission, l'accusé était un citoyen canadien ou était «employé par le Canada à titre civil ou militaire», ou si la «victime est un citoyen canadien ou un citoyen d'un Etat qui est allié au Canada dans un conflit armé», ou si «au moment de l'acte ou de l'omission le Canada pouvait, conformément au droit international, exercer sa compétence à l'égard de la personne en raison de la présence de celle-ci au Canada» (art. 7).

21. Tout ce qui précède illustre la tendance en droit international à juger et punir certains crimes qui ont été commis extraterritorialement. Mais aucune de ces lois, ni aucune des nombreuses autres qu'a étudiées la Cour, ne représente une affirmation classique de la compétence universelle en ce qui concerne certains crimes commis ailleurs par des personnes n'ayant aucune relation ni aucun lien avec l'Etat du for.

22. La jurisprudence relative à ces dispositions a été en grande partie

prudente s'agissant de faire fond sur la compétence universelle. Dans l'affaire *Pinochet* dont ont connu les tribunaux anglais, il est clair que la compétence avait un fondement conventionnel, la condition de double incrimination exigée pour l'extradition étant remplie par la législation anglaise en septembre 1988, date après laquelle les actes de torture commis à l'étranger constituaient un crime au Royaume-Uni comme déjà en Espagne. En Australie, la Cour fédérale a mentionné un groupe d'infractions pour lesquelles le droit international accordait compétence universelle, même si une législation nationale d'application était aussi nécessaire (*Nulyarimma*, 1999 : génocide). La Haute Cour a confirmé que le législateur avait le pouvoir d'autoriser les tribunaux à exercer une compétence universelle pour les crimes de guerre (*Polyukhovich*, 1991). En Autriche (dont le code pénal insiste sur la condition de double incrimination), la Cour suprême a jugé qu'elle était compétente pour juger des personnes accusées de génocide, au motif qu'il n'y avait pas de système judiciaire opérationnel dans l'Etat où les crimes avaient été commis ni de tribunal pénal international opérationnel à ce moment (*Cvijetkovic*, 1994). En France, un juge d'instruction a estimé que la convention sur le génocide ne prévoyait pas la compétence universelle (*in re Javor*, décision infirmée pour d'autres motifs devant la cour d'appel. La décision de la Cour de cassation n'implique pas non plus la compétence universelle.) Dans l'affaire *Munyeshyaka* (1998), la cour d'appel s'appuie pour parvenir à une conclusion — à première vue incohérente — sur un renvoi au statut du Tribunal international pour le Rwanda pour fonder sa compétence. Dans l'affaire *Khadafi*, la cour d'appel a fait fond sur la personnalité passive et non sur la compétence universelle (devant la Cour de cassation, c'est l'immunité qui avait revêtu une importance centrale).

23. Dans l'affaire *Bouterse*, la cour d'appel d'Amsterdam a conclu que la torture était un crime contre l'humanité et que de ce fait une «compétence extraterritoriale» pouvait être exercée à l'égard d'un non-national. Toutefois, le Hoge Raad, la Cour suprême néerlandaise, a subordonné cet exercice de la compétence extraterritoriale à ces conditions (nationalité, ou présence aux Pays-Bas au moment de l'arrestation) sur la base de la législation nationale.

24. Par contraste, la Haute Cour régionale bavaroise a retenu une compétence universelle dans le cas de poursuites pour génocide (l'accusé avait en l'espèce été arrêté en Allemagne). La jurisprudence des Etats-Unis a été quelque peu plus encline à invoquer la «compétence universelle», bien que des considérations touchant la personnalité passive aient aussi joué un rôle clef (*Yunis*, 1988; *Bin Laden*, 2000).

25. Une réponse encore plus ambiguë résulte d'une étude des dispositions de certains traités importants des trente dernières années, et des obligations imposées par les parties elles-mêmes.

26. Certains auteurs ayant traité le sujet affirment que les grands traités internationaux sur les crimes et autres infractions attestent que l'universalité est un fondement de l'exercice de la compétence reconnu en droit international (voir l'intéressant article publié récemment par

Luis Benavides, «The Universal Jurisdiction Principle: Nature and Scope», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 1, p. 58 (2001). Cela est douteux.

27. L'article VI de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (9 décembre 1948) dispose :

«Les personnes accusées de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III seront traduites devant les tribunaux compétents de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis, ou devant la cour criminelle internationale qui sera compétente à l'égard de celles des parties contractantes qui en auront reconnu la juridiction.»

Il s'agit là d'une obligation d'exercer la compétence territoriale, bien que les travaux préparatoires révèlent effectivement qu'il était entendu que cette obligation n'était pas censée affecter le droit d'un Etat d'exercer sa compétence pénale vis-à-vis de ses propres nationaux pour des actes commis à l'étranger (A/C.6/SR.134, p. 5). L'article VI prévoit aussi la possibilité qu'une compétence non territoriale soit attribuée à un futur tribunal international — même si aux termes de la convention sur le génocide cela n'est pas automatique mais limité aux parties contractantes qui en reconnaîtraient la compétence. Ces dernières années, des auteurs ont déclaré que l'article VI n'empêchait pas un Etat d'exercer la compétence universelle dans une affaire de génocide. (Et voir, plus généralement, *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (1987), par. 404.)

28. L'article 49 de la première convention de Genève, l'article 50 de la deuxième convention de Genève, l'article 129 de la troisième convention de Genève et l'article 146 de la quatrième convention de Genève, toutes quatre en date du 12 août 1949, disposent :

«Chaque partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, ... ces infractions graves, et elle devra les déférer à ses propres tribunaux, 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 charges suffisantes.»

29. L'article 85, paragraphe 1, du premier protocole additionnel aux conventions de Genève de 1949 reprend cette disposition par renvoi.

30. L'objectif déclaré de cette disposition est que les infractions ne demeurent pas impunies (les dispositions relatives à l'extradition jouant leur rôle dans la réalisation de cet objectif). On peut noter immédiatement qu'il s'agit d'une des premières formes de la règle *aut dedere aut prosequi* que l'on retrouve dans des conventions postérieures. Mais l'obligation de poursuivre est la première, ce qui la rend encore plus forte.

31. Aucun lien territorial ou de nationalité n'est envisagé, ce qui sug-

gère l'existence d'un véritable principe d'universalité (voir également Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international : droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, 2000, p. 354-356). Mais le commentaire Pictet, qui fait autorité, donne une interprétation différente: *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, 1952, qui affirme que cette obligation était comprise comme une obligation à la charge des Etats parties de rechercher les auteurs d'infractions pouvant se trouver sur leur territoire. Est-ce un véritable exemple d'universalité, si l'obligation de recherche se limite au propre territoire de l'Etat ? Cette obligation de recherche implique-t-elle une autorisation de poursuivre par défaut, si les recherches sont infructueuses ?

32. Comme ce point n'a été abordé dans aucune affaire, la question de la compétence n'a pas été tranchée judiciairement. En fait, la jurisprudence des tribunaux internes découlant des possibilités juridictionnelles offertes par les conventions de Genève ou le protocole additionnel I est remarquablement modeste.

33. La convention unique sur les stupéfiants de 1961 dispose, au paragraphe 2 de son article 36 :

«a) iv) Les infractions graves précitées, qu'elles soient commises par des nationaux ou des étrangers, seront poursuivies par la partie sur le territoire de laquelle l'infraction a été commise, ou par la partie sur le territoire de laquelle le délinquant se trouvera si son extradition n'est pas acceptable conformément à la législation de la partie à laquelle la demande est adressée, et si ledit délinquant n'a pas été déjà poursuivi et jugé.»

34. Des opinions diverses ont été exprimées sur le point de savoir si l'Etat où l'infraction a été commise devait avoir le premier le droit de poursuivre le délinquant (E/CN.7/AC.3/9, 11 septembre 1958, p. 17, note 43 ; cf. E/CN.7/AC.3/9 et Add.1, E/CONF.34/1/Add.1, 6 janvier 1961, p. 32). Néanmoins, le principe de la «répression universelle primaire» a été consacré dans le texte, nonobstant les objections vigoureuses d'Etats comme les Etats-Unis, la Nouvelle-Zélande et l'Inde dont les lois nationales ne prévoyaient des poursuites que pour les infractions commises à l'intérieur de leurs frontières nationales. (Le développement de la notion de «compétence d'impact» ou «compétence d'effets» a plus récemment permis de continuer de faire fond sur la territorialité tout en étendant considérablement la compétence.) Le compromis réalisé consistait à entendre les dispositions de l'alinéa iv) du paragraphe 2 de l'article 36 «sous réserve des limitations constitutionnelles d'une partie, de son système juridique et de son droit interne». Mais la possibilité d'une compétence universelle n'a pas été dénoncée comme contraire au droit international.

35. La convention de La Haye pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, en date du 7 décembre 1970, dispose dans son préambule qu'il est «urgent de réprimer ces actes en tant qu'infractions et de prévoir des mesures appropriées en vue d'en poursuivre et d'en extraditer les auteurs»,

et prévoit au paragraphe 1 de son article 4 l'obligation pour les Etats contractants de prendre les mesures nécessaires pour établir leur compétence aux fins de connaître de ces infractions ainsi que de tout autre acte de violence dirigé contre les passagers ou l'équipage :

- «a) si [l'infraction] est commise à bord d'un aéronef immatriculé dans cet Etat;
- b) si l'aéronef à bord duquel l'infraction est commise atterrit sur son territoire avec l'auteur présumé de l'infraction se trouvant encore à bord;
- c) si l'infraction est commise à bord d'un aéronef donné en location sans équipage à une personne qui a le siège principal de son exploitation ou, à défaut, sa résidence permanente dans ledit Etat».

Le paragraphe 2 de l'article 4 prévoit une obligation comparable pour chaque Etat contractant d'établir sa compétence dans le cas où l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur son territoire et où ledit Etat ne l'extrade pas conformément à l'article 8. Ainsi, nous avons ici aussi une formulation conventionnelle de la règle *aut dedere aut prosequi*, dont le contenu reposait sur le principe de la «répression universelle». Les chefs de compétence prévus aux articles 4 1) b) et 4 2), ne nécessitant aucun lien territorial si ce n'est l'atterrissage de l'aéronef ou la présence de l'accusé, n'ont été adoptés qu'après de longs débats. Les travaux préparatoires montrent que des Etats pour lesquels la simple présence était un chef de compétence insuffisant ont commencé à appuyer avec réticence ce type particulier de formule *en raison de la gravité de l'infraction*. Ainsi, le représentant du Royaume-Uni a déclaré que son pays «aurait beaucoup de difficulté à établir sa compétence au seul motif qu'un aéronef transportant l'auteur d'un détournement avait atterri sur le territoire du Royaume-Uni». De plus,

«en règle générale, son pays n'accepte pas le principe selon lequel la simple présence de l'auteur présumé d'une infraction sur le territoire d'un Etat autorise celui-ci à le juger. Toutefois, devant la gravité de l'infraction ... il [était] disposé à appuyer ... [la proposition sur la compétence obligatoire de l'Etat où l'auteur d'un détournement se trouve].» (Conférence de La Haye, p. 75, par. 18.)

36. Il convient aussi de noter que l'article 4, paragraphes 1 et 2, prévoit l'exercice obligatoire de la compétence en l'absence d'extradition mais n'exclut pas l'exercice de la compétence pénale en vertu d'autres chefs de compétence conformément à la législation nationale (bien que l'exercice de cette faculté ne soit pas obligatoire aux termes de la convention).

37. On trouve des dispositions juridictionnelles comparables aux articles 5 et 8 de la convention internationale contre la prise d'otages du 17 décembre 1979. L'obligation énoncée à l'article 8, aux termes duquel tout Etat partie soumet une affaire, «sans aucune exception, et que l'infraction ait été ou non commise sur son territoire» à ses autorités

compétentes pour l'exercice de l'action pénale s'il n'extrade pas l'auteur présumé de l'infraction, a encore été considérée comme nécessaire par la majorité, étant donné la nature des infractions (compte rendu analytique, comité spécial chargé d'élaborer une convention internationale contre la prise d'otages (A/AC.188/SR.5, 7, 8, 11, 14, 15, 16, 17, 23, 24 et 35)). Le Royaume-Uni a formulé une mise en garde contre l'adoption de la compétence pénale universelle (*ibid.*, A/AC.188/SR.24, par. 27) tandis que d'autres (la Pologne, A/AC.188/SR.23, par. 18; le Mexique, A/AC.188/SR.16, par. 11) estimaient que l'introduction du principe de la compétence universelle était essentielle. L'URSS a fait observer qu'aucun Etat ne pouvait exercer sa compétence en ce qui concerne des crimes commis dans un autre Etat par des nationaux de cet Etat sans contrevenir à l'article 2, paragraphe 7, de la Charte. Les dispositions de la convention devaient pour elle s'appliquer uniquement aux prises d'otages qui étaient une manifestation du terrorisme international — un autre exemple d'une position initiale compréhensible sur la compétence modifiée face à la gravité exceptionnelle de l'infraction.

38. La convention contre la torture du 10 décembre 1984 énonce en son article 5 une obligation d'établir sa compétence

- a) quand l'infraction a été commise sur tout territoire sous la juridiction dudit Etat ou à bord d'aéronefs ou de navires immatriculés dans cet Etat;
- b) quand l'auteur présumé de l'infraction est un ressortissant dudit Etat;
- c) quand la victime est un ressortissant dudit Etat et que ce dernier le juge approprié».

Si l'auteur allégué de l'infraction est trouvé sur le territoire d'un Etat partie et n'est pas extradé, l'affaire doit être soumise aux autorités chargées des poursuites (art. 7). Les autres chefs de compétence pénale exercés conformément aux lois nationales ne sont pas exclus (art. 5, par. 3), ce qui indique que les paragraphes 1 et 2 de l'article 5 ne doivent pas être interprétés *a contrario*. (Voir J. H. Burgers et H. Danelius, *The United Nations Convention against Torture*, 1988, p. 133.)

39. Le passage du temps modifie les perceptions. Le chef de compétence qui en 1961 était appelé le principe de la «répression universelle» en est venu à être couramment désigné par les représentants des Etats comme la «compétence universelle» — de plus, une compétence universelle considérée comme appropriée, puisque la torture, comme la piraterie, pouvait être considérée comme une «infraction au droit des gens» (Etats-Unis : E/CN.4/1367, 1980). L'Australie, la France, les Pays-Bas et le Royaume-Uni ont finalement abandonné leur objection selon laquelle la «compétence universelle» à l'égard de la torture leur créerait des problèmes compte tenu de leurs systèmes juridiques internes. (Voir E/CN.4/1984/72.)

40. Ce bref tour d'horizon historique peut être résumé comme suit.

41. Les parties à ces traités se sont mises d'accord tant sur les chefs de

compétence que sur l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour établir cette compétence. Les chefs de compétence indiqués reposaient sur les liens de nationalité de l'auteur de l'infraction, ou du navire ou de l'aéronef concerné, ou de la victime. (Voir, par exemple, l'article 4 1) de la convention de La Haye, l'article 3 1) de la convention de Tokyo, l'article 5 de la convention contre la prise d'otages et l'article 5 de la convention contre la torture.) Ces dispositions peuvent être proprement décrites comme des dispositions conventionnelles établissant une large compétence extraterritoriale. Mais outre ces dispositions, les traités en question en contenaient d'autres, parallèles, selon lesquelles un Etat partie dans la juridiction duquel l'auteur présumé de ces infractions était trouvé devait le poursuivre ou l'extrader. Par abus de langage, ces dernières en sont venues à être désignées comme établissant une «compétence universelle», bien qu'il s'agisse en réalité d'une compétence territoriale obligatoire sur des personnes, bien qu'en relation avec des actes commis ailleurs.

\* \* \*

42. La question de savoir si cette obligation (qu'on la décrive comme l'obligation d'établir la compétence universelle ou, plus exactement, la compétence pour établir une compétence territoriale à l'égard de personnes pour des événements extraterritoriaux) est uniquement une obligation conventionnelle, *inter partes*, ou si elle est maintenant, *au moins en ce qui concerne les infractions définies dans les traités*, une obligation du droit international coutumier a été abordée dans leurs plaidoiries par les parties à la présente affaire mais n'a pas été examinée très en détail.

43. Ne l'a pas été non plus la question de savoir si une telle obligation générale s'appliquait aux crimes contre l'humanité, étant donné que ces crimes également sont considérés partout comme tout aussi odieux. C'est pourquoi nous ne formulons pas d'opinion à cet égard.

44. Toutefois, nous notons que le principe qui figure dans ces traités, qui est inexactement qualifié de «principe de la compétence universelle», est un principe d'*obligation*, alors que la question qui se pose en l'espèce est de savoir si la Belgique avait le droit d'émettre et de diffuser le mandat d'arrêt si elle le décidait.

Si une analyse impartiale de la pratique des Etats et de la jurisprudence de la Cour donne à penser qu'une telle compétence n'est pas actuellement exercée, d'éminents juristes sont beaucoup plus mitigés dans leurs écrits. Les nombreux articles de doctrine contiennent de vigoureux échanges de vues (qui ont été dûment étudiés par la Cour) qui font apparaître de profondes divergences d'opinions. Mais ces écrits, aussi importants et stimulants soient-ils, ne peuvent en eux-mêmes et sans référence à d'autres sources du droit international attester l'existence d'une norme juridique. L'affirmation selon laquelle certains traités et certaines décisions judiciaires reposent sur la compétence universelle, ce qu'en fait ils ne font pas, ne prouve pas l'existence d'une pratique internationale reconnue comme coutume. Les arguments de principe avancés dans cer-

tains des écrits indiquent assurément pourquoi une pratique ou une décision judiciaire devrait être considérée comme souhaitable ou, de fait, licite; mais des arguments contraires sont également avancés, et de toute manière ceux-ci ne peuvent non plus servir à étayer une pratique internationale quasiment inexistante.

45. Il est indéniable qu'il n'y a pas de pratique établie d'exercice par les Etats de la compétence universelle au sens propre du terme. Comme nous l'avons vu, pratiquement toutes les législations nationales envisagent tel ou tel lien avec l'Etat du for; et il n'y a aucune décision fondant la compétence sur la compétence universelle pure. Cela n'indique pas nécessairement, néanmoins, qu'un tel exercice serait illicite. En premier lieu, la législation nationale traduit les circonstances dans lesquelles un Etat se donne dans son propre droit la capacité d'exercer sa compétence. Mais un Etat n'est pas tenu d'adopter une législation lui conférant toute l'étendue de la compétence autorisée par le droit international. Les législations autrichienne et du Royaume-Uni en matière de crimes de guerre constituent des exemples de pays qui font des choix plus limités pour l'exercice de leur compétence. De plus, de nombreux pays n'ont pas de législation nationale pour l'exercice de formes bien établies de compétence extraterritoriale, parfois bien qu'ils aient l'obligation conventionnelle de se donner les moyens de le faire. La législation nationale peut être éclairante sur la question de la compétence universelle, mais elle n'est pas concluante quant à la licéité de celle-ci. En outre, si aucune des décisions judiciaires nationales que nous avons évoquées ne repose sur l'exercice d'une compétence universelle au sens propre, il n'y a rien non plus dans cette jurisprudence qui atteste l'existence d'une *opinio juris* sur l'illicéité d'une telle compétence. En bref, la législation et la jurisprudence nationales — c'est-à-dire la pratique des Etats — sont neutres quant à l'exercice de la compétence universelle.

46. De plus, certaines indications donnent à penser qu'une compétence pénale universelle à l'égard de certains crimes internationaux n'est manifestement pas considérée comme illicite. L'obligation de poursuivre en vertu des traités qui contiennent des dispositions *aut dedere aut prosequi* ouvre la porte à une compétence fondée sur la nature odieuse du crime plutôt que sur les liens de territorialité ou de nationalité (que ce soit celle de l'auteur ou de la victime). Les conventions de Genève de 1949 confirment cette possibilité, et sont largement considérées aujourd'hui comme reflétant le droit international coutumier (voir, par exemple, Cherif Bassiouni, *International Criminal Law*, vol. III: *Enforcement*, 2<sup>e</sup> éd., 1999, p. 228; Theodor Meron, «International Criminalization of Internal Atrocities», *AJIL*, 1995, vol. 89, p. 576).

47. Les tendances contemporaines, qui reflètent les relations internationales à l'aube du nouveau siècle, sont frappantes. On tend à retenir des chefs de compétence autres que la territorialité. La compétence reposant sur les «effets» ou l'«impact» a été adoptée aussi bien par les Etats-Unis que, sous certaines conditions, par l'Union européenne. La compétence reposant sur la personnalité passive, considérée pendant si longtemps

comme controversée, est maintenant non seulement consacrée dans la législation de divers pays (les Etats-Unis, chap. 113A, 1986 *Omnibus Diplomatic and Antiterrorism Act*; la France, art. 689, Code de procédure pénale, 1975), mais ne rencontre aujourd'hui guère d'opposition, à tout le moins en ce qui concerne une catégorie particulière d'infractions.

48. En matière civile, nous assistons déjà à l'apparition d'une forme très large de compétence extraterritoriale. En vertu de leur loi sur les dommages causés aux étrangers (*Alien Tort Claims Act*), les Etats-Unis, se fondant sur une loi de 1789, ont établi leur compétence en ce qui concerne tant les violations des droits de l'homme que les violations majeures du droit international, commises par des non-nationaux à l'étranger. Cette compétence, avec la faculté d'ordonner le paiement de dommages-intérêts, a été exercée à l'égard d'actes de torture commis dans divers pays (Paraguay, Chili, Argentine, Guatemala) et d'autres violations majeures des droits de l'homme commises dans d'autres pays encore. Si cet exercice unilatéral de la fonction de gardien des valeurs internationales a été très commenté, il n'a pas d'une manière générale suscité l'approbation des Etats.

49. La Belgique — et aussi de nombreux auteurs qui ont écrit sur ce sujet — trouve dans l'affaire du *Lotus* une justification pour l'exercice d'une compétence pénale universelle par défaut. Bien qu'il soit clair que l'affaire a été tranchée sur le fondement de la compétence pour des dommages causés à un navire de la flotte turque et à des nationaux turcs, c'est la célèbre observation incidente de la Cour permanente qui a particulièrement retenu l'attention. La Cour a déclaré :

«Or, la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'Etat est celle d'exclure — sauf l'existence d'une règle permissive contraire — tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat. Dans ce sens, la juridiction est certainement territoriale; elle ne pourrait être exercée hors du territoire, sinon en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention.

Mais il ne s'ensuit pas que le droit international défend à un Etat d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international. Pareille thèse ne saurait être soutenue que si le droit international défendait, d'une manière générale, aux Etats d'atteindre par leurs lois et de soumettre à la juridiction de leurs tribunaux des personnes, des biens et des actes hors du territoire, et si, par dérogation à cette règle générale prohibitive, il permettait aux Etats de ce faire dans des cas spécialement déterminés. Or, tel n'est certainement pas l'état actuel du droit international. Loin de défendre d'une manière générale aux Etats d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles

prohibitives; pour les autres cas, chaque Etat reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables.» (C.P.J.I. série A n° 10, p. 18-19.)

La Cour permanente a reconnu qu'il fallait examiner si ces principes s'appliqueraient également dans le domaine de la juridiction pénale ou si, dans ce domaine, des liens plus étroits pourraient être requis. La Cour a noté l'importance du caractère territorial du droit pénal mais aussi le fait que tous ou presque tous les systèmes de droit étendaient leur action à des infractions commises hors du territoire de l'Etat qui les adoptait, et qu'ils le faisaient sous des formes variables d'un Etat à l'autre. Après avoir examiné la question, la Cour a finalement conclu que, pour l'exercice d'une compétence pénale extraterritoriale (ailleurs que sur le territoire d'un autre Etat), il était également nécessaire de «prouver l'existence d'un principe de droit international restreignant le pouvoir discrétionnaire des Etats en ce qui concerne la législation pénale».

50. L'application de ce *dictum* célèbre serait manifestement dangereuse dans certains domaines du droit international. (Voir, sur ce point, l'opinion dissidente de M. Shahabuddeen dans l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 394-396.) Elle reste néanmoins toujours possible dans le contexte de la compétence à l'égard des crimes internationaux.

51. Cela dit, cette observation incidente correspond à l'apogée du laissez-faire dans les relations internationales, et à une époque qui a été sensiblement dépassée par d'autres tendances. L'idée qui sous-tend la compétence universelle proprement dite (comme dans le cas de la piraterie et, peut-être, des conventions de Genève de 1949), ainsi que la variante *aut dedere aut prosequi*, est qu'il faut agir de concert face aux atrocités. La série de traités multilatéraux avec leurs dispositions juridictionnelles spéciales montre que la communauté internationale est résolue à agir pour que ceux qui commettent des crimes de guerre, des détournements d'aéronefs, des prises d'otages ou des actes de torture ne demeurent pas impunis. Bien que les crimes contre l'humanité ne fassent pas encore l'objet d'une convention distincte, on ne peut douter que de tels actes suscitent une indignation internationale comparable. Et les Etats et auteurs qui revendiquent le droit d'agir unilatéralement pour établir une compétence pénale universelle à l'égard des personnes commettant de tels actes invoquent la notion d'action en qualité de «représentants de la communauté internationale». Ce concept vertical du pouvoir d'agir est sensiblement différent du système horizontal de droit international envisagé dans l'affaire du *Lotus*.

Dans le même temps, le consensus international selon lequel les auteurs de crimes internationaux ne doivent pas demeurer impunis est promu par une stratégie souple, dans le cadre de laquelle les tribunaux pénaux internationaux nouvellement créés, les obligations conventionnelles et les juridictions nationales ont tous leur rôle à jouer. Nous repoussons l'idée que la lutte contre l'impunité est «transférée» aux traités et tribunaux inter-

nationaux, les tribunaux nationaux n'ayant pas compétence en la matière. On a pris grand soin, lorsqu'on a formulé les dispositions conventionnelles pertinentes, de ne pas exclure d'autres chefs de compétence, laquelle peut être exercée sur une base volontaire. (Voir l'article 4, par. 3, de la convention de La Haye pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (1970); l'article 5, par. 3, de la convention internationale contre la prise d'otages (1979); l'article 5, par. 3, de la convention contre la torture; l'article 9 du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie; et l'article 19 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale.)

52. Nous pouvons donc déclarer avec les auteurs d'*Oppenheim's International Law* (9<sup>e</sup> éd., p. 998) que :

« Si l'on ne peut encore faire valoir aucune règle générale du droit international positif qui donne aux Etats le droit de punir des étrangers pour des crimes contre l'humanité de la même manière qu'ils sont, par exemple, habilités à punir les actes de piraterie, il existe des indications claires qu'un principe important du droit international se fait progressivement jour à cet effet. »

\* \* \*

53. Cela nous ramène au point particulier qui divise les Parties en l'espèce : la présence de l'accusé sur le territoire est-elle une condition préalable à l'exercice de la compétence universelle ?

54. Il existe une confusion considérable à ce sujet, et le fait que les législateurs et les tribunaux, comme les auteurs, omettent fréquemment de dire à quel moment précis une telle condition serait opérante ne contribue pas à la dissiper. L'accusé doit-il être présent dans la juridiction au moment où l'infraction est commise ? Au moment où le mandat d'arrêt est délivré ? Ou au moment du procès lui-même ? Un examen de la législation nationale, de la jurisprudence et de la doctrine fait apparaître une grande variété de liens temporels pour l'exercice de la compétence. On ne peut dire que cette pratique incohérente atteste l'existence d'une condition préalable à tout exercice de la compétence universelle. Le fait que par le passé le seul exemple clair d'un exercice accepté de la compétence universelle soit en matière de piraterie, *en dehors de toute juridiction territoriale*, n'est pas déterminant. La seule prohibition (reprise par la Cour permanente dans l'affaire du *Lotus*) est que la compétence pénale ne doit pas être exercée sans autorisation sur le territoire d'un autre Etat. Le mandat d'arrêt belge envisageait que M. Yerodia serait arrêté en Belgique, ou la possibilité qu'il le soit dans des Etats tiers à la discrétion des Etats concernés. En principe, cela ne semblerait violer aucune prohibition existante du droit international.

55. En droit pénal, en particulier, on dit que la réunion des preuves exige la présence territoriale. Mais cela vaut pour toute extraterritorialité, y compris celles qui sont bien établies et pas seulement la compétence universelle.

56. Certains pays prévoient le jugement par défaut; d'autres non. Si

l'on dit qu'une personne doit se trouver dans la juridiction au moment du procès lui-même, cela peut constituer une garantie prudente du droit à un procès équitable mais n'a guère de rapport avec les chefs de compétence reconnus en droit international.

57. Sur quel fondement avance-t-on, à défaut, qu'un mandat d'arrêt ne peut être émis à l'encontre de non-nationaux s'agissant d'infractions commises hors de la juridiction ? Le texte lui-même des dispositions de la convention de Genève de 1949 et du premier protocole additionnel n'étaye pas ce point de vue. Les grands traités sur les infractions aériennes, le détournement d'aéronefs, les stupéfiants et la torture s'articulent autour du principe *aut dedere aut prosequi*. Par définition, cela implique la présence sur le territoire. Vous ne pouvez être tenu d'extraire quelqu'un que vous choisissez de ne pas juger si vous ne pouvez vous assurer de sa personne. Les lois nationales, adoptées pour donner effet à ces traités, mentionnent aussi, tout naturellement, la nécessité de la présence de l'accusé. Ces réalités raisonnables sont critiques pour l'exercice obligatoire de la compétence *aut dedere aut prosequi*, mais ne peuvent être interprétées *a contrario de manière à exclure* un exercice volontaire d'une compétence universelle.

58. Si l'objectif fondamental de la désignation de certains actes comme crimes internationaux est d'autoriser l'exercice d'une large compétence à l'égard des personnes qui les commettent, il n'y a pas de règle du droit international (et certainement pas le principe *aut dedere*) qui rende illécites les actes publics de coopération visant à obtenir la présence de ces personnes sur le territoire d'un Etat souhaitant exercer sa compétence.

\* \* \*

59. Si, comme nous le pensons, un Etat peut choisir d'exercer une compétence pénale universelle par défaut, il doit aussi veiller à ce que certaines garanties soient en place. Celles-ci sont absolument essentielles pour prévenir les abus et faire en sorte que le rejet de l'impunité ne compromette pas la stabilité des relations entre les Etats.

Aucun exercice de la compétence pénale ne peut intervenir qui ne respecterait pas l'inviolabilité ou porterait atteinte aux immunités de la personne concernée. Nous revenons ci-après sur certains aspects de ce point, mais nous déclarons à ce stade qu'ouvrir une enquête sur la base de laquelle un mandat d'arrêt pourra ultérieurement être délivré ne viole pas en soi ces principes. La fonction que sert le droit international des immunités n'exige pas des Etats qu'ils ne se tiennent pas informés.

Un Etat envisageant d'exercer l'action pénale sur la base de la compétence universelle doit d'abord donner à l'Etat de nationalité de la personne qui pourra être accusée la possibilité de donner suite aux accusations en cause. La Cour évoque ces éléments dans le cadre de la présente affaire au paragraphe 16 de son arrêt.

En outre, de telles accusations ne peuvent être portées que par un procureur ou un juge d'instruction qui agit en toute indépendance, sans liens

avec le gouvernement de cet Etat ni contrôle de ce dernier. De plus, l'équilibre souhaité entre la lutte contre l'impunité et la promotion de bonnes relations interétatiques ne sera maintenu que s'il existe des circonstances spéciales qui exigent effectivement l'exercice d'une compétence pénale internationale et si elles ont été portées à l'attention du procureur ou du juge d'instruction. Par exemple, que des personnes liées aux victimes aient demandé qu'une action en justice soit engagée.

\* \* \*

60. Il est également nécessaire que la compétence pénale universelle ne soit exercée qu'à l'égard des crimes considérés comme les plus odieux par la communauté internationale.

61. La piraterie est l'exemple classique. La compétence était, bien entendu, exercée en haute mer et non en tant que compétence d'exécution sur le territoire d'un Etat qui n'était pas d'accord. Mais ce fait historique ne signifie pas que la compétence universelle n'existe qu'à l'égard des crimes commis en haute mer ou en d'autres lieux ne relevant de la juridiction territoriale d'aucun Etat. Il est d'une importance décisive que cette compétence était considérée comme licite parce que la communauté internationale considérait la piraterie comme préjudiciable aux intérêts de tous. Les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité ne sont pas moins préjudiciables aux intérêts de tous parce qu'ils ne sont pas habituellement commis en haute mer. Les crimes de guerre (depuis 1949 déjà, peut-être une disposition conventionnelle en faveur de la compétence universelle) peuvent être ajoutés à la liste. La définition de leur contenu repose largement sur les conventions de 1949 et les sections des protocoles additionnels de 1977 qui correspondent au droit international général. On a aussi vu ces dernières années un phénomène d'alignement des législations nationales sur la compétence en matière de crimes de guerre, visant les crimes définis dans les statuts du TPIY, du TPIR et de la future CPI.

62. La substance de la notion de crimes contre l'humanité, et le statut de crimes justifiant de l'exercice de la compétence universelle que ceux-ci revêtent, est en train d'évoluer. L'article 6 *c*) du Statut du Tribunal militaire international du 8 août 1945 les envisageait comme une catégorie liée aux crimes dont le Tribunal était compétent pour connaître (crimes de guerre, crimes contre la paix). En 1950, la Commission du droit international les définissait comme l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou tout autre acte inhumain commis contre toute population civile, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions sont commis à la suite d'un crime contre la paix ou d'un crime de guerre, ou en liaison avec ces crimes (rapport de la CDI, 1950, document A/1316, principe VI *c*), p. 15). Des définitions ultérieures des crimes contre l'humanité ont à la fois étendu la matière de manière à couvrir des crimes comme la torture et le viol, et supprimé le lien avec d'autres crimes établis antérieu-

rement. Les crimes contre l'humanité sont maintenant considérés comme une catégorie distincte. Ainsi, le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté en 1996 par la Commission du droit international, à sa 48<sup>e</sup> session, dispose qu'on entend par crime contre l'humanité

«le fait de commettre, d'une manière systématique ou sur une grande échelle et à l'instigation ou sous la direction d'un gouvernement, d'une organisation ou d'un groupe, l'un des actes ci-après :

- a)* le meurtre;
- b)* l'extermination;
- c)* la torture;
- d)* la réduction en esclavage;
- e)* les persécutions pour des motifs politiques, raciaux, religieux ou ethniques;
- f)* la discrimination institutionnalisée pour des motifs raciaux, ethniques ou religieux comportant la violation des libertés et droits fondamentaux de l'être humain et ayant pour résultat de défavoriser gravement une partie de la population;
- g)* la déportation ou le transfert forcé de populations, opérés de manière arbitraire;
- h)* l'emprisonnement arbitraire;
- i)* la disparition forcée de personnes;
- j)* le viol, la contrainte à la prostitution et les autres formes de violence sexuelle;
- k)* d'autres actes inhumains qui portent gravement atteinte à l'intégrité physique ou mentale, à la santé ou à la dignité humaine, tels que mutilations et sévices graves».

63. La législation belge de 1999 établit une compétence universelle à l'égard d'actes largement définis comme des «violations graves du droit international humanitaire», et la liste de ces actes comprend les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité visés dans le projet de code des crimes, auxquels le génocide a été ajouté. Le génocide figure également en tant que «crime contre l'humanité» dans la convention de 1968 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, ainsi que dans les statuts du TPIY, du TPIR et de la CPI.

64. Le mandat d'arrêt émis contre M. Yerodia accuse celui-ci aussi bien de crimes de guerre que de crimes contre l'humanité. En ce qui concerne ces derniers, des incitations à la haine raciale, dont il est allégué qu'elles ont entraîné des meurtres et des lynchages, étaient visées. Faire entrer cette accusation dans le cadre substantiel tel qu'il est généralement compris des crimes contre l'humanité n'est pas sans poser problème. Il faudrait assimiler la «haine raciale» à la «persécution pour des motifs raciaux» ou, compte tenu des faits de l'espèce, aux massacres et à l'extermination. L'incitation à la commission de l'un quelconque de ces actes ne figure pas dans les définitions usuelles des crimes contre l'humanité et

n'est pas non plus explicitement mentionnée dans les statuts du TPIY ou du TPIR, ni dans le Statut de Rome de la CPI. Toutefois, l'article 7 1) du Statut du TPIY et l'article 6 1) du Statut du TPIR stipulent bien que

«quiconque a planifié, incité à commettre, ordonné, commis ou de toute autre manière aidé et encouragé à planifier, préparer ou exécuter un crime visé [aux articles pertinents : les crimes contre l'humanité en faisant partie] est individuellement responsable dudit crime».

Dans le jugement *Akayesu* (96-4-T), une chambre du TPIR a jugé que la responsabilité d'un crime contre l'humanité comprend la responsabilité de l'incitation à commettre le crime en question (par. 481-482). Cette question est traitée de manière comparable à l'article 25 3) du Statut de Rome.

65. Il semblerait (sans qu'il y ait à se prononcer d'aucune manière sur le point de savoir si M. Yerodia a ou non commis les actes dont il est accusé dans le mandat d'arrêt) que les actes allégués relèvent bien de la notion de «crimes contre l'humanité» et entrent dans la catégorie restreinte de crimes à l'égard desquels l'exercice de la compétence universelle n'est pas exclu en droit international.

\* \* \*

66. Il peut être utile de traiter d'un point connexe à ce stade. La Belgique a affirmé que, quel que soit l'état du droit international sur la question de la compétence universelle, elle n'a pas en fait exercé une telle compétence. Ainsi, selon la Belgique, il n'y a eu ni violation des immunités dont pouvait jouir M. Yerodia, ni atteinte à la souveraineté du Congo. A cette fin, la Belgique, dans son contre-mémoire, fait observer que l'immunité d'exécution du mandat est soigneusement prévue pour les «représentants d'Etats étrangers qui visitent la Belgique suite à une invitation officielle. Dans ces cas, le mandat d'arrêt précise que la personne visée serait à l'abri d'une exécution du mandat d'arrêt en Belgique» (contre-mémoire de la Belgique, par. 1.12). La Belgique fait en outre observer que le mandat d'arrêt

«n'a aucun effet juridique ni pour la RDC ni sur son territoire. Bien que le mandat ait été diffusé internationalement par Interpol pour information, en juin 2000, à l'époque il n'était pas l'objet d'une notice rouge. Même si cela avait été le cas, la portée juridique d'une notice rouge est telle que, pour la RDC, elle n'aurait pas pu équivaloir à une requête d'arrestation provisoire, ni, a fortiori, à une demande formelle d'extradition.» (Contre-mémoire de la Belgique, par. 3.1.12.)

67. On a expliqué à la Cour qu'un des premiers objectifs de l'émission d'un mandat international était de découvrir où se trouvait une personne. L'endroit où se trouvait M. Yerodia a toujours été connu.

68. Nous n'avons pas jugé persuasives les réponses données par la Belgique à la question que lui avait posée M. Koroma quant à l'*objectif* du mandat, si celui-ci était effectivement formulé avec tant de soin qu'il en était inexécutable.

69. Nous ne pensons pas que l'on puisse dire que, étant donné ces explications de la Belgique, il n'y a pas eu un exercice de la compétence susceptible de faire jouer l'immunité ou de porter atteinte à la souveraineté du Congo. Si un Etat émet un mandat d'arrêt contre le national d'un autre Etat, cet autre Etat a le droit de considérer ce mandat comme tel — assurément si l'Etat qui l'émet n'appelle pas l'attention de l'Etat national sur les clauses et dispositions du mandat qui lui ôteraient toute efficacité. La Belgique a admis que l'objectif de la diffusion internationale du mandat était «d'établir un fondement juridique pour l'arrestation de M. Yerodia ... à l'étranger et son extradition subséquente vers la Belgique». La délivrance d'un mandat d'arrêt international, même si celui-ci n'est pas encore accompagné d'une notice rouge est analogue au verrouillage d'un radar sur un avion: c'est déjà une déclaration de la volonté et de la capacité d'agir et, en tant que telle, elle peut être perçue comme une menace de le faire au moment que la Belgique choisira. Même si l'action d'un Etat tiers est requise, le terrain a été préparé.

\* \* \*

70. Nous allons maintenant nous pencher sur les conclusions de la Cour en ce qui concerne les effets de l'émission de la diffusion du mandat sur l'inviolabilité et l'immunité de M. Yerodia.

71. S'agissant de l'immunité, bien que nous souscrivions d'une manière générale à ce qui est dit dans l'arrêt de la Cour en ce qui concerne la question spécifique qui lui était posée, nous estimons néanmoins que la démarche choisie par la Cour a dans une certaine mesure transformé la nature de l'affaire dont elle était saisie. En se concentrant exclusivement sur la question de l'immunité, et en évitant simultanément la question de la compétence, on crée l'impression que l'immunité a une valeur en soi, alors qu'en réalité il s'agit d'une exception à une règle normative qui autrement s'appliquerait. Elle reflète donc un intérêt qui dans certaines circonstances prévaut sur un intérêt qui autrement serait prédominant, il s'agit d'une dérogation à une compétence qui normalement peut s'exercer, et elle ne peut être invoquée que quand cette dernière existe. Elle représente un intérêt en soi, mais qui doit néanmoins toujours être mis en balance avec l'intérêt de la norme à laquelle elle déroge.

72. Un exemple en est donné par l'évolution au fil du temps de l'immunité des Etats en matière civile. Le concept initial d'immunité absolue, fondé sur le statut (*par in parem non habet imperium*), a été remplacé par celui d'immunité restreinte; dans le cadre de cette dernière, une distinction a été faite entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis* et l'immunité n'est accordée que pour les premiers. La signification de ces deux notions n'est cependant pas gravée dans la pierre; elle est sujette à

une interprétation en évolution permanente qui varie avec le temps pour refléter l'évolution des priorités de la société.

73. On peut observer un phénomène comparable dans le domaine du droit pénal international. Comme nous l'avons dit au paragraphe 49, on peut discerner un passage progressif à des chefs de compétence autres que la territorialité. Cette transition lente mais régulière vers une application plus extensive de leur compétence extraterritoriale par les Etats reflète l'apparition de valeurs qui sont de plus en plus reconnues au sein de la société internationale. Une de ces valeurs est l'importance qui s'attache au châtimeut des auteurs de crimes internationaux. A cet égard, il est nécessaire de souligner une fois encore que ce phénomène non seulement a amené la création de nouveaux tribunaux internationaux et systèmes conventionnels dans le cadre desquels de nouvelles compétences sont attribuées aux tribunaux nationaux, mais aussi la reconnaissance, pour la juridiction nationale, d'autres chefs de compétence, qui ne reposent pas sur le territoire (voir paragraphe 51 ci-dessus).

74. On admet de plus en plus qu'il importe de faire en sorte que les auteurs de crimes internationaux graves ne demeurent pas impunis, et ce fait a eu un impact sur les immunités dont jouissaient les hauts dignitaires de l'Etat en vertu du droit coutumier traditionnel. Il est maintenant généralement admis que dans le cas de tels crimes, qui sont souvent commis par de hauts responsables qui utilisent les pouvoirs dont l'Etat est investi, l'immunité n'est jamais une immunité de fond et ne peut donc exonérer l'auteur du crime de sa responsabilité pénale individuelle. Elle a aussi donné naissance à une tendance, dans le cas des crimes internationaux, à n'accorder l'immunité procédurale de juridiction qu'aussi longtemps que l'agent de l'Etat soupçonné est en fonction.

75. Ces tendances reflètent une mise en balance d'intérêts. D'un côté, il y a l'intérêt de la communauté humaine, à savoir prévenir et faire cesser l'impunité des auteurs de crimes graves commis contre ses membres; de l'autre, il y a l'intérêt de la communauté des Etats, à savoir permettre à ceux-ci d'agir librement au niveau interétatique sans ingérence injustifiée. Il faut donc réaliser un équilibre entre deux séries de fonctions qui sont toutes deux précieuses pour la communauté internationale. Du fait de ces préoccupations, ce qui est considéré comme une compétence autorisée et ce qui est considéré comme le droit de l'immunité sont des notions en évolution constante. Les poids placés sur les deux plateaux de la balance n'y sont pas à jamais. En outre, une tendance se fait jour selon laquelle, dans un monde qui rejette de plus en plus l'impunité pour les crimes les plus horribles, l'attribution de la responsabilité et de l'obligation de rendre des comptes devient plus ferme, la possibilité d'établir sa compétence plus large et celle d'invoquer l'immunité pour se protéger plus limitée. Toutefois, le droit des privilèges et immunités conserve son importance puisque les immunités sont conférées aux hauts responsables de l'Etat pour garantir le fonctionnement adéquat du réseau des relations interétatiques, ce qui est d'une importance capitale pour un système international bien ordonné et harmonieux.

76. Telle est la toile de fond de l'affaire soumise à la Cour. La Belgique affirme qu'en droit international elle est autorisée à engager une action pénale contre un agent de l'Etat qui est soupçonné d'avoir commis des crimes qui sont généralement condamnés par la communauté internationale; et elle soutient qu'en raison de la nature de ces crimes l'individu en cause n'est plus protégé par son immunité personnelle. Le Congo ne nie pas qu'un ministre des affaires étrangères est au regard du droit international responsable de tous ses actes. Il affirme par contre qu'il jouit d'une immunité personnelle absolue de la juridiction pénale aussi longtemps qu'il est en fonction, et que son statut doit être assimilé à cet égard à celui d'un chef d'Etat (mémoire du Congo, p. 30).

77. Chacune des Parties accorde donc une importance particulière dans son argumentation à certains des intérêts visés ci-dessus: la Belgique à la prévention de l'impunité, le Congo à la prévention d'ingérences extérieures injustifiées découlant d'une limitation excessive des immunités et d'une extension excessive de la compétence.

78. Dans son arrêt, la Cour réduit quelque peu l'importance des arguments de la Belgique. Après avoir souligné — et nous ne pouvons l'approuver davantage — que l'immunité de juridiction dont bénéficie un ministre des affaires étrangères en exercice ne signifie pas qu'il bénéficie d'une impunité au titre des crimes qu'il aurait pu commettre (par. 60), la Cour déclare ensuite que ces immunités ne font pas obstacle à ce que la responsabilité pénale de l'intéressé soit recherchée dans certaines circonstances (par. 61). Nous sommes moins optimistes quant aux exemples donnés par la Cour de telles circonstances. La probabilité qu'un ministre des affaires étrangères soit jugé dans son propre pays en vertu des règles applicables du droit interne ou que son immunité soit levée par son propre Etat n'est pas élevée dès lors qu'il n'y a pas eu de changement de pouvoir, et il est rare qu'il existe un tribunal pénal international compétent pour engager une action pénale; en outre, il est très risqué d'attendre trop d'une future cour pénale internationale à cet égard. La seule alternative crédible semble donc être la possibilité d'engager une procédure devant un tribunal étranger après que la personne soupçonnée cesse d'exercer les fonctions de ministre des affaires étrangères. Cette solution, néanmoins, peut aussi être facilement anticipée par un gouvernement peu coopératif qui maintiendrait le ministre en fonction pour une période encore indéterminée.

79. Nous souhaitons toutefois souligner que la conviction fréquemment exprimée par la communauté internationale selon laquelle les auteurs de crimes internationaux graves et inhumains ne devraient pas rester impunis ne signifie pas *ipso facto* que les immunités sont inopérantes à chaque fois que l'impunité en résulterait. La nature de tels crimes et les circonstances dans lesquelles ils sont commis, habituellement au moyen de l'appareil d'Etat, rendent rien moins qu'aisé de trouver un argument convaincant pour protéger l'auteur allégué des crimes en lui accordant l'immunité de juridiction pénale. Mais les immunités servent d'autres fins qui ont leur valeur intrinsèque propre et que nous avons évoquées au paragraphe 77

ci-dessus. Le droit international s'efforce de concilier cette valeur avec la lutte contre l'impunité, et non de faire triompher une norme sur l'autre. Un Etat peut exercer la compétence pénale que lui confère le droit international, mais ce faisant il est soumis à d'autres obligations juridiques, qu'elles concernent le non-exercice de ses pouvoirs sur le territoire d'un autre Etat ou le respect requis du droit des relations diplomatiques ou, comme dans la présente affaire, des immunités procédurales des agents de l'Etat. Etant donné l'aversion universelle que suscitent ces crimes, ces immunités doivent être reconnues avec une certaine retenue, en particulier lorsqu'il y a des raisons de penser que des crimes ont été commis qui ont été universellement condamnés dans des conventions internationales. Il est en conséquence nécessaire d'analyser soigneusement les immunités dont bénéficient en droit international coutumier les hauts représentants de l'Etat et, en particulier, les ministres des affaires étrangères.

80. En droit international coutumier, le chef d'Etat était perçu comme personnifiant l'Etat souverain. L'immunité à laquelle il avait droit reposait donc sur son statut, tout comme celle de l'Etat qu'il symbolisait. Si la pratique des Etats est à cet égard extrêmement rare, les immunités dont jouissent d'autres hauts responsables de l'Etat (comme les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères) ont généralement été considérées en doctrine comme simplement fonctionnelles. (Voir Arthur Watts, «The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1994, vol. 247, p. 102-103.)

81. Nous n'avons pas trouvé de fondement à l'argument selon lequel les ministres des affaires étrangères ont droit aux mêmes immunités que les chefs d'Etat. A cet égard, il convient de souligner que le paragraphe 3.2 du Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens adopté par la Commission du droit international en 1991, qui contenait une clause de sauvegarde pour les privilèges et immunités des chefs d'Etat, ne comprenait pas de disposition similaire pour ceux des ministres des affaires étrangères (ou des chefs de gouvernement). Dans son commentaire, la CDI indiquait que mentionner les privilèges et immunités des ministres des affaires étrangères soulèverait des questions quant au fondement et à l'étendue de leur immunité juridictionnelle. De l'avis de la CDI, ces immunités n'étaient manifestement pas identiques à celles des chefs d'Etat.

82. L'Institut de droit international a pris une position comparable en 2001 en ce qui concerne les ministres des affaires étrangères. Sa résolution sur l'immunité des chefs d'Etat, qui reposait sur un rapport exhaustif relatif à l'ensemble de la pratique des Etats en la matière, dispose expressément qu'ils «jouissent, en matière pénale, de l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'un Etat étranger à raison de toute infraction qu'ils peuvent avoir commise, quelle que soit sa gravité». Mais l'Institut, qui dans sa résolution assimilait effectivement la situation du chef de gouvernement à celle du chef de l'Etat, a soigneusement évité de faire la même chose en ce qui concerne le ministre des affaires étrangères.

83. Nous sommes donc d'accord avec la Cour que l'objet des immunités accordées aux ministres des affaires étrangères en droit international coutumier est de leur permettre de s'acquitter librement de leurs fonctions pour le compte des Etats qu'ils représentent (arrêt, par. 53). Ils doivent donc, tant qu'ils sont en fonction, pouvoir voyager librement à chaque fois qu'ils ont besoin de le faire. Il existe un large accord en doctrine pour dire qu'un ministre des affaires étrangères a droit à la pleine immunité durant les visites officielles qu'il fait dans l'exercice de ses fonctions. Cela a aussi été reconnu par le juge d'instruction belge dans le mandat d'arrêt du 11 avril 2000. Le ministre des affaires étrangères doit aussi jouir de l'immunité à chaque fois qu'il exerce les fonctions requises par sa charge et en quelque lieu qu'il les exerce, et lorsqu'il est en transit pour ce faire.

84. La réponse aux questions de savoir s'il a aussi droit à des immunités durant ses voyages privés, et quelle est l'étendue de ces immunités éventuelles, est beaucoup moins claire. Assurément, il ne peut pas être assujéti à des mesures qui l'empêcheraient d'exercer efficacement les fonctions d'un ministre des affaires étrangères. La détention ou l'arrestation constitueraient de telles mesures et doivent donc être considérées comme portant atteinte à l'inviolabilité et l'immunité de juridiction pénale auxquelles un ministre des affaires étrangères a droit. Le mandat d'arrêt du 11 avril 2000 était directement exécutable en Belgique et aurait obligé les autorités de police à arrêter M. Yerodia s'il s'était rendu dans ce pays pour des raisons non officielles. L'émission même du mandat d'arrêt doit donc être considérée comme constituant une atteinte à l'inviolabilité à laquelle M. Yerodia avait droit aussi longtemps qu'il occupait le poste de ministre des affaires étrangères du Congo.

85. Néanmoins, cette immunité ne vaut qu'aussi longtemps que le ministre est en fonction et ne continue ultérieurement à le protéger qu'à raison de ses actes « officiels ». On affirme maintenant de plus en plus en doctrine (voir, par exemple, Andrea Bianchi, « Denying State Immunity to Violators of Human Rights », *Austrian Journal of Public and International Law* (1994), vol. 46, p. 227-228) que les crimes internationaux graves ne peuvent être considérés comme des actes officiels parce qu'ils ne correspondent ni à des fonctions étatiques normales ni à des fonctions qu'un Etat seul (par opposition à un individu) peut exercer. (Goff, J. (comme il se nommait alors) et lord Wilberforce ont explicité ce critère dans l'affaire du *1<sup>o</sup> Congreso del Partido* (1978) QB 500, p. 528, et (1983) AC 244, p. 268, respectivement.) Cette opinion est mise en évidence par la prise de conscience accrue du fait que les mobiles liés à l'Etat ne constituent pas le critère approprié pour déterminer ce qui constitue des actes publics de l'Etat. La même opinion trouve en outre progressivement son expression dans la pratique des Etats, comme l'attestent des décisions et avis judiciaires. (Pour un exemple déjà ancien, voir l'arrêt de la Cour suprême d'Israël dans l'affaire *Eichmann*; Cour suprême, 29 mai 1962, *International Law Reports*, vol. 36, p. 312.) Voir aussi les discours de lord Hutton et lord Phillips of Worth Matravers dans l'affaire *R v. Barile and*

*the Commissioner of Police for the Metropolis and Others*, ex parte *Pinochet* («*Pinochet III*»); et de lord Steyn et lord Nicholls of Birkenhead dans l'affaire «*Pinochet I*», ainsi que le jugement de la cour d'appel d'Amsterdam dans l'affaire *Bouterse* (Gerechtshof Amsterdam, 20 novembre 2000, par. 4.2.)

\* \* \*

86. Nous avons voté contre le paragraphe 3 du dispositif pour plusieurs raisons.

87. Au paragraphe 3 du dispositif, la Cour «[c]it que le Royaume de Belgique doit, par les moyens de son choix, mettre à néant le mandat d'arrêt du 11 avril 2000 et en informer les autorités auprès desquelles ce mandat a été diffusé». En statuant ainsi, la Cour fait fond sur la proposition énoncée dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów* selon laquelle «la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait ... existé si ledit acte n'avait pas été commis» (*C.P.J.I. série A n° 17*, p. 47). Ayant déjà conclu que l'émission et la diffusion du mandat d'arrêt par la Belgique étaient illicites au regard du droit international, la Cour conclut que ce mandat doit être annulé parce que «[l]e mandat subsiste et demeure illicite nonobstant le fait que M. Yerodia a cessé d'être ministre des affaires étrangères».

88. L'invocation par la Cour de l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów* pour étayer sa conclusion au paragraphe 3 du dispositif nous a laissés perplexes. Il semblerait que la Cour considère son injonction en vue de l'annulation du mandat comme une forme de *restitutio in integrum*. Même dans les circonstances très différentes auxquelles la Cour permanente était confrontée dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, la *restitutio* s'est en l'espèce révélée impossible. Nous ne pensons pas non plus que le rétablissement du *statu quo ante* soit possible ici, puisque M. Yerodia n'est plus ministre des affaires étrangères.

89. De plus — et ceci est plus important — l'arrêt donne à penser que ce qui est en cause ici est une illicéité continue, en considérant qu'une demande de retrait d'un instrument est généralement perçue comme touchant la cessation d'un fait internationalement illicite continu (Commission du droit international, commentaire de l'article 30 du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat, A/56/10 (2001), p. 233). Toutefois, la conclusion de la Cour selon laquelle l'émission et la diffusion du mandat étaient illicites, à laquelle nous souscrivons, reposait sur le fait que ces actes ont eu lieu à une époque où M. Yerodia était ministre des affaires étrangères. Dès qu'il a cessé d'être ministre des affaires étrangères, les conséquences illicites découlant du mandat ont aussi pris fin. Le simple fait que le mandat continue d'identifier M. Yerodia comme le ministre des affaires étrangères ne change rien à cet égard du point de vue du droit international, même s'il se peut très bien qu'un mandat d'arrêt comportant une erreur de désignation, ce qui est tout ce qu'il est maintenant,

puisse être considéré comme vicié au regard du droit interne belge; mais cela n'est pas et ne peut être le souci de la Cour. C'est pourquoi nous considérons que la Cour s'est trompée dans sa conclusion sur ce point.

*(Signé)* Rosalyn HIGGINS.

*(Signé)* Pieter KOOLJMANS.

*(Signé)* Thomas BUERGENTHAL.

---