Cour internationale de Justice

AFFAIRE RELATIVE AU MANDAT D'ARRÊT
DU 11 AVRIL 2000

(République démocratique du Congo c. Belgique)

MÉMOIRE

Présenté par le Gouvernement de la

RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO

15 mai 2001

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	5
§ 1. Rétroactes.....	5
§ 2. Violation du droit international commise par la Belgique à l'encontre de la R.D.C. et objet de la demande.....	6
§ 3. Présentation du Mémoire.....	7

Première Partie :

LES FAITS LITIGIEUX ET L'EXISTENCE ENTRE LES PARTIES D'UN DIFFÉREND JURIDIQUE RELEVANT DE LA COMPÉTENCE DE LA COUR

Chapitre I^{er} : Les faits, objet du différend	9
§ 1. Les faits non litigieux.....	9
§ 2. La pertinence de ces faits sur le différend.....	9
Chapitre II : L'existence et la nature du différend entre les parties	10
Chapitre III : La compétence de la Cour	12

Deuxième Partie :

DROIT INTERNATIONAL ET DROIT INTERNE

Chapitre I^{er} : Les faits litigieux font-ils apparaître un conflit entre le droit international et le droit interne ?	13
Chapitre II : Le ralliement de la Cour de cassation de Belgique à la doctrine du monisme avec prépondérance du droit international sur le droit interne.....	14
§ 1. L'application des traités internationaux et de la coutume internationale par les cours et tribunaux	14
A. L'application et l'interprétation des traités internationaux	14
B. L'application et l'interprétation du droit international coutumier	16
§ 2. Le conflit entre une loi belge et la disposition directement applicable d'un traité international régulièrement entré en vigueur en Belgique	17
§ 3. Le conflit entre une loi belge et une disposition de la coutume internationale.....	19
Chapitre III : Détermination de la portée de la loi du 16 juin 1993 et vérification de sa conformité au droit international	21
§ 1. La répression interne de crimes de droit international	21
§ 2. Les règles de compétence internationale applicables à pareille répression.....	21
§ 3. L'interprétation de l'article 5 de la loi du 16 juin 1993 modifiée par la loi du 10 février 1999	22
Chapitre IV : Le devoir du juge d'instruction saisi par l'effet d'une constitution de partie civile de vérifier son titre de compétence	27

Troisième Partie :

LES RÈGLES DE DROIT INTERNATIONAL
APPLICABLES AU DIFFÉREND ENTRE LES PARTIES:

*L'atteinte portée à l'inviolabilité et l'immunité pénale absolues du ministre des Affaires
étrangères et violation des droits souverains de la R.D.C.*

Chapitre I: Monsieur Abdoulaye Yerodia est ministre des Affaires étrangères de la R.D.C. au moment de la délivrance et de la diffusion internationale du mandat d'arrêt du 11 avril 2000	28
Chapitre II: Le droit international coutumier accorde une inviolabilité et une immunité pénale absolues aux ministres des Affaires étrangères en fonction et assimile, de ce point de vue, leur statut à celui des chefs d'État en exercice	29
Chapitre III : La portée de l'inviolabilité et de l'immunité pénale absolues du ministre des Affaires étrangères et leur violation par l'émission et la diffusion internationale du mandat d'arrêt du 11 avril 2000	31
§ 1. Portée de l'inviolabilité et de l'immunité pénale absolues.....	31
§ 2. Violation de l'inviolabilité et de l'immunité pénale absolues	31
§ 3. Préjudices causés à la R.D.C.....	32
A. Position de la R.D.C.	32
B. Arguments de la Belgique.....	34
i) L'invitation faite au ministre	34
ii) L'exécution du mandat d'arrêt par un tiers	35
iii) Les recours judiciaires.....	37
C. Les faits qui sont à la base de l'accusation	38
Chapitre IV: Il n'y a pas d'exception coutumière à l'inviolabilité et à l'immunité pénale absolues des ministres des Affaires étrangères devant les fors nationaux en cas d'accusation de crime de droit international	38
§ 1. Précisions liminaires	38
§ 2. Le droit positif	40
A. Jurisprudence, pratique et doctrine récentes.....	40
i) Les arrêts «Pinochet» de la House of Lords	40
ii) L'arrêt «Khadafi» de la Cour de cassation de France	41
B. L'argument déduit de l'article 27 du Statut de la C.P.I.	43
§ 3. Sens et importance des immunités pour l'ordre juridique international	45
Chapitre V: Inexistence d'une obligation d'exercer une compétence pénale «universelle» aussi large que celle mise en œuvre <i>in casu</i>	47
§1. Spécificité de la compétence «universelle» belge.....	48
§2. Inexistence d'obligation conventionnelle d'exercer une compétence «universelle» aussi élargie	49
A. Crimes de guerre	49
B. Crime de génocide	51
C. Crimes contre l'humanité.....	53
§3. Inexistence d'obligation coutumière d'exercer une compétence «universelle» aussi élargie	55
§4. Inexistence d'obligation déduire des résolutions du Conseil de sécurité d'exercer une compétence «universelle» aussi élargie	56
§5. La Belgique est-elle libre de «prendre» et d'exercer une compétence «universelle» aussi large?	56
A. L' <i>Opinio Juris</i> se dégageant d'autres législations	57
B. Obligation de ne pas priver le Statut de la C.P.I. de son objet et de son but.....	59
§6. L'exercice illicite d'une prétendue liberté.....	61

Quatrième Partie :
PRÉCISIONS RELATIVES À L'OBJET DE LA DEMANDE..... 62

Conclusions64

INTRODUCTION

§ 1. Rétroactes

1. Le présent mémoire est déposé conformément à l'ordonnance prononcée le 12 avril 2001 par le Président de la Cour qui, compte tenu des raisons invoquées par la République démocratique du Congo (R.D.C.) et de l'accord des Parties, a reporté au 17 mai 2001 la date d'expiration du délai pour le dépôt du mémoire de la R.D.C.

2. L'affaire a été introduite par la requête de la R.D.C. enregistrée au Greffe de la Cour le 17 octobre 2000. Cette requête fait état de différentes violations du droit international dont la Belgique s'est rendue coupable à l'égard de la R.D.C. par l'émission et la diffusion internationale d'un mandat d'arrêt délivré le 11 avril 2000 par Monsieur Damien Vandermeersch, juge d'instruction et vice-Président au Tribunal de première instance de Bruxelles, à l'encontre de Monsieur Abdulaye Yerodia Ndombasi, qui, à l'époque de l'émission et de la diffusion internationale de ce mandat d'arrêt, exerçait la fonction de ministre des Affaires étrangères de la République démocratique du Congo, partie demanderesse dans la présente affaire.

3. Immédiatement après le dépôt de la requête, la R.D.C. a présenté à la Cour une demande en indication de mesures conservatoires. La Cour s'est prononcée sur cette requête en indication de mesures conservatoires par ordonnance du 8 décembre 2000. Le dispositif de cette ordonnance se lit comme suit:

«78. Par ces motifs,

La Cour,

1) À l'unanimité,

Rejette la demande du Royaume de Belgique tendant à ce que l'affaire soit rayée du rôle;

2) Par quinze voix contre deux,

Dit que les circonstances, telles qu'elles se présentent actuellement à la Cour, ne sont pas de nature à exiger l'exercice de son pouvoir d'indiquer, en vertu de l'article 41 du Statut, des mesures conservatoires.»

4. Il importe de rappeler que la Cour a estimé qu'était en l'espèce remplie la condition de compétence *prima facie* qui doit exister pour qu'elle puisse ordonner des mesures conservatoires ¹.

5. Quant à l'existence d'un préjudice imminent et irréparable causé, du fait du mandat d'arrêt litigieux, aux droits de la R.D.C., la Cour considéré

¹ Voy. §§ 61 à 68 de l'ordonnance.

«72. (...) qu'à la suite du remaniement ministériel intervenu le 20 novembre 2000 M. Yerodia Ndombasi a cessé d'exercer les fonctions de ministre des affaires étrangères et s'est vu confier celle de ministre de l'éducation nationale, moins exposée à des déplacements fréquents à l'étranger; et (...) qu'en conséquence il n'est pas établi qu'un préjudice irréparable pourrait être causé dans l'immédiat aux droits du Congo et que le degré d'urgence soit tel qu'il y ait lieu de protéger ces droits par l'indication de mesures conservatoires.»

Il apparaît donc clairement que ce changement d'affectation ministérielle fut déterminant dans le raisonnement de la Cour, ce que ne manque pas d'indiquer le dispositif de l'ordonnance reproduit ci-dessus, qui fait état des «(...) circonstances, telles qu'elles se présentent *actuellement* à la Cour, (...)»¹.

§ 2. Violation du droit international commise par la Belgique à l'encontre de la R.D.C. et objet de la demande

6. L'émission et la diffusion internationale du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 par un organe de l'État belge procèdent, ainsi qu'il sera démontré ci-après, d'au moins une violation du droit international dont la R.D.C. est victime: la violation de la règle de droit international coutumier relative à l'inviolabilité et l'immunité pénale absolues des ministres des affaires étrangères en fonction.

7. La commission par la Belgique de ce fait internationalement illicite commis à l'encontre de la R.D.C. justifie, ainsi qu'il sera démontré, qu'il soit demandé à la Cour de dire et juger:

- que la Belgique a commis à l'encontre de la R.D.C. la violation du droit international susvisée;
- que la constatation solennelle par la Cour du caractère illicite de ce fait constitue une forme adéquate de satisfaction permettant de réparer le dommage moral qui en découle dans le chef de la R.D.C.;
- que la violation du droit international dont procèdent l'émission et la diffusion internationale du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 interdit à tout État, en ce compris la Belgique, d'y donner suite;
- que la Belgique est tenue de retirer et mettre à néant le mandat d'arrêt du 11 avril 2000 et de faire savoir auprès des autorités étrangères auxquelles ledit mandat fut diffusé qu'elle renonce à solliciter leur coopération pour l'exécution de ce mandat illicite suite à l'arrêt de la Cour.

8. Le Congo est conscient que ce grief et ces demandes diffèrent quelque peu de ceux et celles qui furent formulés dans sa requête introductive. Dès l'instant où ils prennent appui sur les mêmes faits que ceux mentionnés dans cette requête, aucune difficulté ne saurait surgir à cet égard.

¹ Nous soulignons.

§ 3. Présentation du Mémoire

9. Le présent Mémoire est divisé en quatre parties.

La première partie rappelle les faits qui font l'objet du différend dont la Cour est saisie (Chap. I), identifie la nature de celui-ci (Chap. II) ainsi que la base de compétence de la Cour (Chap. III).

La deuxième partie, intitulée «Droit international et droit interne», entend éclairer la Cour sur les obligations qui, en droit belge, s'imposent au juge d'instruction saisi d'une plainte avec constitution de partie civile (Chap. IV) ainsi que, plus généralement, sur les devoirs des cours et tribunaux belges face aux sources de droit international (Chap. II). Il est rappelé à cet égard que, sur la question des rapports entre le droit international et le droit interne, il existe une pratique belge bien établie consacrant la primauté des dispositions du droit international sur les règles de droit interne qui y seraient contraires. Il est montré que la méconnaissance de cette pratique a été l'une des causes principales de la violation du droit international ayant fait grief à la Partie demanderesse. Le troisième Chapitre souligne que la loi du 16 juin 1993 aurait pu recevoir une autre interprétation que celle qui lui a été donnée par le juge d'instruction et qui fut soutenue par le gouvernement belge. Cette autre interprétation, plus conforme aux obligations internationales de l'État belge et aux principes rappelés dans le chapitre II, aurait permis d'éviter le dommage infligé à la R.D.C. Par ces différents développements, la Partie demanderesse n'entend pas solliciter de la Cour la consécration d'une interprétation de la législation belge, plutôt qu'une autre. Ces développements soulignent seulement en quoi l'attitude de la Partie défenderesse a été contraire aux principes de droit belge les plus élémentaires relatifs aux rapports de système entre le droit international et le droit interne, en plus d'avoir violé ses obligations internationales (cfr. Troisième Partie).

La troisième partie du Mémoire est entièrement consacrée à la démonstration de l'existence, par l'émission et la diffusion internationale du mandat d'arrêt du 11 avril 2000, d'une violation du droit international commise par la Belgique à l'encontre de la R.D.C. La règle de droit international violée est relative à l'inviolabilité et l'immunité pénales absolues du ministre des Affaires étrangères. Après avoir rappelé que Monsieur Abdulaye Yerodia Ndombasi était effectivement ministre des Affaires étrangères de la R.D.C. au moment de l'émission et de la diffusion internationale du mandat d'arrêt litigieux (Chap. I), la règle de droit international coutumier relative à l'inviolabilité et l'immunité pénales absolues des ministres des Affaires étrangères en fonction est rappelée (Chap. II). Le Chapitre III souligne la portée de l'inviolabilité et de l'immunité pénales absolues et montre en quoi l'émission et la diffusion internationale du mandat d'arrêt litigieux y est contraire. Le préjudice qui en résulte dans le chef de la Partie demanderesse — et plus largement dans celui de la communauté internationale dans son ensemble — est clairement identifié. Différents arguments développés par la Belgique à l'occasion des plaidoiries relatives à la demande d'indication de mesures conservatoires sont rencontrés (invitation

faite au ministre, exécution du mandat d'arrêt par un tiers, recours judiciaires), et rejetés. Le quatrième Chapitre est consacré à la prétention de la Belgique selon laquelle aucune immunité ne pourrait exister en cas d'accusation de crime de droit international. Notamment à l'aide de la jurisprudence récente des plus hautes juridictions nationales, il est clairement démontré que tel n'est pas, et ne pourrait être, le cas devant les juridictions nationales saisies de telles accusations. Enfin, le Chapitre V revient sur la prétention de la Partie défenderesse suivant laquelle l'émission du mandat d'arrêt litigieux répondrait à une obligation internationale. L'argument est rencontré et rejeté après avoir clairement identifié la spécificité de la compétence «universelle» accordée par la loi du 16 juin 1993 aux juridictions pénales belges. Cette spécificité tient au fait que celles-ci peuvent connaître d'une accusation dirigée contre toute personne, alors même qu'elle n'est pas présente sur le territoire national. Aucune obligation internationale, qu'elle soit conventionnelle, coutumière ou prétendument déduite des résolutions du Conseil de sécurité, n'oblige en réalité la Belgique à affirmer et exercer une compétence «universelle» aussi large, sans laquelle le mandat d'arrêt litigieux n'aurait pas pu être délivré. Outre de ne pas être imposée par une obligation internationale, cette extension de compétence répressive paraît singulièrement contraire à l'*opinio juris* qui se dégage d'autres pratiques nationales. Elle semble aussi peu compatible avec l'institution de la Cour pénale internationale dont le Statut précise qu'elle est complémentaire aux juridictions pénales nationales.

La quatrième partie du Mémoire apporte quelques précisions relatives à l'objet de la demande dont la Cour est saisie.

Première Partie :
LES FAITS LITIGIEUX ET L'EXISTENCE ENTRE LES PARTIES
D'UN DIFFÉREND JURIDIQUE RELEVANT
DE LA COMPÉTENCE DE LA COUR

Chapitre I^{er}.
LES FAITS, OBJET DU DIFFÉREND

§ 1. Les faits non litigieux

10. Les Parties s'accordent sur la matérialité des faits à l'origine de l'action introduite par le Gouvernement de la République démocratique du Congo.

Le 11 avril 2000, le juge d'instruction de Bruxelles, M. Damien Vandermeersch a décerné un mandat à charge de M. Abdulaye Yerodia Ndombasi, à cette époque ministre des Affaires étrangères de la République démocratique du Congo. Le mandat requérait l'arrestation provisoire de M. Yerodia Ndombasi aux fins de son extradition vers le territoire belge sous l'inculpation de crimes constitutifs de graves violations du droit international humanitaire.

11. La diffusion internationale de ce mandat aux fins d'extradition fut assumée par les autorités belges et la notification en fut reçue par les autorités congolaises le 12 juin 2000.

Selon les informations données à la Cour par l'agent du Gouvernement belge, M. Yerodia Ndombasi a, le 20 novembre 2000, jour de l'ouverture de la procédure orale sur la demande en indication de mesures conservatoires, été déchargé du département des Affaires étrangères et nommé ministre de l'Éducation nationale, information confirmée par le Congo (ordonnance du 8 décembre 2000, § 51).

Lors de la constitution du nouveau gouvernement congolais par le président Joseph Kabila, M. Adboulaye Yerodia n'apparaît plus sur la liste des membres de ce gouvernement (*Le Monde*, 17 avril 2001, p. 3).

§ 2. La pertinence de ces faits sur le différend

12. Au cours de l'instance relative à la demande en indication de mesures conservatoires, les Parties n'ont pas attribué la même signification aux changements ministériels à la suite desquels M. Yerodia Ndombasi a été déchargé du portefeuille des Affaires étrangères. Selon la position adoptée par le Gouvernement de l'État demandeur, la violation du droit international

alléguée contre la Belgique doit être évaluée au moment où a été accompli l'acte juridictionnel constitutif d'une telle violation. Selon le Gouvernement belge, le préjudice allégué était considérablement amoindri par le changement de compétence de M. Yerodia Ndombasi au sein du gouvernement congolais. La distinction avait peut-être quelque pertinence pour la décision à prendre sur la demande en indication de mesures conservatoires, mais elle n'en a aucune à l'égard de l'instance au fond. Ainsi qu'il sera approfondi ci-dessous (§41), la détermination du temps auquel doit être déterminée et appréciée la qualité d'une personne faisant l'objet d'une action répressive est un des éléments essentiels du différend entre les Parties.

Chapitre II. L'EXISTENCE ET LA NATURE DU DIFFÉREND ENTRE LES PARTIES

13. Il existe entre les Parties un différend juridique ayant pour objet la compétence des autorités judiciaires d'un État pour mettre en accusation un membre du gouvernement d'un autre État et, notamment, le ministre des Affaires étrangères de cet État. Les circonstances dans lesquelles le mandat d'extradition a été émis appartiennent aux éléments du différend juridique que la Cour est invitée à trancher.

D'une part, les faits objet de l'accusation sont d'une particulière gravité, puisqu'il est allégué que la personne qui y est soumise aurait commis des violations du droit international humanitaire. D'autre part, l'État qui entend assumer une telle mission de répression se prévaut à tort d'une règle de compétence «universelle», en l'absence de tout lien de rattachement territorial ou personnel. Les faits allégués ont été commis hors de son territoire par une personne n'ayant pas sa nationalité sans qu'il soit sérieusement et en termes pertinents avancé que les victimes de ces faits auraient la nationalité de cet État (sur ce point, voir encore *infra*, §35). Il n'existe pas non plus de rattachement territorial qui aurait pu être tiré de la présence de l'accusé sur le territoire de l'État qui s'est arrogé une telle compétence (sur ce point, voy. *infra*, §§75 et s.).

14. Dans la requête enregistrée au greffe de la Cour le 17 octobre 2000, le Gouvernement de la République démocratique du Congo allègue deux séries de griefs connexes mais différents. D'une part que la compétence pénale dite «universelle» serait contraire au principe de l'égalité souveraine des États proclamé par l'article 2, paragraphe 1, de la Charte des Nations Unies. D'autre part, que l'exercice de pareille compétence à l'encontre d'une personne bénéficiant d'une immunité garantie par le droit international est une violation des normes internationales régissant les Parties.

15. Il appartiendra à la Cour de décider si elle se prononcera sur l'un et l'autre grief. En donnant satisfaction à l'État demandeur sur le second grief, la Cour

peut éviter de répondre au premier et l'économie de moyens peut la faire incliner à une telle solution. Les juridictions n'ont pas l'habitude de trancher des questions de droit auxquelles il est possible de ne pas toucher et l'énoncé d'une solution particulière peut être préférée à l'adoption d'une règle plus générale. C'est toutefois les termes dans lesquels le Gouvernement belge a organisé sa défense qui pourraient le plus inciter le Cour à trancher le premier grief dans le sens sollicité par la Partie demanderesse : bien loin de se prévaloir d'une simple faculté, la Partie défenderesse adopte une position qu'on pourrait qualifier de maximaliste, selon laquelle l'exécution donnée à la loi belge répondrait à une obligation internationale, position à ce point excessive, dans les termes où elle est formulée, que la Cour se verrait contrainte de l'écarter. En effet, seule une norme de droit international commandant l'exercice de la compétence dite «universelle» pourrait contrebalancer et même primer la norme protectrice des immunités.

16. Entre les États comparissant devant la Cour il existe donc un différend clairement ciblé qui a pour objet les limites dans lesquelles le droit international enferme l'exercice de la compétence pénale internationale. Sur cette question chacun des deux États adopte une position qui dépasse largement la défense ou la promotion d'un intérêt égoïste. D'un côté, tout en se plaignant à juste titre de l'atteinte infligée à sa souveraineté en la personne d'un membre de son gouvernement, l'État demandeur entend faire prévaloir un principe essentiel à l'existence de relations réglées entre nations civilisées, à savoir le respect de l'immunité des personnes chargées de conduire ces relations. D'un autre côté, l'État défendeur prétend donner la préférence à ce qu'il présente comme une règle nouvelle, insuffisamment attestée, de l'ordonnancement international, à savoir l'obligation de contribuer à une répression effective des crimes de droit international humanitaire. On ne saurait qu'adhérer à l'intention ainsi exprimée mais il conviendra de vérifier dans quelles limites et par quels moyens sa mise en œuvre est conforme au droit international.

17. L'existence et la nature d'un différend juridique entre les Parties sont d'autant plus indéniables que l'acte juridictionnel qui a été à l'origine de la requête introduite par la Partie demanderesse a été pleinement assumée par le Gouvernement de l'État défendeur. D'abord par la notification internationale du mandat aux fins d'extradition et, plus récemment, par les termes dans lesquels cet État entend affirmer devant la Cour la légitimité de son attitude.

Chapitre III. LA COMPÉTENCE DE LA COUR

18. A certains moments durant l'instance relative à la demande en indication de mesures conservatoires la Partie défenderesse a élevé des doutes ou des incertitudes sur le titre de compétence de la Cour pour se prononcer sur le présent différend. Comme la Cour a expressément réservé la question de sa compétence pour connaître de la présente affaire au fond (ordonnance du 8 décembre 2000, § 77), il convient d'indiquer quelle est sur ce point la position de la Partie demanderesse.

19. Le titre de compétence de la Cour dérive de l'article 36, paragraphe 2, du Statut, les deux États ayant déclaré reconnaître « comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale vis-à-vis de tout État acceptant la même obligation, la juridiction de la Cour internationale de Justice ».

La déclaration de la Belgique est datée du 3 avril 1958 et elle s'applique à « tous les différends d'ordre juridique nés après le 13 juillet 1948 au sujet de situations ou de faits postérieurs à cette date, sauf le cas où les parties auraient convenu ou conviendraient d'avoir recours à un autre mode de règlement pacifique ».

Datée du 8 février 1989, la déclaration du Zaïre énumère les différends d'ordre juridique auxquels elle est applicable, à savoir ceux qui ont pour objet :

- « a) l'interprétation d'un traité ;
- b) tout point de droit international ;
- c) la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international ;
- d) la nature ou l'étendue de la réparation due pour la rupture d'un engagement international. »

Des termes convergents des deux déclarations il se dégage que la Cour est compétente pour se prononcer sur le différend juridique circonscrit dans le Chapitre II de cette première partie.

Deuxième Partie :

DROIT INTERNATIONAL ET DROIT INTERNE

Chapitre I^{er}.

LES FAITS LITIGIEUX FONT-ILS APPARAÎTRE UN CONFLIT ENTRE LE DROIT INTERNATIONAL ET LE DROIT INTERNE ?

20. La Partie demanderesse n'a pas l'intention de solliciter de la Cour une décision sur le problème des rapports de système entre le droit international et le droit interne. Il s'agit, en effet, d'une question doctrinale, largement controversée, dont l'examen peut éclairer la Cour mais sur laquelle le juge international peut éviter de prendre parti sauf pour affirmer que dans l'ordre juridique international dont la Cour est la juridiction suprême, le droit international prime le droit interne. La question n'est pas sans pertinence pour le différend juridique pendant devant la Cour puisque l'acte juridictionnel litigieux s'appuie, comme il se doit en matière pénale, sur les dispositions de la loi belge, en l'espèce la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire modifiée par la loi du 10 février 1999. Toutefois, comme la Partie défenderesse soutient que ces dispositions sont conformes au droit international et, même, constitueraient l'exécution d'une obligation internationale, le différend juridique se ramènerait, selon la position ainsi adoptée, au choix entre deux normes de droit international, celle qui garantit l'immunité du ministre des Affaires étrangères d'un État autre que celui qui exerce une compétence pénale et celle qui autoriserait ou justifierait l'éviction de la première norme.

21. Au-delà du problème théorique des relations entre le droit international et le droit interne, il y a lieu de vérifier quel est, sur les questions juridiques faisant l'objet du différend entre les Parties, le contenu du droit interne belge et quelles sont les règles de droit international que la Cour devra identifier et appliquer. La suite de ce mémoire comprendra deux grandes subdivisions. Incluse dans la deuxième partie, la première d'entre elles a pour objet une analyse du droit belge sous deux aspects différents : quels sont, dans l'ordre interne belge, les devoirs des cours et tribunaux face aux sources de droit international ? (*infra*, chap. II) ; quelle interprétation faut-il donner à la loi précitée du 16 juin 1993, surtout dans celle de ses dispositions (l'article 5, paragraphe 3) qui, sous l'interprétation que la Partie défenderesse fait sienne, est incompatible avec les obligations internationales de la Belgique ? (*infra*, chap. III).

Le deuxième subdivision sera examinée dans la troisième partie et elle a pour objet l'identification des règles de droit international applicables à la répression par les juridictions d'un État des crimes de droit international humanitaire commis sur le territoire d'un autre État et dont est accusée une personne qui n'a pas la nationalité de cet État et qui peut se prévaloir d'une immunité attachée à ses fonctions.

22. Bien qu'elles puissent paraître étrangères à l'ordonnancement normatif international appliqué par la Cour, les sources de droit belge ayant eu une incidence ou qui auraient dû être prises en considération par le juge d'instruction méritent de retenir l'attention pour plusieurs motifs qui peuvent être résumés de la manière suivante :

- 1° Sur la question des rapports entre le droit international et le droit interne, il existe une pratique belge solidement attestée et dont la méconnaissance a été l'une des causes, sans doute même la cause principale, de la violation du droit international ayant fait grief à la Partie demanderesse (*infra*, Chap. II).
- 2° L'interprétation donnée à la loi du 16 juin 1993 par le juge d'instruction et qui a jusqu'ici été soutenue par le gouvernement belge est-elle correcte et n'y a-t-il pas des raisons de penser qu'une interprétation différente aurait permis d'éviter le dommage infligé au Gouvernement de l'État demandeur ainsi que la violation d'une coutume traditionnelle des usages diplomatiques ? (*infra*, Chap. III).
- 3° Quand le juge d'instruction est saisi d'une plainte avec constitution de partie civile conformément aux articles 63 et suivants du Code d'instruction criminelle, quelles sont ses obligations dès lors qu'il constate que la personne faisant l'objet de l'accusation est soustraite à la juridiction de la Belgique ? (*infra*, Chap. IV).

Chapitre II.

LE RALLIEMENT DE LA COUR DE CASSATION DE BELGIQUE À LA DOCTRINE DU MONISME AVEC PRÉPONDÉRANCE DU DROIT INTERNATIONAL SUR LE DROIT INTERNE

§ 1. L'application des traités internationaux et de la coutume internationale par les cours et tribunaux

A. L'application et l'interprétation des traités internationaux

23. La pratique belge s'écarte de celle qui est observée en de nombreux autres pays où l'interprétation de certaines catégories de traités internationaux (ceux qu'on qualifie parfois pour ce motif de politiques) est réservée aux organes du

pouvoir exécutif. La Cour de cassation a admis sans limite que les cours et tribunaux, compétents pour appliquer les dispositions d'un traité en vigueur dans l'ordre interne belge, sont aussi seuls compétents pour les interpréter. Elle a élaboré à cette fin les règles d'interprétation adéquates, notamment que les traités doivent recevoir « l'interprétation que leur ont donnée les parties contractantes »¹, résultat que, selon un arrêt ultérieur, le tribunal atteindra en recherchant « l'esprit », du traité et les intentions des puissances contractante². Un demi-siècle plus tard, la Cour de cassation affirme que « les règles d'interprétation des conventions [doivent] être suivies pour l'interprétation des traités internationaux »³. Rien de très original sans doute sinon que les cours et tribunaux ont la maîtrise de l'interprétation des traités internationaux qu'ils ont le devoir d'appliquer.

24. Les traités qu'on serait ailleurs tenté de qualifier de « politiques » ne sont pas soustraits au pouvoir d'interprétation des cours et tribunaux. Tel l'Acte final de Vienne invoqué par les parties dans l'affaire terminée par l'arrêt du 20 juin 1846 ou le traité passé entre la République française et le duc d'Arenberg en sa qualité de prince médiatisé du Saint-Empire. En d'assez nombreux litiges relatifs à la succession aux dettes de l'Empire français après 1815, les cours et tribunaux ont appliqué les articles 19 et 21 du Traité de Paris du 30 mai 1814 et les articles 9 et 11 du traité de Paris du 20 novembre 1815. Ils ont aussi évalué une prétention civile à la lumière de « la doctrine des publicistes sur la nature du droit de conquête »⁴. A de même été interprété par les cours et tribunaux l'article 32 du traité de Versailles reconnaissant la souveraineté de la Belgique sur le territoire de Moresnet-neutre⁵.

¹ Cass. (ch. civ.) 19 mars 1842, *Marshall c. d'Arenberg, Pas.*, 1842, I, 122, p. 133.

² Cass. (2^e ch.) 26 juin 1846, *Duc d'Aumale c. Etat Belge, Pas.*, 1846, I, 417, p. 432.

³ Cass. (2^e ch.), 13 février 1911, *Walch, Pas.*, 1911, I, 125, p. 126.

⁴ Cass. (ch. civ.), 31 décembre 1840, *Ministre des Finances c. Delamarre, Pas.*, 1841, I, 155, p. 160. Voy. aussi : Cass. (ch. civ.), 18 mars 1841, *Administration des Finances c. Richard, Pas.*, 1841, I, 163. Chacun des deux arrêts a cassé la décision attaquée pour violation des articles des traités internationaux visés par le pourvoi. Voir encore : (ch. civ.), 2 décembre 1841, *Adm. des domaines c. la Ville de Liège et Toussaint-Sauveur, Pas.*, 1842, I, 60; (ch. civ.), 17 février 1842, *Adm. des domaines c. Ville de Liège, Pas.*, 1842, I, 98. Les mêmes arrêts ont souverainement interprété les dispositions des traités de paix, en ce qui concerne la non-succession de la Belgique à certaines dettes de l'Empire français. L'arrêt du 20 mai 1842 (ch. civ., *Adm. des Finances c. Mosselman, Pas.*, 1842, I, 347) a aussi interprété l'article 13, paragraphe 1^{er}, du traité du 19 avril 1839 entre la Belgique et les Pays-Bas.

⁵ Cass. (1^{re} ch.), 22 mai 1925, *Kepp et cs., Pas.*, 1925, I, 253. Selon l'arrêt, il s'agit de la simple reconnaissance d'un état de droit antérieur : « Moresnet neutre, actuellement La Calamine, doit, dès lors, être considéré comme ayant fait partie depuis 1815 des Pays-Bas et depuis 1830 de la Belgique » (p. 255). La cassation de l'arrêt attaqué est, en conséquence, prononcée.

B. L'application et l'interprétation du droit international coutumier

25. Bien que la coutume, comme source de droit interne n'occupe pas une place très considérable dans l'ordonnement belge régi par la prépondérance des sources formelles de droit écrit, les cours et tribunaux n'ont pas laissé d'appliquer les dispositions pertinentes de la coutume internationale. C'est à leur égard que la Cour de cassation a affirmé qu'à des degrés divers « le Droit des gens forme partie du Droit respectif des Nations »¹. On aura reconnu ici la traduction du *dictum* célèbre de Blackstone : *International law is part of the law of the land.*²

Les circonstances de l'espèce étaient particulières car dans l'instance qui opposait le roi Léopold II à ses trois filles lors du règlement de la succession de la feuée Reine l'une des questions mises en discussion était la nature des conventions matrimoniales du duc et de la duchesse de Brabant. La Cour admit l'usage reconnu aux princes des maisons souveraines de régler leur régime matrimonial en la forme d'un traité, par dérogation aux normes du droit civil et du droit international privé.

26. Mais il existe d'autres applications du devoir des juges d'appliquer la coutume internationale. Il en fut ainsi pour la vérification des conditions auxquelles l'État français restitua au duc d'Arenberg une partie de ses biens³ et des effets de l'incorporation du Duché de Bouillon dans le territoire français⁴.

La Cour de cassation détermine aussi selon les exigences du « droit public international » la non-validité de l'annexion d'une partie du territoire belge par une décision unilatérale de l'Allemagne le 18 mai 1940⁵.

Suivant sur ce point les conclusions de l'organe du ministère public, la Cour a rejeté le pourvoi dirigé contre un arrêt ayant donné aux termes de « violation

¹ Cass., 25 janvier 1906, *Succession de S.M. Marie-Henriette, Reine des Belges, Pas.*, 1906, I, 95, p. 109. Et la Cour de citer à l'appui de cette affirmation Blackstone et la jurisprudence américaine.

² William Blackstone, *Commentaries on the laws of England* (14th with the last corrections of the author, London, Straham, 1803), t. IV, Bk 4th, Chap. V, p. 66 : *but since in England no royal power can introduce a new law, or suspend the execution of the old, therefore the law of nature (wherever any question arises which is properly the object of it's jurisdiction) is here adopted in it's full extent by the common law, and is held to be a part of the law of the land.*
Telle qu'elle est présentée par Blackstone, l'affirmation relève du droit constitutionnel non écrit qui régit le royaume et interdit au pouvoir royal de transgresser la loi de la nature à laquelle est assimilée la *law of Nations*.

³ Cass. (ch. civ.), 19 mars 1842, *Marshall c. d'Arenberg, Pas.*, 1842, I, 122.

⁴ Cass., (2^e ch.), 26 juin 1846, *Le Duc d'Aumale c. l'Etat belge, Pas.*, 1846, I, 417.

⁵ Cass. (2^e ch.), 16 juin 1947, *Bindels c. Administration des Finances, Pas.*, 1947, I, 268. Les conclusions du premier avocat général Hayoit de Termicourt reproduites en tête de l'arrêt contiennent une analyse exhaustive de la doctrine du droit international en la matière. Dans le même sens : Cass. (2^e ch.), 26 janvier 1948, *Deneffe c. Administration des Finances, Pas.*, 1948, I, 52.

des lois et coutumes de la guerre », « une portée conciliable avec leur sens usuel en droit public international »¹.

Le dernier exemple est évidemment le plus significatif. Il concernait les poursuites exercées après la fin de la Seconde Guerre mondiale contre des personnes accusées d'infractions à la loi pénale belge commises en violation des lois et coutumes de la guerre. Un premier moyen de cassation fut écarté car il s'appuyait sur la contravention au Statut du Tribunal militaire international auquel la Belgique n'avait pas été partie. Mais un second moyen fut accueilli, les dispositions du Traité de Londres étant applicables non en raison de leur nature conventionnelle, le traité n'ayant pas reçu — et ne pouvant recevoir — l'assentiment des Chambres mais « envisagé comme élément d'appréciation de l'état actuel du droit public international »².

La Cour de cassation est allée très loin dans « l'application directe » des règles contenues dans des traités ayant cependant une nature politique. Évoquant l'engagement de s'abstenir de toute guerre d'agression contenue dans le Pacte Briand-Kellogg du 27 avril 1928, le procureur général Hayoit de Termicourt (alors premier avocat général) conclut :

« C'est donc en violation d'une obligation certaine que l'Allemagne et ses ressortissants ont mené contre la Belgique une guerre d'agression »³.

Dans un arrêt légèrement ultérieur, la Cour affirme :

« Que les lois et coutumes de la guerre n'ont pas, en droit public international, pour seul objet d'établir des règles et de tracer des limites applicables à la conduite des opérations militaires entre armées belligérantes ; que notamment elles établissent des règles et tracent des limites applicables à toute autorité d'un État belligérant dans ses rapports avec les ressortissants civils de l'État avec lequel il est en guerre »⁴.

§ 2. Le conflit entre une loi belge et la disposition directement applicable d'un traité international régulièrement entré en vigueur en Belgique

27. La solution à donner au conflit traité-loi interne est la pierre de touche du choix entre les doctrines dualistes ou le monisme avec prépondérance du droit interne, d'une part, et, d'autre part, le monisme avec prépondérance du droit

¹ Cass. (2^e ch.), 27 novembre 1950, *Köppelmann, Pas.*, 1951, I, 180, p. 185. Les conclusions du procureur général (à cette époque premier avocat général) Hayoit de Termicourt ont été reproduites pp. 181-184.

² Conclusions du premier avocat général Hayoit de Termicourt précédant Cass. (2^e ch.), 27 novembre 1950, *Köppelmann, Pas.*, 1951, I, 180, p. 184. Voir déjà dans le même sens : Cass. (2^e ch.), 4 juillet 1949, *Muller, Pas.*, 1949, I, 506.

³ Cass. (2^e ch.), 4 juillet 1949, *Muller, Pas.*, 1949, I, 506, p. 509. Les italiques ont été ajoutées au texte.

⁴ Cass. (2^e ch.), 27 novembre 1950, *Köppelmann, Pas.*, 1951, I, 180, p. 185.

international. Pour les premiers, le juge national est tenu d'obéir à la loi interne, même si celle-ci a été prise en contradiction avec une obligation internationale de l'État. Selon la seconde théorie, expressément enseignée par le procureur général Velu (à cette époque premier avocat général), la doctrine faisant prévaloir la norme directement applicable d'un traité international sur une loi nationale même postérieure résulte « d'une vision moniste du droit »¹.

28. Le ralliement de la Cour de cassation de Belgique à pareille « vision moniste » n'a pas été immédiat. Sans doute, l'idée selon laquelle le droit international public « prime le droit interne » avait déjà été avancée en 1916 par le Procureur général Terlinden². Elle fut reprise par la Cour pour faire prévaloir une disposition du traité de Versailles sur la loi du 25 mai 1854³. Mais il s'agissait d'un conflit entre une loi déjà ancienne et un traité récent. Dans l'hypothèse inverse, celle de la loi postérieure au traité, la conception dualiste l'a longtemps emporté, sous une importante réserve très tôt exprimée par la Cour suprême des États-Unis : le devoir du juge national est de donner à la disposition législative une interprétation permettant de la concilier avec l'obligation internationale de l'État. C'est ce que fit la Cour de cassation dans un premier arrêt relatif à l'incompatibilité alléguée entre la loi du 17 novembre 1921 sur les séquestres et les articles 297 et suivants du traité de Versailles⁴. Quelques mois plus tard, la Cour ne réussit pas à concilier les deux sources de droit, la volonté du législateur de s'écarter des dispositions du traité de Versailles ayant été exprimée dans l'exposé des motifs du projet de loi⁵.

Pareille phase intermédiaire dans l'évolution de la jurisprudence belge se caractérise par l'assimilation du traité régulièrement entré dans l'ordre juridique interne à la loi. Selon le procureur général Terlinden les dispositions d'un traité approuvé par les Chambres législatives « fait partie de notre législation nationale »⁶ ou « par l'approbation des Chambres, le traité de nation

¹ Jacques Velu, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec les traités », discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, le 1^{er} septembre 1992, *Journal des Tribunaux*, 1992, pp. 729-741, pp. 749-761, n° 38, p. 758. La profession de foi moniste n'est pas moins marquée dans les « considérations finales du même discours » (n° 42, p. 761).

² Conclusions précédant Cass. (1^{re} ch.), 20 mars 1916, 2 espèces, *Pas.*, 1915-1916, I, 375, p. 384, pp. 389-390, p. 399. Il s'agit d'un arrêt ayant rejeté le pourvoi dirigé contre une décision qui avait appliqué un arrêté du pouvoir occupant durant la Première Guerre mondiale, pour le motif que cet arrêté n'excédait pas les pouvoirs reconnus en cas d'occupation militaire par la troisième Convention de la Haye concernant les lois et coutumes de la guerre.

³ Cass. (1^{re} ch.), 27 mai 1927, *Delplanque et cs. c. Etat belge*, *Pas.*, 1927, I, 240 : « le droit des gens prime le droit privé national » (p. 241).

⁴ Cass. (1^{re} ch.), 8 janvier 1925, *Cie Osram c. Procureur général près la Cour d'appel de Bruxelles*, *Pas.*, 1925, I, 101.

⁵ Cass. (1^{re} ch.), 26 novembre 1925, *Schieble c. Procureur général à Bruxelles*, *Pas.*, 1926, I, 76. L'exposé des motifs du gouvernement a été publié dans *Documents parlementaires*, Chambre des Représentants, session 1919-1920, n° 67, p. 264.

⁶ Conclusions précédant Cass. (1^{re} ch.) 20 mai 1916, *Pas.*, 1915-16, I, p. 384.

à nation est devenu une loi de l'État »¹. Le procureur général Hayoit de Termicourt adopta une expression plus nuancée : pareil traité est un « acte équipollent à la loi »². Pareilles formules ne sauraient réussir à faire prévaloir les dispositions d'un traité international sur une loi interne plus récente.

29. Aujourd'hui doctrinalement entérinée par le procureur général Velu, la « vision moniste du droit »³ a été préparée par deux de ses prédécesseurs, à l'occasion également des discours qu'ils ont prononcés à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, en 1963 par le procureur général Hayoit de Termicourt⁴, et en 1968 et en 1969 par le procureur général Ganshof van der Meersch⁵.

Alors que les discours de rentrée des procureurs généraux constituent un moyen terme entre une œuvre de pure doctrine et l'exercice d'une fonction judiciaire, les arrêts prononcés par la Cour et les conclusions de l'organe du ministère public qu'elle entérine sont une expression incontestée du droit positif. Ce résultat fut atteint dans l'arrêt du 27 mai 1971 prononcé sur les conclusions du procureur général Ganshof van der Meersch et conformément à celles-ci⁶.

On détachera de cet arrêt reproduit en annexe l'attendu suivant :

« Attendu que, lorsque le conflit existe entre une norme de droit interne et une norme de droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne, la règle établie par le traité doit prévaloir ; que la prééminence de celle-ci résulte de la nature même du droit international conventionnel »⁷

§ 3. Le conflit entre une loi belge et une disposition de la coutume internationale

30. Même si la jurisprudence récente a été surtout attentive au conflit traité-loi interne, il n'est pas moins conforme à la « vision moniste du droit » telle qu'elle est mise en œuvre par la Cour de cassation, de faire prévaloir sur la loi interne

¹ *Ibid.*, p. 390.

² Conclusions précédant Cass. (2^e ch.), 27 novembre 1950, *Köppelmann, Pas.*, 1951, I, 180, p. 182.

³ Sous cette expression raccourcie, il faut évidemment entendre le monisme avec prépondérance du droit international.

⁴ R. Hayoit de Termicourt, « Le conflit 'Traité-Loi interne' », *mercuriale* du 2 septembre 1963, *Journal des Tribunaux*, 1963, pp. 481-486.

⁵ W.-J. Ganshof van der Meersch, « Réflexions sur le droit international et la révision de la Constitution », *mercuriale* du 2 septembre 1968, *Journal des Tribunaux*, 1968, pp. 485-496 ; « Le juge belge à l'heure du droit international et du droit communautaire », *mercuriale* du 1^{er} septembre 1969, *Journal des Tribunaux*, 1969, pp. 537-551.

⁶ Cass. (1^{re} ch.), 27 mai 1971, *Etat belge c. SA « Fromagerie Franco-Suisse Le Ski »*, *Pas.*, 1971, I, 886 ; *Journal des Tribunaux*, 1971, 460.

⁷ *Journal des Tribunaux*, 1971, pp. 473-474.

les dispositions directement applicables dans l'ordre interne de la coutume internationale¹.

Les règles traditionnelles gouvernant les immunités des diplomates, des chefs d'État étrangers et des personnes qui leur sont assimilées évincent, de par leur nature même, les dispositions de droit interne qui gouvernent la compétence des tribunaux en matière civile et, à plus forte raison, en matière pénale. Pareilles immunités ont pour principal sinon pour seul effet de faire exception aux règles usuelles de compétence et de procédure. Alors que le législateur a expressément prévu les immunités de droit interne, notamment celles du Roi², des ministres³, des parlementaires⁴, le privilège de juridiction de la plupart des magistrats⁵ et les règles de compétence propres aux militaires⁶, elle ne contient rien sur celles qui sont prévues par le « droit des gens » : non seulement parce que, comme l'a écrit Portalis, « Ce qui regarde les ambassadeurs appartient au droit des gens. Nous n'avions pas à nous en occuper dans une loi qui n'est que de régime intérieur »⁷, mais toute disposition de droit interne en la matière, superflue et par conséquent nocive, serait soumise à la vérification de sa conformité à la coutume internationale, ainsi qu'on le verra plus loin à propos de la loi du 16 juin 1993.

¹ En ce sens, voy. J. Verhoeven, *Droit international public*, Précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Larcier, 2000, p. 455.

² Constitution, article 88 : « *La personne du Roi est inviolable...* ». Ce principe de l'inviolabilité royale a été appliqué par l'arrêt du 25 janvier 1906 relatif à la succession de la Reine Marie-Henriette, qui ordonne la suppression des exploits d'huissier adressés au Roi personnellement (*Pas.*, 1906, I, p. 111).

³ Constitution, article 103.

⁴ Constitution, article 59.

⁵ Article 479 du Code d'instruction criminelle.

⁶ Loi du 15 juin 1899 contenant le Titre 1^{er} du Code de procédure pénale militaire, notamment art. 1^{er} et 21.

⁷ Discours de M. Portalis, orateur du gouvernement, prononcé dans la séance du corps législatif du 23 primaire an X (14 décembre 1801), n° 25 (indiqué comme 52 par suite d'une erreur d'impression), reproduit dans *Législation civile, commerciale et criminelle ou commentaire et complément du code français*, par M. le baron Loqué (Bruxelles, Librairie de jurisprudence de H. Tarlier, 1836), t. I, p. 261.

Chapitre III.
DÉTERMINATION DE LA PORTÉE DE LA LOI DU 16 JUIN 1993
ET VÉRIFICATION DE SA CONFORMITÉ
AU DROIT INTERNATIONAL

§ 1. La répression interne de crimes de droit international

31. La loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire¹ énumère une longue série d'infractions que le législateur belge qualifie de « crime de droit international ». L'article 1^{er} contient cette énumération, tandis que l'article 2 fixe les peines qui y sont applicables. On n'insistera pas sur la méprise commise par le législateur interne en érigeant lui-même certaines infractions en « crime de droit international ». Tel l'article 1^{er}, paragraphe 1^{er}, à propos du crime de génocide (« Constitue un crime de droit international et est réprimé conformément aux dispositions de la présente loi... »).

La même terminologie est reprise dans le paragraphe 2 du même article ayant pour objet « le crime contre l'humanité » et dans le paragraphe 3 relatif aux infractions graves de droit international humanitaire. La qualification de « crime de droit international », relève du droit international, elle ne saurait être « constituée » par un législateur interne qui doit se borner à prévoir les peines qui doivent y être appliquées par les cours et tribunaux.

§ 2. Les règles de compétence internationale applicables à pareille répression

32. L'administration de la justice pénale est, en principe, territoriale. Pareil qualificatif a deux acceptions. Selon la première, de nature formelle, les juridictions pénales siègent, sauf exceptions qu'il n'y a pas lieu de considérer ici, sur le territoire de l'État qui les a instituées. Selon l'acception matérielle, le pouvoir de punir de l'État a pour principal objet les faits punissables qui se localisent sur son territoire. Rien n'empêche cependant l'État d'étendre la compétence pénale de ses tribunaux à des faits commis en dehors de son territoire. Pareille extension de la compétence étatique n'excède pas les limites que le droit international impose à l'État, à condition qu'il n'enfreigne pas une règle prohibitive de ce droit².

Le principe de territorialité (au sens matériel) a traditionnellement été complété du principe de personnalité qui comprend lui-même deux faces, soit

¹ Cette loi a été modifiée par la loi du 10 février 1999 qui en a modifié l'intitulé et a introduit un paragraphe 3 sous l'article 5.

² Cour permanente de Justice internationale, Affaire du « Lotus », *France c. Turquie*, arrêt du 7 novembre 1927, CPJI, Série A, n° 10. Voir notamment : F. Rigaux, *Droit public et droit privé dans les relations internationales* (Paris, Pedone, 1977), pp. 136-138.

la nationalité de l'accusé, soit la nationalité de la victime. De plus les crimes et délits qui intéressent directement la « souveraineté » de l'État, atteintes à la sûreté de l'État, trahison, fausse monnaie, font l'objet d'une forme de compétence « universelle », indépendante du double critère de territorialité et de nationalité mais restreinte par le lien entre l'infraction et un intérêt supérieur de l'État.

33. La loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale met en œuvre les principes qui viennent d'être rappelés. Le chapitre II de cette loi est intitulé « De l'exercice de l'action publique à raison des crimes ou des délits commis hors du territoire du Royaume ». Les articles 6 et 10 énumèrent les crimes rattachés à l'État belge par un lien exclusif des critères traditionnels de territorialité et de personnalité. L'article 7 soumet à la condition de la double incrimination la répression d'une infraction commise par un Belge à l'étranger. L'article 10, 5°, étend la compétence pénale aux crimes commis contre un ressortissant belge (principe de personnalité passive). Dans tous les cas et sauf exception, les poursuites ne peuvent avoir lieu que si l'inculpé est trouvé en Belgique (art. 12).

34. Les règles de compétence contenues dans la loi du 16 juin 1993 dérogent à toutes les règles de droit commun de la loi du 17 avril 1878. La compétence pénale que la Belgique s'est arrogée peut être qualifiée d'« universelle » puisqu'elle est totalement détachée du critère de territorialité (article 7, alinéa 1^{er}) et exclut, parfois explicitement (art. 7, al. 2), le plus souvent implicitement les autres critères de rattachement traditionnels (personnalité active ou passive) mais aussi les conditions d'application qui tempèrent l'exercice d'une compétence non territoriale, telle la condition que l'inculpé ait été trouvé en Belgique (art. 12 de la loi de 1878) ou l'avis officiel donné par une autorité étrangère (art. 10, 3°, al. 2 de la même loi). Le législateur a donc voulu conférer un statut totalement autonome aux règles de compétence universelle des lois de 1993 et de 1999.

35. La circonstance que certaines victimes des crimes faisant l'objet de l'accusation auraient la nationalité belge ne saurait être prise en considération. On ne peut combiner les règles de droit commun de la loi de 1878 et le régime d'exception de la loi de 1993 modifiée par la loi de 1999. En effet, la nationalité de la victime ne suffit pas à elle seule à asseoir la compétence internationale des tribunaux belges. Il faut encore que l'inculpé ait été trouvé en Belgique (loi du 17 avril 1878, art. 10, 5°, et 12, al. 1^{er}).

§ 3. L'interprétation de l'article 5 de la loi du 16 juin 1993 modifiée par la loi du 10 février 1999

36. La disposition de la loi du 16 juin 1993 la plus pertinente pour l'application de cette loi au ministre des Affaires étrangères d'un État étranger est l'article 5, paragraphe 3, rédigé dans les termes suivants :

« § 3 – L'immunité attachée à la qualité officielle d'une personne n'empêche pas l'application de la présente loi ».

Une lecture rapide de ce paragraphe — c'est la lecture que semble faire en l'espèce le Gouvernement belge — signifierait que le législateur a entendu évincer les immunités du droit international.

Pour répondre à cette question, il y a lieu de distinguer deux problèmes: le législateur pouvait-il le faire ? A-t-il voulu le faire ?

37. À la première question une réponse a déjà été donnée : les règles coutumières de droit international sur la protection des immunités sont supérieures au droit interne des États et selon la pratique belge largement attestée par la Cour de cassation, il est du devoir des tribunaux de les faire prévaloir sur les commandements du législateur national.

38. La seconde question n'est néanmoins pas dénuée de pertinence. La disposition de l'article 5, paragraphe 3, est de nature à recevoir au moins deux interprétations. Elles se séparent l'une de l'autre par la détermination du moment auquel « la qualité officielle » doit être vérifiée. Est-ce au moment où le crime allégué aurait été commis, est-ce au moment où les poursuites sont exercées ?

Compte tenu de la nature pénale de la disposition et du rapprochement avec l'article 5, paragraphe 2, ¹ qui ne peut viser que des faits concomitants à la perpétration du crime, la première interprétation de la loi paraît la plus raisonnable. Le droit pénal se préoccupe de l'imputabilité d'un fait punissable. Celle-ci doit être déterminée au moment où le fait allégué aurait été commis. La « qualité officielle » ultérieurement acquise par l'accusé est sans pertinence sur l'application de la loi pénale. Elle concerne un problème différent, celui de la compétence d'attribution de l'autorité judiciaire, qui se pose au moment où l'acte de poursuite est accompli.

Selon l'interprétation qu'on lui donne, l'article 5, paragraphe 3, peut dès lors, être parfaitement compatible avec le maintien des règles coutumières sur les immunités auxquelles le législateur n'a pas voulu déroger, auxquelles il savait ne pouvoir déroger.

¹ «Art. 5, §2: Le fait que l'accusé a agi sur l'ordre de son gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne dégage pas sa responsabilité si, dans les circonstances existantes, l'ordre pouvait manifestement entraîner la perpétration d'un crime de génocide ou d'un crime contre l'humanité, tels que définis par la présente loi, d'une infraction grave aux Conventions de Genève du 12 août 1949 et à leur premier Protocole additionnel du 8 juin 1977.»

39. La lecture des travaux préparatoires de la loi du 10 février 1999 ne révèle pas avec certitude à laquelle de ces deux interprétations le législateur s'est rallié. La loi précitée a pour origine une initiative parlementaire, la Proposition de loi relative à la répression du crime de génocide, en application de la Convention internationale pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948¹. Elle ne devait pas, comme telle, être soumise à l'avis de la section de législation du Conseil d'État mais le président de chacune des deux assemblées législatives aurait pu solliciter un tel avis aux conditions de l'article 2 des lois coordonnées sur le Conseil d'État (ce qui ne fut pas fait).

Aux termes des développements de la proposition de loi, l'une des inspirations de celle-ci aurait été une méfiance à l'égard de la justice internationale (ensuite récusée par le Gouvernement durant les travaux préparatoires) et la crainte que la Belgique n'apparaisse « aux yeux des génocidaires rwandais comme un lieu de refuge privilégié »². Pareille considération exclut l'idée qu'une personne bénéficiant encore d'une qualité officielle vienne chercher refuge en Belgique.

La proposition initiale fut modifiée à la suite d'amendements déposés par le Gouvernement³ et selon le rapport fait au nom de la commission de la justice⁴, «le ministre déclare que cette disposition (l'article 5, paragraphe 3, nouveau) n'est pas motivée par les frictions liées à la demande d'extradition du général chilien et sénateur à vie Pinochet, introduite par l'Espagne. Il s'agit uniquement de la transposition d'une règle de droit humanitaire international, récemment confirmée par l'article 27 du statut de la Cour pénale internationale ».

Quelle que soit la portée de l'article 27 précité en ce qui concerne l'état du droit international humanitaire général (cfr. *infra*, §70), on notera une différence rédactionnelle considérable entre cet article et la disposition de la loi belge. L'article 27 du statut de Rome est divisé en deux alinéas, le premier visant la qualité officielle qui n'exonère pas de la responsabilité, le second qui lève explicitement « les immunités ou règles de procédure spéciale qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international ».

Le législateur belge n'a pas expressément précisé s'il entendait écarter les immunités prévues par le droit international.

40. S'il devait même exister un doute sur l'interprétation à donner à l'article 5, paragraphe 3, de la loi précitée, il faudrait, selon une méthode d'interprétation

¹ Sénat de Belgique, session de 1997-1998, Doc. 1-749/1 du 16 octobre 1997. Voir notamment : Pierre d'Argent, « La loi du 10 février 1999 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire », *Journal des Tribunaux*, 1999, pp. 549-555.

² Sénat de Belgique, session de 1997-1998, Doc. 1-749/1, développements, p. 2.

³ Sénat de Belgique, session de 1998-1999, Doc. I-749/2.

⁴ Sénat de Belgique, session de 1998-1999, Doc. I-749/3.

éprouvée, retenir celle des deux interprétations qui est compatible avec le respect des obligations internationales de l'État.

Il s'agit d'une règle d'interprétation déjà appliquée il y a presque deux siècles par la Cour suprême des États-Unis :

« *an act of Congress ought never to be construed to violate the law of nations if any other possible construction remains* »¹.

Il s'agit d'une méthode d'interprétation à laquelle la Cour de cassation de Belgique s'est, elle aussi, ralliée (*supra*, §28).

41. Le moment à prendre en considération pour déterminer la qualité prévue par les règles de compétence pénale ne coïncide pas dans l'ordre interne et dans l'ordre international. Le droit pénal vérifie les conditions d'imputation du fait punissable au moment où le fait allégué est commis. Le droit international protège par une immunité spéciale les détenteurs d'une qualité qu'il estime digne de sauvegarde. La détermination de cette qualité doit être opérée au moment où l'acte de poursuite, qui est toujours un acte de contrainte, est accompli. Citer devant le tribunal, décerner un mandat d'arrêt sont des actes coercitifs dont l'État doit s'abstenir par égard à la qualité de l'étranger revêtu d'une immunité.

42. Les parallèles tracés avec l'exercice de la justice pénale internationale contre les personnes accusées d'un crime de droit international sont trompeurs pour plusieurs motifs.

Le premier de ces motifs est que l'État ne peut prétendre s'arroger à l'égard d'un chef d'État étranger ou d'une personne qui y est assimilée une compétence juridictionnelle s'inspirant de celle qui est prévue ou autorisée par une source de droit international.

Le second motif se laisse dégager de la pratique postérieure à la Seconde Guerre mondiale. Les responsables du Troisième Reich qui, à l'exception du dictateur lui-même, ont comparu devant le Tribunal militaire international de Nuremberg avaient à ce moment perdu toute qualité officielle. Le Tribunal a pu décider que cette qualité ou les ordres d'un supérieur ne suffisaient pas à exonérer l'accusé de sa responsabilité pénale. Il n'aurait pu se prononcer sur l'immunité prétendue d'une qualité officielle qui avait été perdue. Si l'on remonte plus haut dans le temps, on trouve l'article 227 du traité de Versailles par lequel « les Puissances alliées et associées mettent en accusation publique Guillaume II de Hohenzollern, ex-empereur d'Allemagne... ». L'idée de mettre en accusation le souverain régnant d'un État étranger n'a jamais été avancée par personne². Le cas du président Milosevic est l'exception qui confirme la règle

¹ *The Charming Betsy*, 2 Cranch 64, 117-118, 2 L Ed 208 (1804), selon le Chief Justice Marshall.

² Le Gouvernement néerlandais a refusé d'extrader l'ex-empereur, pour le motif qu'il n'avait pas été partie au traité de Versailles, mais pareille extradition ne fut jamais

puisque l'acte de poursuite exercé par le procureur du Tribunal pénal international sur l'ex-Yougoslavie a pour fondement une décision du Conseil de Sécurité des Nations Unies.

Le troisième motif de mise en garde avec les parallèles empruntés à la pratique internationale peut être trouvé dans les conditions très limitatives auxquelles le Statut de Rome de la Cour pénale internationale permanente subordonne l'exercice de l'action publique. Il est incontestable que l'article 27, paragraphe 2, du Statut lève toutes les immunités traditionnelles « en vertu du droit interne ou du droit international ». Mais la compétence de la Cour est limitée aux personnes ayant la nationalité d'un État partie au Statut ou aux faits commis sur le territoire d'un tel État. Bien loin de soutenir l'idée d'une compétence « universelle », assortie de la dérogation aux immunités du droit international, le Statut de Rome maintient le principe selon lequel chaque État est maître de ses compétences répressives exercées selon les critères traditionnels de territorialité et de personnalité.

43. Le juge d'instruction qui a décerné le mandat litigieux semble avoir été conscient des obstacles que le respect du droit international opposait à l'exécution de sa décision. Il subordonne, en effet, l'exécution du mandat à un « principe général de loyauté » qui interdirait aux autorités belges d'adopter une mesure coercitive à l'encontre du ministre des Affaires étrangères d'un pays étranger se présentant en cette qualité sur le territoire belge¹. Pareil mandat contient une contradiction dans les termes puisqu'il est avoué inexécutoire dans le pays auquel appartient l'autorité judiciaire qui l'a émis. Non moins étonnante apparaît l'affirmation faite à l'audience publique du 21 novembre 2000 et selon laquelle si le mandat devait recevoir exécution dans un État tiers, ce serait cet État, et non la Belgique qui aurait porté atteinte à l'immunité de l'intéressé. Comme si dans la chaîne causale, l'acte initial générateur de la responsabilité internationale n'émanait pas d'une juridiction belge (sur ces arguments, voy. *infra*, §§54 et 55).

formellement requise par les puissances alliées. Voir notamment : M. Cherif Bassiouni, « From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years : The Need to Establish a Permanent International Criminal Court », 10 *Harvard Human Rights Journal* (1997), 11-62, 18 ; James F. Willis, *Prologue to Nuremberg. The Politics and Diplomacy of Punishing War Criminals of the First World War* (Greenwood Press, Westport, Conn. London, 1982), pp. 99-112 ; Quincy Wright, « The Legal Liability of the Kaiser », 13 *The American Political Science Review* (1919), 120-128. Voir aussi, F. Rigaux, « La répression des crimes de droit international à Nuremberg et à Tokyo », *Bulletin de la Classe des Lettres de l'Académie royale de Belgique*, 6^e série, t. IX, 7-12 (1998), pp. 501-539.

¹ Mandat d'arrêt, p. 23, cité par le professeur Eric David, compte-rendu de l'audience publique du 21 novembre 2000.

Chapitre IV.
LE DEVOIR DU JUGE D'INSTRUCTION SAISI PAR L'EFFET
D'UNE CONSTITUTION DE PARTIE CIVILE
DE VÉRIFIER SON TITRE DE COMPÉTENCE

44. Les articles 63 à 70 du Code d'instruction criminelle permettent au plaignant qui se constitue partie civile devant le juge d'instruction de déclencher l'action publique. Cela ne signifie pas que le juge ainsi saisi a perdu le pouvoir de vérifier sa compétence. L'article 69 du Code prévoit que si le juge ayant reçu la constitution de partie civile n'est pas compétent *ratione loci* il doit transmettre la plainte au juge d'instruction qui pourrait en connaître. Le Code ne contient aucune disposition sur les nombreuses hypothèses dans lesquelles le juge ne peut instruire la plainte ni, à plus forte raison, décerner un mandat à charge de l'accusé. Le droit interne belge contient au moins cinq règles de compétence, les unes qui prévoient une immunité, les autres qui soustraient toute compétence au juge d'instruction (*supra*, §30). Les cas les plus simples sont ceux du militaire ou du magistrat pouvant se prévaloir d'un privilège de juridiction. Le juge d'instruction saisi d'une plainte avec constitution de partie civile ne peut poursuivre ses investigations en violation d'une compétence attribuée à une autre autorité judiciaire.

« La constitution de partie civile entre les mains du juge d'instruction dirigée contre un militaire seul, contre une personne jouissant d'un privilège de juridiction ou d'une immunité diplomatique n'est pas recevable »¹.

Face à l'immunité de juridiction de la personne contre laquelle la plainte avait été dirigée, le juge d'instruction avait, dès lors, le devoir de s'abstenir de tout acte d'instruction.

¹ Henry-D. Bosly et Damien Vandermeersch, *Droit de la procédure pénale* (La Charte, 1999), p. 357.

Troisième Partie :

LES RÈGLES DE DROIT INTERNATIONAL APPLICABLES AU DIFFÉREND ENTRE LES PARTIES: *L'atteinte portée à l'inviolabilité et l'immunité pénale absolues du ministre des Affaires étrangères et violation des droits souverains de la R.D.C.*

Chapitre I^{er}.

M. ABDOULAYE YERODIA EST MINISTRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES DE LA R.D.C. AU MOMENT DE LA DÉLIVRANCE ET DE LA DIFFUSION INTERNATIONALE DU MANDAT D'ARRÊT DU 11 AVRIL 2000

45. Il n'est pas contesté que Monsieur Abdoulaye Yerodia a exercé de manière ininterrompue les fonctions de ministre des Affaires étrangères de la République démocratique du Congo depuis le 15 mars 1999, date du décret loi n° 208 portant nomination des membres du Gouvernement de salut public, jusqu'au 20 novembre 2000, date du remaniement ministériel déjà mentionné et de sa désignation à la charge de ministre de l'éducation nationale. Il n'est pas plus contesté que Monsieur Abdoulaye Yerodia a exercé de manière ininterrompue cette dernière fonction ministérielle jusqu'au 15 avril 2001. Le mandat d'arrêt du 11 avril 2000 fut donc délivré et diffusé à un moment où Monsieur Abdoulaye Yerodia était le ministre des Affaires étrangères de la R.D.C..

Durant la période où il exerçait ses fonctions de ministre des Affaires de la R.D.C. et jusqu'à ce que le mandat d'arrêt fut rendu public, Monsieur Abdoulaye Yerodia rencontra plusieurs fois son homologue belge. Ce dernier ne cessa pas de considérer que Monsieur Abdoulaye Yerodia était effectivement le ministre des Affaires étrangères de la R.D.C. jusqu'au 20 novembre 2000, date à laquelle il devint ministre de l'éducation nationale, même s'il refusa de le rencontrer après la divulgation du mandat d'arrêt litigieux (*infra*, §52).

Chapitre II.
LE DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER ACCORDE UNE
INVIOIABILITÉ ET UNE IMMUNITÉ PÉNALE ABSOLUES AUX
MINISTRES DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES EN FONCTION ET ASSIMILÉ,
DE CE POINT DE VUE, LEUR STATUT À CELUI DES CHEFS D'ÉTAT EN
EXERCICE

46. La doctrine s'accorde à bon droit pour reconnaître que les ministres des Affaires étrangères en fonction bénéficient, en vertu du droit international coutumier et devant les fors étrangers, de la même inviolabilité et la même immunité pénale absolues que celles dont jouissent les chefs d'États (souverains ou présidents) en exercice¹. Cette doctrine reflète une pratique internationale constante et séculaire, ainsi que la Cour ne l'ignore pas. Par exemple, dans un *affidavit* transmis à la *District Court for the Northern District of Ohio, Eastern Division*, saisie d'une action dirigée contre le Prince de Galles, l'*Assistant United States Attorney* exprima l'opinion suivant laquelle:

«Under customary rules of international law, recognized and applied in the United States, the head of a foreign government, its *foreign minister* and other diplomatic representatives, including senior officials on specific diplomatic missions, are immune from the jurisdiction of United States, Federal and States courts.»².

Il ressort de cette doctrine et de cette pratique que la condition internationale du ministre des Affaires étrangères est assimilée, du point de vue de l'immunité et de l'inviolabilité, à celle du chef d'État étranger. Ce principe d'assimilation n'est guère contestable, et ne semble d'ailleurs pas contesté par la Belgique, dès lors que, du fait même de ses fonctions, le ministre des Affaires étrangères est appelé à voyager et à représenter l'État à l'étranger au même titre que le chef d'État. Pour justifier ce principe élémentaire, Sir A. Watts écrit:

«A head of government or a foreign minister who, while on an official visit to another State was subject to legal proceedings in that State would be likely to find his ability to carry out his functions seriously impaired. *Even the risk that by visiting another State he might be opening the way for the institution of legal*

¹ Ph. Cahier, *Le droit diplomatique contemporain*, Publication de l'Institut universitaire des Hautes études internationales, 2^e édition, Droz, Genève, 1964, pp. 359-360; J. Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, Bruylant, Bruxelles, 1994, n° 679, pp. 539-540; B.S. Murty, *The international Law of Diplomacy*, Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/London, 1989, pp. 334-335; Sir A. 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*, t. 247, 1994, III, pp. 106-108; I. Brownlie, «Contemporary problems concerning the jurisdictional immunity of States», rapport à l'Institut de Droit International, Session du Caire, *Ann. I.D.I.*, vol. 62-1, 1987, pp. 13 et s. (spécialement p. 22).

² Nous soulignons; suivent des références omises ici: *Kilroy v. Windsor*, opinion suivie par la *District Court* dans son jugement du 7 décembre 1978, *I.L.R.*, vol. 81, pp. 605-607.

*proceedings against him could deter him from making the visit at all, to the prejudice of his conduct of the international affairs of his State»*¹.

47. L'inviolabilité et l'immunité sont en effet fonctionnelles, en ce sens qu'elles sont accordées automatiquement par le droit international général à la personne qui en bénéficie en conséquence des fonctions officielles que celle-ci exerce et afin de permettre leur bon accomplissement par leur protection contre toute ingérence étrangère non autorisée par l'État que cette personne représente. Il importe en conséquence peu que les paroles reprochées au ministre Yerodia ont été prononcées alors qu'il était Directeur de Cabinet de la Présidence, soit avant son entrée en fonction comme ministre des Affaires étrangères de la R.D.C.. Il importe peu, pour la même raison, que les faits incriminés aient été commis par le ministre Yerodia à titre privé ou à titre officiel.

48. Certaines règles de droit conventionnel témoignent de ce principe de l'assimilation du statut du ministre des Affaires étrangères à celui du chef d'État. Ainsi, le ministre dispose de la même présomption de plénitude de compétence pour engager l'État par voie de traité que le chef de l'État, sans qu'il ait à produire une lettre de pleins pouvoirs pour ce faire². Par ailleurs, rappelant à la fois l'existence des immunités coutumières et le principe de l'assimilation souligné ci-avant, la Convention du 8 décembre 1969 sur les missions spéciales dispose en son article 21, §2 que:

«Le chef de gouvernement, le *ministre des affaires étrangères* et les autres personnalités de rang élevé, quand ils prennent part à une mission spéciale de l'État d'envoi, jouissent, dans l'État de réception ou dans un État tiers, *en plus* de ce qui est accordé par la présente Convention, des *facilités, privilèges et immunités reconnus par le droit international*»³.

49. En vertu du principe de l'assimilation de la condition internationale du ministre des Affaires étrangères en fonction à celle du chef d'État étranger en exercice quant au point de leur inviolabilité et de leur immunité pénale, le juge d'instruction Vandermeersch aurait dû reconnaître au ministre Yerodia une inviolabilité et une immunité pénale absolues, et en conséquence refuser de délivrer et de diffuser internationalement le mandat d'arrêt litigieux (*supra*, §44). On s'étonne d'autant plus qu'il ne l'a pas fait que, dans l'ordonnance du 6 novembre 1998 qu'il a rendue à l'encontre de l'ancien chef d'État chilien, A. Pinochet, le juge d'instruction Vandermeersch, citant le Professeur Salmon, a

¹ Sir A. 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*, t. 247, 1994, III, pp. 106-108. Nous soulignons.

² Voy. l'article 7, § 2, a) de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, ratifiée par la Belgique — loi d'assentiment du 10 juin 1992, *Moniteur belge*, 25 décembre 1993.

³ Nous soulignons.

considéré à bon droit qu'«un chef d'État étranger en fonction bénéficie d'une immunité de juridiction et d'exécution absolue»¹.

Chapitre III.
LA PORTÉE DE L'INVIOIABILITÉ ET DE L'IMMUNITÉ PÉNALE
ABSOLUES DU MINISTRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES ET LEUR
VIOLATION PAR L'ÉMISSION ET LA DIFFUSION INTERNATIONALE
DU MANDAT D'ARRÊT DU 11 AVRIL 2000

§ 1. Portée de l'inviolabilité et de l'immunité pénales absolues

50. L'inviolabilité du ministre des Affaires étrangères en exercice interdit à toute autorité publique étrangère de l'arrêter ou de porter atteinte à sa personne, ou, par quelque mesure de contrainte que ce soit, de limiter sa liberté de déplacement dans le territoire de l'État étranger dont l'accès lui a été autorisé. L'immunité pénale absolue dont est titulaire le ministre des Affaires étrangères empêche qu'une action publique soit dirigée contre lui ou qu'une instruction pénale soit ouverte à son encontre à l'étranger, ou qu'il soit poursuivi ou jugé par une juridiction répressive étrangère, ou encore extradé vers un autre tribunal répressif national.

§ 2. Violation de l'inviolabilité et de l'immunité pénales absolues

51. Il importe de souligner une fois encore que la simple émission du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 constitue, alors même qu'il n'a pas été exécuté, un acte de contrainte dirigé contre la personne du ministre Yerodia incompatible avec l'inviolabilité et l'immunité pénale absolues dont il est, en tant que ministre des Affaires étrangères de la R.D.C., titulaire. Le mandat d'arrêt, en ce qu'il ordonne à tout agent de la force publique de prêter son assistance à l'exécution du prescrit qu'il contient, suffit par lui-même à réaliser cette violation du droit international coutumier, les agents en question n'ayant pas la liberté de refuser d'y donner suite. La délivrance du mandat d'arrêt n'a en effet de sens que dans la perspective de l'arrestation de la personne qui y est mentionnée, et il ne faut point attendre que celle-ci soit réalisée pour considérer que l'atteinte à l'immunité pénale du dignitaire étranger a lieu. Celle-ci est parfaitement réalisée par l'acte de contrainte que constitue intrinsèquement le mandat d'arrêt, lequel manifeste la volonté d'obtenir l'arrestation physique de la personne visée dans le mandat².

¹ *Journal des Tribunaux*, 1999, p. 308 et note critique — mais pas sur ce point — de J. Verhoeven, «M. Pinochet, la coutume internationale et la compétence universelle».

² Voy. les précisions apportées quant aux effets du mandat d'arrêt par défaut, selon qu'il est signifié avant la fin de l'instruction ou non, par H. Bosly et D. Vandermeersch, *op. cit.*, pp. 515-516.

§ 3. Préjudices causés à la R.D.C.

A. Position de la R.D.C.

52. La diffusion internationale du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 procède de la violation des mêmes règles coutumières, en plus d'aggraver le préjudice moral subi par la R.D.C. suite à l'opprobre public et international qui est ainsi jeté sur l'un des membres les plus éminents de son gouvernement. La diffusion internationale du mandat d'arrêt a porté fondamentalement atteinte aux droits souverains du Congo en ce qu'elle a limité considérablement le libre et plein exercice, par le ministre Yerodia, des fonctions de négociation et de représentation internationales dont il s'était vu confier la charge par feu le président Laurent Désiré Kabila. La simple crainte de l'exécution du mandat d'arrêt est en effet de nature à limiter les déplacements à l'étranger du ministre mis en cause, portant ainsi préjudice à la bonne conduite des relations internationales de son État que les principes d'inviolabilité et d'immunité ont pour finalité de sauvegarder.

Le préjudice ainsi causé à la R.D.C. est d'autant plus grave et manifeste que la situation de guerre internationale au Congo-Kinshasa, et l'occupation du territoire de la R.D.C. par des armées étrangères venant en aide à des rebelles, n'était pas inconnue des autorités belges. Cette situation nécessitait en effet, plus encore sans doute qu'en temps normal, que le ministre des Affaires étrangères de la R.D.C. puisse jouir de l'entière liberté de mouvement qui est la sienne, et que ses partenaires étrangers ne soient pas découragés ou inhibés, par l'existence et la diffusion du mandat d'arrêt international, de le considérer comme un interlocuteur légitime ¹. Dès la divulgation publique de ce mandat d'arrêt, il est significatif que c'est l'actuel ministre des Affaires étrangères de la R.D.C., Monsieur Léonard She Okitundu, alors ministre en charge des droits humains, qui fut chargé des relations avec Bruxelles, et que le ministre des Affaires étrangères belge refusa, à partir de ce moment, de rencontrer son homologue congolais. Ce fait ne saurait toutefois être interprété comme la preuve que le Congo n'aurait subi aucun préjudice dans la conduite de ses affaires étrangères ou dans son honneur du fait de la délivrance du mandat d'arrêt. On ne peut ainsi écarter les difficultés suscitées par l'existence du

¹ Il est certain que la délivrance du mandat d'arrêt litigieux a pu servir d'argument aux opposants du régime du Président Kabila pour faire pression sur différents gouvernements étrangers afin qu'ils ne reçoivent plus le ministre Yerodia, en invoquant la manière d'opprobre qui s'attache naturellement à un mandat d'arrêt. Il n'est même pas certain que l'existence de telles pressions des opposants au gouvernement légitime de la R.D.C. aient été nécessaires pour que des gouvernements étrangers cessent de traiter avec le ministre des Affaires étrangères Yerodia. Dans certains pays, la simple pression de l'opinion publique a pu suffire. En Belgique notamment, il fut vivement reproché au ministre des Affaires étrangères Louis Michel d'avoir rencontré le ministre Yerodia après le 11 avril 2000, mais avant la divulgation publique du mandat d'arrêt, dès lors qu'une partie de l'opinion publique considéra qu'il n'était pas possible que le ministre fut resté dans l'ignorance de l'existence du mandat d'arrêt.

mandat d'arrêt et les violations des droits souverains du Congo qu'il emporte en soutenant quelque peu naïvement, comme le conseil de la Belgique le fit lors des plaidoiries du 21 novembre 2000, qu'«il est dès lors correct de dire que rien n'empêche le Congo de poursuivre sa politique extérieure avec un autre représentant de son choix»¹: une telle affirmation non seulement nie l'atteinte à la dignité du Congo qui découle de la mise en accusation publique d'un de ses plus éminents représentants, mais minimise encore abusivement l'incontestable atteinte portée au libre exercice des fonctions ministérielles et au choix souverain par le Congo de son représentant. Il n'appartient en toute hypothèse pas à la Belgique de considérer que la politique étrangère de la R.D.C. est mieux servie par telle ou telle personne, pas plus que de juger de la nécessité ou de l'opportunité de tel ou tel déplacement du ministre des Affaires étrangères congolais.

S'il est vrai que le ministre Yerodia continua, même après la diffusion internationale du mandat d'arrêt litigieux, d'effectuer certains déplacements à l'étranger, il faut souligner que ceux-ci furent en nombre réduit par rapport à ceux qu'il aurait autrement pu entreprendre et qu'ils ne furent pas entamés sans avoir préalablement obtenu certaines assurances de la part des autorités des États invitants quant à la non-exécution du mandat litigieux, ce qui, la Cour l'imagine sans peine, n'est pas sans susciter certains embarras peu conformes au commerce qu'entretiennent normalement des États souverains. En outre, l'existence du mandat d'arrêt litigieux obligea le ministre Yerodia à emprunter des voies parfois moins directes pour voyager, ce qui emporta des débours supplémentaires à la R.D.C. du détail desquels elle fait ici grâce à la Cour, puisqu'elle renonce à en obtenir le remboursement à charge de la Belgique au titre de la réparation du dommage matériel causé par ses faits illicites.

53. Au-delà du préjudice infligé de la sorte à la R.D.C., il est clair que l'action dont la Cour est saisie porte sur une question qui dépasse le cadre des relations belgo-congolaises. La question du respect scrupuleux des immunités conférées par le droit international est en effet d'intérêt général pour la communauté internationale dans son ensemble. Les relations internationales ne sauraient en effet se conduire sereinement et librement s'il était permis à chaque État d'accuser et d'attirer devant ses juges des personnes dont les fonctions consistent précisément à participer au commerce interétatique. Ceci est vrai que ces personnes soient en charge de la représentation internationale d'un État, ou qu'elles exercent des fonctions d'intérêt commun au sein d'une organisation internationale et se voient pour cette raison conférer des immunités juridictionnelles (Secrétaire général de l'O.N.U., juges de la Cour...). On imagine en effet mal que ces fonctions puissent être paralysées par l'action unilatérale d'un juge national. Par leur caractère fonctionnel, les immunités entendent prévenir une telle paralysie, laquelle est hautement préjudiciable à tous et non seulement à l'État ou l'organisation qui, plus concrètement, subit cette entrave. Il importe donc de réaffirmer l'importance du respect scrupuleux des

¹ Compte-rendu de l'audience du 21 novembre 2000, § 26, p. 30, *per* E. David.

immunités, sans lesquelles l'ordre et le dialogue ne sauraient exister dans les relations internationales. Nul doute que ceux-ci sont d'autant plus nécessaires à une époque de «mondialisation» où le multilatéralisme est la règle (voy. encore *infra*, §73).

B. Arguments de la Belgique

i) *L'invitation faite au ministre*

54. Lors de la phase orale de la procédure en indication de mesures conservatoires, la Belgique a soutenu que l'émission et la diffusion internationale du mandat d'arrêt litigieux ne porteraient pas atteinte au bon et libre exercice par le ministre Yerodia de ses fonctions internationales, dès lors que s'il était officiellement invité en Belgique, il bénéficierait sans conteste dans cet État d'une inviolabilité et d'une immunité pénale, et qu'il ne serait pas donné exécution au mandat d'arrêt.

L'argument, qui est repris dans le texte du mandat d'arrêt litigieux et a déjà été évoqué (*supra*, §43), ne laisse pas de surprendre. D'une part, intrinsèquement contradictoire, il fait fi, ce qui est tout de même étonnant, du principe de la séparation des pouvoirs, pourtant consacré par la Constitution belge. Il ne faut sans doute pas s'y attarder davantage, sauf pour souligner que la Belgique avance ainsi une prétendue échappatoire que son ordre juridique interne ne lui permet pas de pratiquer. On rappellera seulement que le gouvernement belge s'est bien gardé de mettre en oeuvre cette voie qu'il a proposé en plaidoiries, ce qui est probablement la preuve de son illégalité interne, et que le ministre Michel n'a plus entendu traiter avec son homologue congolais Yerodia suite à la divulgation du mandat d'arrêt du 11 avril 2000.

D'autre part, l'argument passe sous silence le fait que la diffusion internationale du mandat d'arrêt fait automatiquement échapper au contrôle des autorités belges l'exécution de celui-ci. L'argument est en ce sens insuffisant, puisque l'entrave au libre exercice des fonctions internationales du ministre que constitue la crainte d'une arrestation demeure entière hors de la Belgique — à supposer même qu'elle puisse être levée de cette manière en Belgique.

Ensuite, et plus fondamentalement, l'argument témoigne de la mauvaise compréhension qu'ont les autorités belges de ce qu'est l'inviolabilité et l'immunité pénale absolues des hauts représentants des États étrangers. L'argument donne en effet à penser que ce serait la Belgique qui, en quelque sorte, "distribuerait", accorderait ces privilèges d'inviolabilité et d'immunité aux hauts dignitaires étrangers invités. Rien ne saurait être plus erroné s'agissant des hauts représentants étrangers dont le statut est, s'agissant de l'inviolabilité et de l'immunité, assimilé à celui du chef d'État étranger. Il est certes vrai qu'aucun étranger, même pas le chef d'État étranger, ne peut pénétrer, sauf disposition conventionnelle contraire, sur le territoire d'un souverain sans son consentement. Là n'est toutefois pas la question, et la R.D.C. n'a jamais prétendu que l'inviolabilité et l'immunité de ses hauts représentants leur permettait de voyager à l'étranger — ou singulièrement en Belgique — sans le

consentement des autorités compétentes. Il est tout aussi vrai que l'acceptation de la venue sur le territoire national d'une mission spéciale étrangère peut emporter, dans le chef des autorités de l'État invitant, l'obligation de reconnaître certains privilèges à certains membres de la mission qui en sont autrement dépourvus, et cela pour la durée de la présence de cette mission¹. Cela étant, il n'empêche que l'inviolabilité et l'immunité pénale absolues que le droit international coutumier reconnaît, comme on l'a montré ci-avant, aux chefs d'État, Premiers ministres, ministres des Affaires étrangères et autres représentants éminents d'États, découle automatiquement de leur entrée et de leur maintien en fonction, qu'elles ont pour finalité de protéger. L'existence de ces privilèges ne dépend nullement du consentement qui serait donné par une autorité étrangère à leur déplacement dans cet État, à l'inverse de ce qui est le cas lors de l'accord donné par l'État accréditaire à l'envoi de diplomates par l'État accréditant. La vérité est que tout État invitant un chef d'État, un Premier ministre, un ministre des Affaires étrangères ou tout autre haut représentant d'un État étranger assimilé est tenu de respecter l'inviolabilité et l'immunité pénale absolues qui est la leur en droit international coutumier. Cette obligation ne naît pas avec l'invitation qui leur est adressée, elle n'est pas créée par celle-ci; elle existe en droit international général et l'accord qui est donné à la présence sur le territoire national des hauts représentants étrangers n'est que l'une des occasions du respect de cette obligation coutumière. Il est donc parfaitement inutile de souligner, comme le fait la Belgique, que la bonne foi serait surprise s'il en allait autrement.

Enfin, l'argument emporte une contradiction intrinsèque dans la défense de la Belgique, car on ne pourrait comprendre comment la Belgique (ou tout autre pays), par une invitation accordée à un ministre étranger, pourrait lui conférer une immunité alors qu'elle prétend qu'il en serait radicalement et "par nature" dépourvu vu la gravité des crimes qui lui sont reprochés, et que cette privation d'immunité serait, selon la Belgique, une conséquence logique du caractère impératif des violations du droit dont il se serait supposément rendu coupable. On comprend mal que la Belgique puisse unilatéralement accorder ce que le *jus cogens*, selon elle, prohiberait. Comme on le montrera ci-après, l'argument belge de l'absence d'immunité du ministre des Affaires étrangères en exercice en cas d'accusation de crimes de droit international est tout autant mal fondé.

ii) *L'exécution du mandat d'arrêt par un tiers*

55. Durant la phase orale de la procédure en indication de mesures conservatoires, la Belgique a soutenu que l'atteinte à l'immunité pénale du ministre Yerodia ne serait pas réalisée par l'émission et la diffusion internationale du mandat d'arrêt du 11 avril 2000, mais uniquement par la suite qui y serait donnée par une autorité étrangère requise collaborant avec la Belgique.

¹ Voy. la Convention du 8 décembre 1969 sur les missions spéciales.

L'argument, déjà évoqué (*supra*, §43) ne laisse pas, ici encore, de surprendre. On ne sait au juste s'il entend indiquer que le fait illicite reproché par la R.D.C. à la Belgique ne se serait pas encore réalisé, ou s'il entend contester l'imputation de ce fait illicite à l'État belge.

S'agissant de la première branche de l'alternative, il fut montré à suffisance ci-dessus qu'elle n'est pas tenable et que la violation des droits souverains de la R.D.C. fut réalisée dès l'émission du mandat d'arrêt à l'encontre du ministre Yerodia, et en quelque sorte aggravée par la diffusion internationale de ce mandat d'arrêt.

S'agissant de la deuxième branche de l'alternative, elle doit tout autant être rejetée. Il est en effet certain que l'émission et la diffusion internationale du mandat d'arrêt litigieux sont le fait de l'État belge à l'intermédiaire d'un de ses organes, à savoir le vice-président du Tribunal de première instance de Bruxelles, exerçant les fonctions de magistrat instructeur. Il est tout aussi certain que ce mandat d'arrêt oblige tous les agents de la force publique dans l'ordre juridique belge, tant qu'il n'y a pas été mis à néant. Dès l'instant où c'est l'existence même du mandat d'arrêt du 11 avril 2001 qui réalise les faits illicites reprochés à la Belgique, celle-ci ne peut échapper à sa responsabilité en avançant le fait que des autorités tierces, donnant effet à ce mandat à sa demande, commettraient à leur tour une violation du droit des gens à l'encontre de la R.D.C.. Le comportement de ces autorités tierces ne serait en effet jamais que la suite logique de la délivrance du mandat d'arrêt, que la Belgique sollicite par la diffusion internationale qui en est faite. En d'autres termes, le mandat d'arrêt du 11 avril 2000 demeure en toute hypothèse la cause du fait illicite complémentaire et distinct que réaliserait un État tiers par la collaboration que pourrait apporter certains de ses organes et agents à l'exécution de ce mandat d'arrêt (*supra*, §43). Aucun État n'ayant à ce jour donné suite à ce mandat d'arrêt, il ne faut pas s'interroger plus avant sur la responsabilité spécifique qui pourrait en résulter dans le chef de l'État qui l'exécute, ni sur la manière dont celle-ci devrait s'articuler par rapport à celle, en quelque sorte originaire, de l'État belge. Le fait qu'aucun État n'a à ce jour donné suite au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 est toutefois le signe de l'*opinio juris* dominante suivant laquelle tout ministre des Affaires étrangères en exercice bénéficie d'une inviolabilité et d'une immunité pénale absolues, ainsi qu'il fut rappelé ci-avant. Il importe toutefois, et c'est tout le sens de la saisine de la Cour par la R.D.C., que ce principe demeure clairement affirmé et qu'aucun doute ne puisse exister à cet égard, nonobstant la qualification pénale des faits reprochés au dignitaire étranger visé par le mandat d'arrêt.

iii) *Les recours judiciaires*

56. Il ne saurait pas plus être contesté que le mandat d'arrêt du 11 avril 2001 porte atteinte à l'inviolabilité et l'immunité pénales absolues du ministre des Affaires étrangères de la R.D.C., et par là viole les droits souverains de cet État, en arguant du fait qu'il pourrait être mis à néant par une juridiction supérieure dans l'ordre juridique belge à l'aide des principes de primauté du droit international en droit belge et de l'interprétation de la loi rappelés ci-avant (*supra*, Deuxième Partie, Chap. II et III). L'argument ferait ainsi référence à une manière d'exigence d'épuisement préalable des voies de recours internes; il doit tout autant être écarté. Il est en effet certain que la R.D.C. n'a pas saisi la Cour dans l'exercice de son droit de protection diplomatique. En délivrant et diffusant internationalement le mandat d'arrêt litigieux, la Belgique a directement porté atteinte aux droits de la R.D.C., puisque l'immunité est le droit de l'État et non de la personne par laquelle il est représenté. Il ne saurait donc être question d'attendre une confirmation du mandat d'arrêt par une juridiction supérieure pour considérer que le fait illicite reproché à la Belgique a été commis.

Par ailleurs, l'argument fait référence à une possibilité inexistante, dès lors qu'aucune voie de recours interne n'est ouverte en droit belge à la R.D.C. pour contester le mandat d'arrêt délivré à l'encontre de son ministre. Seul ce dernier, personnellement visé par l'acte litigieux, dispose de recours en droit belge. Encore faut-il constater que ces recours sont limités — contrairement à ce que le conseil de la Belgique a soutenu lors des plaidoiries du 21 novembre 2000¹ —, en ce sens qu'il n'existe pas de recours direct contre le mandat d'arrêt tant que la personne qui y est visée n'est pas arrêtée et incarcérée. Dans le droit de la procédure pénale belge, la seule possibilité de contester le mandat d'arrêt avant l'arrestation de la personne qui y est visée est de solliciter du juge d'instruction puis, en cas de refus, d'une juridiction d'instruction supérieure, un nouvel acte d'instruction après avoir pris connaissance du dossier d'instruction. Toutefois, le simple accès à ce dossier fut refusé par le juge Vandermeersch à Monsieur Yerodia par ordonnance du 12 octobre 2000. Cette ordonnance fut confirmée par l'arrêt du 12 mars 2001 prononcé par la Chambre des mises en accusation de la Cour d'appel de Bruxelles², sur conclusions conformes du Premier Avocat général. Il est donc clair que, du point de vue de toutes les autorités judiciaires belges, le mandat d'arrêt ne pourrait pas être levé et serait conforme au droit international, ce qu'a d'ailleurs soutenu la Partie défenderesse lors des plaidoiries relatives à la demande d'indication de mesures conservatoires.

¹ Compte-rendu de l'audience du 21 novembre 2000, § 42, *per* E. David.

² Cette confirmation fut motivée par le fait que «eu égard à la nature des faits reprochés à la partie requérante (...) il peut être craint que l'accès au dossier puisse, par une diffusion de l'information auprès d'autres personnes proches de l'entourage du requérant, susciter des représailles à l'encontre des plaignants et des personnes entendues en cours d'instruction ou encore de membre de leur famille qui résident en République démocratique du Congo».

C. Les faits qui sont à la base de l'accusation

57. Il faut enfin relever le caractère ténu de l'accusation dont fait l'objet le ministre Yerodia. Les paroles qu'il a notamment prononcées le 28 août 1998 n'ont fait l'objet de la part des autorités publiques belges d'aucune mise en contexte, ni historique ni culturelle. Elles ont été abusivement interprétées par celles-ci comme un appel, une incitation, à commettre des crimes de droit international, alors que le lien de causalité entre ces paroles et certains actes inqualifiables de violence dirigés contre la minorité Tutsie par une population assiégée est loin d'être clairement établi.

Chapitre IV.

IL N'Y A PAS D'EXCEPTION COUTUMIÈRE À L'INVIOIABILITÉ ET À L'IMMUNITÉ PÉNALE ABSOLUES DES MINISTRES DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES DEVANT LES FORS NATIONAUX EN CAS D'ACCUSATION DE CRIME DE DROIT INTERNATIONAL

§ 1. Précisions liminaires

58. Le point de divergence le plus fondamental entre la R.D.C. et la Belgique porte sur la question de savoir s'il existe, en droit international, une exception aux règles coutumières de l'invioiabilité et de l'immunité pénale absolues des chefs d'État étrangers en fonction et personnes assimilées (Premier ministres, ministres des Affaires étrangères...) devant les fors nationaux lorsqu'il sont accusés d'avoir commis ou incité à commettre un crime de droit international (notamment crime de guerre, crime de génocide ou crime contre l'humanité). D'emblée, il importe de souligner que la charge de la preuve incombe à cet égard à la Belgique, puisqu'elle entend se prévaloir d'une prétendue exception à un régime coutumier qu'elle ne paraît pas, en son principe, mettre en cause.

59. Malgré le fait que la charge de la preuve revient sur ce point à la Belgique, la R.D.C. entend ici démontrer que l'assertion de la Belgique est sans fondement en droit international. Pour ce faire, il importe de distinguer à nouveau (*supra*, §38) entre deux difficultés: la première est celle de la qualité officielle de l'accusé comme cause d'exonération de la responsabilité pénale ou de motif de réduction de la peine; la deuxième est celle de l'immunité de juridiction pénale qui est attachée, en droit international, à la qualité officielle d'une personne. Ces deux difficultés, ainsi qu'on l'a montré (*supra*, §39), sont confondues dans l'interprétation que la Belgique fait de sa loi, dont l'article 5, §3, indique que «l'immunité attachée à la qualité officielle d'une personne n'empêche pas l'application de la présente loi» et dont les travaux préparatoires indiquent que, ce faisant, le législateur a entendu «transposer une règle de droit humanitaire

international (...) rappelée récemment de façon absolue à l'article 27 du Statut de Rome»¹, alors que les paragraphes 1 et 2 de cet article reflètent cette distinction. Comme on l'a souligné, une interprétation de la loi belge conforme au droit international consisterait à considérer que son article 5, §3, ne signifie rien d'autre que la qualité officielle de l'accusé ne peut pas constituer une cause d'exonération de la responsabilité pénale ou un motif de réduction de la peine. On sait toutefois que ce n'est pas cette interprétation que retint le juge Vandermeersch lorsqu'il décida de délivrer et de diffuser le mandat d'arrêt litigieux. Il considéra plutôt, comme le conseil de la Belgique le soutint lors des plaidoiries relatives à la demande d'indication de mesures conservatoires, que l'immunité pénale dont bénéficient coutumièrement les chefs d'État étrangers et les personnes assimilées connaît une exception lorsqu'ils sont accusés d'avoir perpétré des crimes de droit international.

60. Avant de discuter et de réfuter les arguments de la Belgique sur ce point, deux précisions doivent être faites.

D'une part, la R.D.C. ne conteste pas qu'est un principe de droit international pénal, notamment forgé par les jurisprudences de Nuremberg et de Tokyo, la règle suivant laquelle la qualité officielle de l'accusé *au moment des faits* ne peut pas constituer une cause d'exonération de sa responsabilité pénale ou un motif de réduction de sa peine lorsqu'il est jugé, que ce soit par une juridiction interne ou une juridiction internationale. Sur ce point, aucune divergence n'existe avec l'État belge.

D'autre part, il importe de souligner qu'en invoquant une exception — en réalité inexistante — au régime des immunités pénales des chefs d'État étrangers et des personnes assimilées, la Belgique tout à la fois confirme l'existence de principe de ces immunités² et affaiblit considérablement son argument — développé lors des plaidoiries relatives à la demande d'indications conservatoires — selon lequel, en toute hypothèse, le mandat d'arrêt du 11 avril 2000 ne serait pas un acte de contrainte et sa délivrance et sa diffusion internationale n'auraient pas porté atteinte aux droits souverains de la R.D.C. Il est en effet clair que si le mandat d'arrêt ne constituait pas un acte de contrainte intrinsèquement susceptible de violer l'immunité pénale de Monsieur Yerodia, il ne serait pas nécessaire de tâcher de démontrer que cette immunité n'existerait prétendument pas de par le fait de la gravité des actes dont il est accusé.

¹ Doc. Parl., Sénat, sess. 1998-1999, 1-749/2 et 3.

² Ainsi que la Cour l'a souligné:

«Si un État agit d'une manière apparemment inconciliable avec une règle reconnue, mais défend sa conduite en invoquant des exceptions ou justifications contenues dans la règle elle-même, il en résulte une confirmation plutôt qu'un affaiblissement de la règle, et cela que l'attitude de cet État puisse ou non se justifier en fait sur cette base» (*Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, arrêt du 27 juin 1986, *Rec.*, 1986, p. 98, § 186).

A fortiori en est-il de même lorsque l'exception est en réalité inexistante, et n'est pas contenue dans la règle elle-même.

§ 2. Le droit positif

61. L'inviolabilité et l'immunité pénale absolues du ministre des Affaires étrangères subsistent, devant les juridictions nationales, alors même qu'ils sont accusés d'avoir commis des crimes de droit international, en l'espèce l'incitation à commettre des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Rien, ni dans la doctrine, quasi-unanime, ni dans la pratique internationale ne consacre, dans un cas comparable à celui-ci (c'est à dire la poursuite devant une *juridiction pénale interne* du ministre des Affaires étrangères *en fonction* d'un État étranger), une exception à l'immunité pénale absolue de la personne qui en est titulaire en cas d'accusation de crime de droit international.

A. Jurisprudence, pratique et doctrine récentes

62. La jurisprudence la plus récente confirme, à la lumière de précédents bien établis¹, qu'un chef d'État en exercice bénéficie d'une inviolabilité et d'une immunité pénale absolues, même en cas d'accusation de crime de droit international. En vertu de la règle, rappelée ci-dessus, de l'assimilation de la condition internationale du ministre des Affaires étrangères et des autres hauts représentants de l'État à celle du chef d'État sur ce point, les enseignements de cette jurisprudence sont *mutatis mutandis* applicables au cas d'espèce.

i) Les arrêts «Pinochet» de la House of Lords

63. Ainsi, dans l'arrêt «Pinochet» rendu par la *House of Lords* le 25 novembre 1998, Lord Nicholls, pourtant favorable à la poursuite de la procédure pénale contre l'ancien chef d'État chilien, déclara très succinctement mais fermement, afin que l'arrêt de la Haute juridiction ne soit pas mal interprété:

«I have no doubt that a *current* head of state is immune from criminal process under customary international law»².

De manière comparable, dans l'arrêt subséquent rendu par la même juridiction dans la même affaire le 24 mars 1999, Lord Browne-Wilkinson, dont l'opinion forma la majorité de la Cour, s'exprima en ces termes:

«It is a basic principle of international law that one sovereign state (the forum state) does not adjudicate on the conduct of a foreign state. The foreign state is entitled to procedural immunity from the processes of the forum state. This immunity extends to both criminal and civil liability. State immunity probably grew from the historical immunity of the person of the monarch. In any event,

¹ Cass. it., 20 fév. 1978, *Bacchelli c. Comune di Bologna*, *IYIL*, 1978-79, p. 137 note L.C. ; BGH, 14 déc. 1984, *Honecker*, *ILR*, t. 80, p. 366 ; Cass. it., 28 juin 1985, *Ric. Arafat e altro*, *Foro it.*, 1986, II, p. 279 ; Trib. féd. suisse, 1 déc. 1989, *Marcos*, *ILR*, t. 102, p. 201.

² Nous soulignons. <http://parliament.the-stationary-office.co.uk>

such personal immunity of the head of state persists to the present day: the head of state is entitled to the same immunity as the state itself. The diplomatic representative of the foreign state in the forum state is also afforded the same immunity in recognition of the dignity of the state which he represents. *This immunity enjoyed by a head of state in power and an ambassador in post is a complete immunity attached to the person of the head of state or ambassador and rendering him immune from all actions or prosecutions whether or not they relate to matters done for the benefit of the state. Such immunity is said to be granted ratione personae*»¹.

Dans cet extrait, Lord Browe-Wilkinson assimile clairement la condition du chef d'État en fonction et celle de l'ambassadeur en poste, ce qui, *a fortiori*, confirme le bien-fondé du principe de l'assimilation de la condition du ministre des Affaires étrangères en fonction à celle du chef d'État étranger, puisque l'on ne pourrait pas comprendre que le chef de la diplomatie d'un État soit moins bien protégé par le droit international que les plus hauts fonctionnaires (ambassadeurs) du ministère qu'il dirige.

ii) *L'arrêt «Khadafi» de la Cour de cassation de France*

64. Plus récemment encore, la Cour de cassation de France cassa et annula en toutes ses dispositions l'arrêt de la chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris ayant confirmé l'ordonnance du juge d'instruction disant y avoir lieu à informer à l'encontre de Monsieur Mouammar Khadafi, chef d'État en exercice de la Jamahiriya Arabe Libyenne, du chef de complicité de destruction d'un bien par l'effet d'une substance explosive ayant entraîné la mort d'autrui, en relation avec une entreprise terroriste. L'arrêt de la Cour de cassation se lit comme suit:

«Sur le moyen unique de cassation, pris de la violation du droit pénal coutumier international relatif à l'immunité de juridiction reconnue aux chefs d'État étrangers

Vu les principes généraux du droit international;

Attendu que la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'État en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux parties concernées, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un État étranger;

Attendu que l'association SOS Attentats et Béatrice Castelnau d'Esnauld ont porté plainte avec constitution de partie civile du chef de complicité de destruction d'un bien par l'effet d'une substance explosive ayant entraîné la mort d'autrui, en relation avec une entreprise terroriste, contre Mouammar Khadafi, chef d'État en exercice de la Jamahiriya Arabe Libyenne, à qui elles reprochent son implication dans l'attentat commis le 19 septembre 1989 contre un avion DC 10 de la compagnie UTA, lequel, en explosant au-dessus du Niger, a causé la mort de 170 personnes, plusieurs d'entre elles étant de nationalité française;

Attendu que, pour confirmer l'ordonnance du juge d'instruction disant y avoir lieu à informer, nonobstant les réquisitions contraires du ministère public, les juges du second degré retiennent que, si l'immunité des chefs d'État étrangers a toujours été admise par la société internationale, y compris la France, aucune

¹ *Ibid.* Nous soulignons.

immunité ne saurait couvrir les faits de complicité de destruction d'un bien par l'effet d'une substance explosive ayant entraîné la mort d'autrui, en relation avec une entreprise terroriste;

Mais attendu qu'en prononçant ainsi, alors qu'en l'état du droit international, le crime dénoncé, quelle qu'en soit la gravité, ne relève pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction des chefs d'État étrangers en exercice, la chambre d'accusation a méconnu le principe susvisé; (dispositif conforme aux motifs)»¹.

65. Cet arrêt appelle différentes remarques. La première est de rappeler que son enseignement vaut *mutatis mutandis* pour les ministres des Affaires étrangères et autre personnes de rang élevé assimilées, du point de vue de l'immunité pénale, au chef d'État.

66. Ensuite, il faut souligner que la Cour de cassation de France a considéré que la simple décision de mise à informer, mesure d'instruction préalable à la délivrance d'un mandat d'arrêt, était une mesure de contrainte suffisante pour violer le principe coutumier de l'immunité de juridiction des chefs d'État étrangers. *A fortiori*, ceci vient confirmer ce qui a été soutenu ci-avant et qui est nié contre toute évidence par la Partie défenderesse, à savoir que l'émission et la diffusion internationale du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 constituent bien des mesures de contrainte incompatibles avec l'inviolabilité et l'immunité pénale absolues du ministre Yerodia.

67. Enfin, l'arrêt de la Cour de cassation confirme qu'il n'y a pas d'exception coutumière à l'immunité de juridiction pénale des chefs d'État étrangers, en ce qu'il souligne que «en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux parties concernées», la coutume internationale s'oppose à ce que des chefs d'État en exercice puissent faire l'objet de poursuites pénales à l'étranger. Ces termes font nécessairement référence à une exception conventionnelle, et non coutumière, à l'immunité des chefs d'État, sinon il aurait été inutile de préciser que les dispositions portant exception doivent «s'impos[er] aux parties concernées»², ce qui fait inmanquablement allusion à l'effet relatif des conventions internationales. Ce faisant, la Cour confirme ce qui a déjà été affirmé ci-avant (*supra*, §§42 et 60), à savoir que les précédents de Nuremberg et de Tokyo ne peuvent servir d'exemples d'une pratique coutumière relative à l'absence d'immunité des chefs d'États et hauts dignitaires en exercice, puisque les personnes jugées par ces tribunaux avaient cessé, à ce moment, d'exercer leurs fonctions officielles. La Partie défenderesse serait bien en peine de rapporter un seul précédent judiciaire pertinent où une juridiction *nationale* aurait valablement mis en accusation et jugé un chef d'État étranger en exercice, ou tout autre ministre assimilé.

¹ Cour de cassation, Chambre criminelle, Arrêt n° 1414 du 13 mars 2001, disponible sur Internet <http://www.courdecassation.fr>

² C'est à dire l'État poursuivant et l'État représenté par la personne poursuivie.

La Cour de cassation indique encore qu'une exception à l'immunité de principe des chefs d'État ne peut pas plus se déduire, par une fausse manière de nécessité logique, de la seule «gravité» du crime dénoncé, et constate que celui-ci «ne relève pas des exceptions au principe de l'immunité des chefs d'État en exercice».

68. Dans la pratique internationale récente, on peut encore relever que le Sous-Secrétaire d'État américain Thomas R. Pickering a considéré qu'un major de l'armée péruvienne bénéficiant d'un statut diplomatique aux États-Unis devait y être soustrait à toute mesure de poursuite pénale, quelque soit la gravité des faits de torture commis dans son pays qui lui étaient reprochés ¹.

69. La doctrine la plus autorisée approuve en tous points cette jurisprudence et cette pratique ².

B. L'argument déduit de l'article 27 du Statut de la C.P.I.

70. Existe-t-il une exception conventionnelle permettant de justifier le comportement de la Belgique? On est bien en peine d'en découvrir une seule parmi tous les instruments cités par la Belgique lors des plaidoiries du mois de novembre 2000. À vrai dire, les seules exceptions existantes à ce jour sont consacrées au bénéfice des juridictions pénales internationales instituées par le Conseil de sécurité, ou de la future Cour pénale internationale. Le cas du président Milosevic, on l'a déjà souligné (*supra*, §42), est sur ce point l'exception qui confirme la règle, puisque la levée de son immunité coutumière est le résultat d'un acte du Conseil de sécurité des Nations Unies liant tous les États membres. Par ailleurs, la levée des immunités qu'entend réaliser l'article 27, paragraphe 2, du Statut de la future Cour pénale internationale ne trouve à s'appliquer que dans les cas où celle-ci est compétente (*supra*, §42). L'article 27, paragraphe 2, du Statut de la C.P.I. se contente de rappeler la règle, élémentaire, qui déclare inapplicable devant un juge *international* l'immunité qui soustrait à la connaissance d'un juge *national* les actions introduites contre un État *étranger*, ou ses représentants, sans son consentement. On ne saurait partant déduire de cet article que le bénéfice des immunités du droit international cesserait d'exister devant les juridictions *internes* dès l'instant où une accusation de crime de droit international est formulée à l'égard de la personne qui en est titulaire. Le Statut de Rome confirme d'ailleurs lui-même que l'accusation, formulée par la Cour pénale internationale, d'avoir commis des crimes relevant de sa

¹ Voy. *Contemporary practice of the United States, A.J.I.L.*, 2000, pp. 535-536.

² D. Alland (dir.), *Droit international public*, 2000, p. 158 ; Ph. Cahier, *op. cit.*, p. 338 ; G. Dahm, *Völkerrecht*, t. I, 1958, p. 302 ; Damian, *Staatensimmunität und Gerichtszwang*, 1985, pp. 76-77 ; J. Salmon, *op. cit.*, pp. 596, 599 ; *Satow's Guide to Diplomatic Practice*, 5^e éd., ch. 2, §§ 2.2, 2.3, 2.4 ; A. Verdross et B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3^e éd., 1984, pp. 640 et s. ; A. Watts, *op. cit.*, RCADI, t. 247, p. 54 ; R. Wedgwood, « International Criminal Law and Augusto Pinochet », *Virg. JIL*, 2000, p. 838.

compétence ne dispense pas les autorités étatiques, en ce compris les juridictions, de respecter scrupuleusement les immunités dont sont titulaires, en droit international, certaines personnes vu les fonctions éminentes qu'elles exercent. C'est ainsi que l'article 98, paragraphe 1, du Statut dispose que:

«La Cour ne peut présenter une demande d'assistance qui contraindrait l'État requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en droit international en matière d'immunité des États ou d'immunité diplomatique d'une personne ou de biens d'un État tiers, à moins d'obtenir au préalable la coopération de cet État tiers en vue de la levée de l'immunité».

Même si certains auteurs¹ ont estimé qu'il était difficile de déterminer le rapport qui existe entre l'article 27, paragraphe 2, et l'article 98, paragraphe 1, il est clair qu'il n'y aurait eu aucun sens à insérer dans le Statut l'article 98, paragraphe 1, si, comme le soutient à tort la Belgique, il n'existait pas d'immunité de droit international, devant les juridictions nationales, au bénéfice de certains dignitaires ou fonctionnaires de haut rang en exercice en cas d'accusation de crime de droit international.

71. Pour ces motifs, et outre le fait que le Statut de la C.P.I. n'est pas en vigueur, on ne peut pas faire droit à l'argument développé lors de l'audience du 23 novembre 2000 par le conseil de la Belgique. Ce dernier a soutenu, à propos de l'article 27 du Statut de la future Cour pénale internationale qu'«une lecture attentive de cette disposition (...) montre (...) que l'immunité est refusée, non au regard de la *seule Cour pénale internationale*, mais au regard de l'ensemble du *Statut* de la Cour. Or, dans la mesure où le Statut prévoit lui-même la juridiction prioritaire des tribunaux *internes* pour les crimes visés par le Statut et dans la mesure où le Statut "*rappell(e)* qu'il est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux", on peut en déduire très logiquement que le refus d'immunité visé par le Statut s'applique à tout procès organisé devant des juridictions des États parties au Statut dès lors qu'il s'agit d'un crime prévu par le Statut»². Aucune logique ne justifie ce raisonnement, qui entend démontrer ce qu'il suppose et qui n'est pas établi, à savoir qu'il existerait — *quod non* — une exception coutumière en cas de crime international à l'immunité pénale dont sont titulaires, en droit international général, les chefs d'État étrangers en exercice et autres hauts représentants assimilés.

¹ P. Saland, «International criminal principles», in R. S. LEE (ed.), *The International Criminal Court, The making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, UNITAR in cooperation with The project on International courts and tribunals, Kluwer, 1999, p. 202, note 25.

² Compte-rendu de l'audience du 23 novembre 2000, § 7, per E. David.

§ 3. Sens et importance des immunités pour l'ordre juridique international

72. *De lege lata*, l'état actuel du droit international est donc clair et il devrait conduire la Cour à refuser de faire droit aux arguments de la Partie défenderesse. Sans s'arrêter donc davantage à rapporter l'état actuel du droit international, la Partie demanderesse voudrait brièvement indiquer à la Cour en quoi elle estime hasardeux les arguments avancés *de lege ferenda* par la Belgique. Faisant cela, la R.D.C. n'entend en aucun cas justifier la commission de violations inacceptables du droit international humanitaire, ni relativiser la souffrance de ceux qui en sont les victimes et le besoin qu'il y a à leur rendre justice en assurant une répression effective de ces crimes, en ce compris au sein de son propre ordre juridique.

73. L'immunité pénale des hauts représentants étrangers (chefs d'État, Premiers ministres, ministres des Affaires étrangères...) en exercice est souvent critiquée par l'opinion publique en ce qu'il en résulterait une impunité intolérable s'agissant de crimes heurtant la conscience de tout être humain. Pourtant, immunité et impunité ne sont pas synonymes et ne vont pas de pair. L'immunité entend seulement prévenir d'inutiles frictions dans les relations internationales et protéger le libre exercice de fonctions étatiques (ou internationales) essentielles et d'intérêt général, ce qui paraît d'autant plus impératif que, comme en l'espèce, l'entrave mise à ces fonctions résulte de simples accusations dont le fondement et la preuve demeurent singulièrement sujets à caution. L'immunité reconnue à un représentant étranger ne préjuge ni de la licéité, ni même de la validité, d'un acte donné. Il est donc erroné de prétendre que son maintien emporterait une contradiction interne au système juridique international, en ce que des actes qui seraient contraires à ses fondements permettraient d'être «couverts» à son intermédiaire. Il est certes vrai que «*the law cannot recognise as valid an act which is directed against its very foundation*»¹. Les immunités n'effacent toutefois aucune illicéité, ne relèvent aucune nullité, et ne rendent pas conforme au droit ce qui le contredit. Elles ne sont pas un droit injustifié qui naîtrait illogiquement de la commission de l'illicite². Elles empêchent seulement à un acteur étatique (un juge) de constater

¹ A. Bianchi, «Overcoming the hurdle of State immunity in the domestic enforcement of international human rights», in B. Conforti & F. Francioni, *Enforcing international human rights in domestic courts*, Martinus Nijhoff, 1997, p. 415 (ce texte reproduit un article du même auteur «Denying State Immunity to violators of human rights», *Austr. JPIL*, 1994, pp. 195-229). Voy. encore A. Bianchi, «Violazioni del diritto internazionale ed immunità degli Stati dalla giurisdizione civile negli Stati Uniti: il caso *Hercules*», *Riv. it. dir. int.*, 1989, pp. 546 et s. Ces propos sont tenus s'agissant de l'immunité de juridiction des États, et non de leurs représentants, mais selon cet auteur, la même "logique" devrait conduire à l'abandon de l'une et de l'autre en cas de violation du *jus cogens*: voy. A. Bianchi, «Immunity versus Human rights: The Pinochet case», *E.J.I.L.*, 1999, pp. 237-277.

² La référence à l'adage *ex injuria jus non oritur* est en ce sens erronée. En toute hypothèse, si cet adage avait du sens par rapport aux immunités, on ne voit pas pourquoi son

l'éventuelle contrariété au droit du comportement du représentant d'un État étranger, protégeant ainsi cet État d'une fâcheuse paralysie. On ne saurait y voir le signe que l'ordre juridique international viendrait à tolérer la commission d'illicéités (graves). Il faut plutôt comprendre que les immunités témoignent de ce que ce même système entend confier leur sanction à d'autres autorités, selon d'autres mécanismes. L'effectivité de cette sanction est d'autant moins sujette à caution que l'immunité des représentants étrangers est fonctionnelle et que les crimes de droit international dont il est ici question sont imprescriptibles. En ce sens, les immunités ne font pas que protéger des souverainetés d'ingérences étrangères: elles ont, très profondément, une fonction systémique pour l'ordre juridique international. Il faut donc dépasser tout à la fois l'acception traditionnelle qui les justifiait, et leur critique fondée sur la prétendue obsolescence de la souveraineté — les immunités ne sont pas tant faites pour protéger des États que l'on dit souverains; elles servent sans doute d'abord l'ordonnement d'un système; elles sont en ce sens systémiques. Il s'en faut de beaucoup pour penser qu'un système plus juste et adéquat pourrait naître de l'abandon des immunités en cas de violation du *jus cogens*. La nouvelle construction qui en résulterait risque en effet d'apporter plus de troubles et d'injustices que celle qu'elle est censée remplacer. Comme le souligne C. Tomuschat,

«to create an opening in the wall of sovereign immunity would be a fruitless exercise, benefitting international lawyers but hardly their clients (...) to introduce a legal device according to which any country of the world should be competent to adjudicate claims brought by any private person against any third State would be utterly unreasonable (...) A world full of self-appointed human rights vigilantes is certainly more a trauma than a vision of paradise (...)»¹.

Le propos concerne l'immunité de juridiction des *États*, que d'aucuns², contre une pratique dominante³, entendent aussi voir céder en cas de violations

application devrait être limitée aux seules violations graves du droit international (*jus cogens*), et pourquoi elle n'engloberait pas tous les faits illicites. Nul ne va jusqu'à soutenir une telle proposition, qui reviendrait à abandonner pour le tout le régime des immunités. Celui-ci n'a en effet d'intérêt qu'en rapport avec des faits illicites, l'office du juge étranger n'ayant autrement pas à s'exercer.

¹ C. Tomuschat, «Individual reparation claims in instances of grave human rights violations: the position under general international law», in A. Randelzhofer & C. Tomuschat, *State responsibility and the individual. Reparation in instances of grave violations of human rights*, Martinus Nijhoff, 1999, pp. 1-25 (pp. 16-18). Voy. encore C. Schreuer, *State immunity: some recent developments*, Cambridge, Grotius, 1988, p. 200, qui craint "the pursuit of partisan political ends" (p. 60).

² Voy. not. les références citées en note 1, p. 45.

³ La jurisprudence des plus hautes juridictions est manifestement fixée dans le sens du maintien de l'immunité de juridiction des États étrangers, même en cas de violation du *jus cogens* : U.S. Court of Appeals, D.C. Circuit, 1 July 1994, *Princz v. Federal Republic of Germany*, 103 ILR 604 (p. 611), *cert. denied*, 115 S. Ct. 923 (1995); U.S. Court of Appeals, Ninth Circuit, 22 May 1992, *Siderman de Blake and Others v. Republic of Argentina et al.*, 103 ILR 455, *Cert. denied* 507 U.S. 1017 (1993); U.S. Supreme Court, 23 January 1989, *Argentina*

graves du droit international. Il est certain toutefois qu'il est *mutatis mutandis* pertinent s'agissant de l'immunité pénale des représentants étrangers, et que, la Cour ne l'ignore pas, la mise en cause de celle-ci n'est bien souvent considérée par ses opposants ¹ que comme une étape permettant de forger une prétendue exception à l'immunité de juridiction des États en cas de violation du *jus cogens*.

Chapitre V.

INEXISTENCE D'UNE OBLIGATION D'EXERCER UNE COMPÉTENCE PÉNALE «UNIVERSELLE» AUSSI LARGE QUE CELLE MISE EN OEUVRE IN CASU

74. C'est en vain que la Partie défenderesse tenterait de justifier la violation des droits souverains de la R.D.C. démontrée ci-dessus en invoquant l'obligation ² dans laquelle est se trouverait d'exercer une compétence pénale «universelle». Après avoir tout d'abord rappelé précisément la spécificité de la compétence mise en oeuvre en l'espèce par la Belgique, la démonstration de la R.D.C. se fera en trois temps:

Republic v. Amerada Hess Shipping Corporation et al., 81 ILR 658, réformant l'arrêt de la *Court of Appeals, Second Circuit*, 11 September 1987, 79 ILR 8; U.S. Supreme Court, 23 March 1993, *Saudi Arabia and others v. Nelson*, 100 ILR 545, réformant l'arrêt de la *Court of Appeals, Eleventh Circuit*, 21 February 1991, 88 ILR 189. Pour une affaire plus récente, voy. encore U.S. District Court, *Southern District, New York*, 8 April 1997, *Hirsch v. State of Israel and State of Germany*, 113 ILR 543.

Voy. encore, s'agissant du Royaume-Uni: England, *High Court, Queen's Bench Division*, 15 March 1995, *Al-Adsani v. Government of Kuwait and others*, 103 ILR 420, réformant la décision de la *Court of Appeal* (21 January 1994, 100 ILR 465) qui autorisa – contrairement au premier juge – le demandeur à poursuivre son action contre le Koweït nonobstant les termes du SIA. La décision du 15 mars 1995 de la *High Court* fut confirmée par la *Court of Appeal* par un arrêt du 12 mars 1996 (107 ILR 536). La Cour y souligne que, bien qu'elle est contraire au droit international, la torture n'emporte pas d'elle-même l'absence d'immunité de l'État défendeur.

La pratique internationale confirme que les États n'entendent pas se priver mutuellement de leurs immunités souveraines en cas d'accusation d'atteintes graves portées aux particuliers. Ainsi, l'accord conclu entre les États-Unis et la République fédérale d'Allemagne à l'occasion de la création, en juillet 2000, de la Fondation «*Erinnerung, Verantwortung und Zukunft*» (visant à compenser les préjudices subis par les personnes détenues en camps de concentration et ayant été forcées de travailler) consacre l'engagement des États-Unis de

«*take appropriate steps to oppose any challenge to the sovereign immunity of the Federal Republic of Germany with respect to any claim that may be asserted against the Federal Republic of Germany concerning the consequences of the National Socialist era and World War II*» (Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Federal Republic of Germany concerning the Foundation "Remembrance, Responsibility and the Future", Berlin, 17.7.2000, art. 3, § 4).

¹ A. Bianchi, «Immunity versus Human rights...», *op. cit.*, pp. 262-266.

² Voy. le Compte-rendu de l'audience du 21 novembre 2000, §§ 11 et s., *per E. David*.

- i) il n'existe pas d'obligation internationale imposant à la Belgique, ni au titre de droit conventionnel, ni au titre du droit coutumier, ni sur base des résolutions du Conseil de sécurité, de mettre en oeuvre une compétence pénale «universelle» aussi large que celle qu'elle prétend devoir exercer en l'espèce;
- ii) il n'est pas certain que le droit international laisse la Belgique parfaitement libre de faire ce qu'elle fait;
- iii) en toute hypothèse, l'exercice par la Belgique de cette compétence «universelle» viole les droits souverains de la R.D.C.

§1. Spécificité de la compétence «universelle» belge

75. Quelle est précisément la portée de la compétence "universelle" que prétend devoir exercer la Belgique? Les traits spécifiques de cette compétence doivent être clairement dessinés ici car, ainsi qu'il apparaîtra à la Cour, la Belgique se distingue à cet égard de tous les autres États — ce dont elle ne semble pas s'étonner.

Pas plus que sa prétention à s'appliquer à des faits antérieurs à son entrée en vigueur, la définition exacte des infractions visées par la loi n'est ici directement en cause, le législateur ayant utilisé à cet égard les termes des principaux instruments internationaux pertinents en la matière: conventions de Genève de 1949 et Premier protocole additionnel de 1977, convention de 1948 relative à la prévention et la répression du crime de génocide et Statut de la future Cour pénale internationale ¹. Ce qu'il importe plutôt de relever, c'est que la loi belge permet d'attirer devant les juridictions pénales du Royaume toute personne, quelle que soit sa nationalité, ayant commis l'une des infractions relevant de son champ d'application *ratione materiae*. L'article 7 de la loi stipule en effet:

«Les juridictions belges sont compétentes pour connaître des infractions prévues à la présente loi, indépendamment du lieu où celles-ci auront été commises. Pour les infractions commises à l'étranger par un Belge contre un étranger, la plainte de l'étranger ou de sa famille ou l'avis officiel de l'autorité du pays où l'infraction a été commise n'est pas requis».

¹ Ce Statut est utilisé pour définir les crimes contre l'humanité. La loi reprend toutes les incriminations énoncées à ce titre par le traité de Rome de 1998, à l'exception de trois actes énumérés par l'article 7 du Statut, constitutifs de crimes contre l'humanité lorsqu'ils sont commis, comme les autres actes mentionnés, «dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile et en connaissance de cette attaque». Ces trois actes sont: «disparitions forcées»; «apartheid»; «autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé mentale». Les travaux préparatoires ne relèvent pas cette omission et n'en donnent aucune justification. Il semble bien qu'elle s'explique seulement par le fait que ces incriminations figuraient au verso d'une des pages des travaux parlementaires, et que les députés et sénateurs ont, dans la précipitation et la manière d'euphorie unanimiste qui présida à l'adoption de la loi, oublié d'y porter leur attention...

Ratione personae, il importe donc peu que la personne accusée ait ou non la nationalité belge, qu'elle ait commis l'un de ces crimes sur le territoire national ou à l'étranger, que ses victimes soient Belges ou étrangères, qu'elle soit trouvée sur le territoire du Royaume ou qu'elle réside à l'étranger. Les travaux préparatoires de la loi de 1993 indiquent que les tribunaux belges sont compétents «même dans le cas où l'auteur présumé de l'infraction n'est pas trouvé sur le territoire belge»¹. C'est assurément ce dernier point, c'est-à-dire le fait qu'il ne soit pas nécessaire que la personne accusée soit trouvée sur le territoire belge, qui constitue la particularité la plus singulière de la loi. C'est cette particularité qui explique que la compétence répressive belge entend, en quelque sorte "s'exporter", par la délivrance et la diffusion internationale de mandats d'arrêts, comme en l'espèce. On soulignera que le cas concernant le ministre Yerodia n'est pas le seul dont le juge Vandermeersch a été saisi au-delà des frontières du Royaume au titre de la loi, et que, selon la presse, il a notamment reçu entre ses mains des plaintes et des constitutions de parties civiles dirigées contre le président en exercice du Rwanda, Monsieur Kagame, l'ancien président de la République islamique d'Iran, Monsieur Rafsanjani, l'ancien président tchadien Hissène Habré, un ancien ministre de l'Intérieur du roi Hassan II... et qu'il a même, avant la promulgation de la loi de 1999 et au titre d'une prétendue "coutume internationale", lancé un mandat international à l'encontre de l'ancien chef d'État chilien, Monsieur Pinochet².

La question qui se pose dès lors est de savoir si l'État belge est tenu, en droit international, d'exercer une compétence pénale «universelle» aussi élargie, c'est à dire une compétence prétendant s'exercer même à l'encontre de personnes qui ne se trouveraient pas sur le territoire national. Il ne saurait être question, dans le cadre du litige dont est saisi la Cour, de s'interroger de manière plus générale sur l'existence d'une éventuelle obligation internationale de poursuivre les personnes accusées de crimes de droit international et trouvées sur le territoire national. Ce cas de figure ne relève en effet pas des faits qui sont à l'origine du différend dont elle est saisie.

§2. Inexistence d'obligation conventionnelle d'exercer une compétence «universelle» aussi élargie

A. Crimes de guerre

76. S'agissant des crimes de guerre commis lors d'un conflit armé international, le fondement de l'exercice obligatoire d'une compétence universelle serait à rechercher dans les articles 49/50/129/146 des conventions de Genève de 1949³, qui stipulent:

¹ *Doc. Parl., Sénat, sess. 1990-91, 1317-1, p. 16.*

² Civ. Bruxelles, ordonnance du 6 novembre 1998, et note critique de J. Verhoeven, «M. Pinochet, la coutume internationale et la compétence universelle», *Journal des Tribunaux*, 1999, pp. 308-315.

³ En ce sens, E. David, *Principes de droit des conflits armés*, 2^e éd., Bruylant, Bruxelles, n° 4.112

«Chaque Partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre l'une ou l'autre de ces infractions, et elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité».

S'il n'est pas contestable que ce texte emporte une obligation de réprimer pénalement les crimes énoncés par ces conventions, indépendamment de la nationalité de leur auteur, il est cependant difficile de considérer que cette obligation ne serait pas limitée aux cas où les personnes accusées seraient trouvées sur le territoire des l'État ainsi obligé. On comprendrait mal en effet que l'obligation de «rechercher» ces personnes, en vue de les punir, puisse être mise en oeuvre en-dehors du territoire national de chaque Partie contractante. Une telle interprétation serait contraire au sens habituel des mots utilisés, qui ne peuvent assurément pas être interprétés comme signifiant que chaque Partie aux conventions de Genève y trouve le fondement d'une autorisation qui lui serait donnée de mener sur le territoire de toutes les autres Parties les «recherches» judiciaires qu'appellerait une sanction effective des crimes qui y sont prohibés. Rien, dans les négociations de ces conventions ou dans leur application, ne suggère un tel sens, contraire aux termes non ambigus utilisés. La version anglaise de ces conventions utilise le verbe «*to search for*», ce qui indique bien l'opération physique, et non pas intellectuelle, de «rechercher» sur le territoire national les personnes suspectées d'avoir commis de tels crimes. «*To search for*» est tout autre chose que «*to do research about*» et renvoie nécessairement, s'agissant d'autorités étatiques, au cadre spatial qui est le leur.

Seuls les États sur les territoires desquels les personnes accusées d'avoir commis des crimes de guerre se trouvent sont donc obligés, par cet article commun, de les y «rechercher» afin de les traduire devant leurs juridictions répressives. Aucune obligation d'assurer la répression de ces crimes n'existe dans le chef des États sur les territoires desquels ces personnes ne sont pas présentes. Ceci est confirmé par la suite de l'article commun aux quatre conventions, qui indique que chaque Partie contractante

«(...) 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.»

Le fait que l'autorisation d'extrader la personne accusée vers une autre Partie contractante ayant *prima facie* compétence soit donnée à l'État l'ayant effectivement arrêtée, indique que les Parties contractantes eurent conscience que les tribunaux de l'État sur le territoire duquel l'accusé fut arrêté n'étaient pas nécessairement, et malgré l'obligation formulée, les mieux placés pour le juger. Cette recherche d'un *forum conveniens* n'en rappelle pas moins que

et 4.196 et s. Voy. encore l'article 85, § 1, du Premier Protocole additionnel de 1977 qui étend l'application de l'article commun de 1949 aux infractions qu'il énonce.

l'obligation de «rechercher», d'arrêter et de juger ne peut peser que sur l'État sur le territoire duquel l'accusé se trouve, l'extradition supposant d'abord que la personne soit arrêtée sur le territoire de la Partie qui a l'obligation de l'y «rechercher». Les commentaires de cet article commun par le C.I.C.R. soulignent que le verbe «rechercher» «impose une attitude active», mais seulement dans le chef de la Partie contractante qui «a connaissance du fait qu'il se trouve *sur son territoire* une personne ayant commis une telle infraction»¹.

77. S'agissant des infractions graves commises à l'occasion d'un conflit armé non international, aucune obligation comparable n'est explicitement formulée. On remarquera pourtant que la loi du 16 juin 1993 étend la compétence des juridictions belges, même en l'absence des accusés sur le territoire national, aux crimes interdits durant les conflits armés internes. Cette extension de compétence ne répond toutefois à aucune obligation conventionnelle particulière.

B. Crime de génocide

78. S'agissant du crime de génocide, l'article VI de la Convention du 9 décembre 1948 relative à la prévention et la répression du crime de génocide 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'État 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».

Comme l'a rappelé le sénateur — et éminent internationaliste — Henri Rolin à l'occasion de l'assentiment parlementaire donné en Belgique à la convention de 1948, cet article impose à l'État *loci delicti*, et à lui seul, l'obligation de poursuivre les auteurs du crime de génocide, sans toutefois interdire aux autres pays d'en faire autant². Si cet État n'est pas celui sur le territoire duquel les personnes accusées se trouvent, il doit en requérir l'extradition. L'État requis, sur le territoire duquel les personnes accusées se trouvent, doit en principe donner suite à cette demande, étant entendu que les Parties contractantes se sont entendues pour considérer que les crimes visés dans la convention de 1948 ne sont pas «des crimes politiques pour ce qui est de l'extradition» (article VII). Cet État, qui n'est pas celui sur le territoire duquel le génocide a été commis, n'est toutefois pas tenu, à lire les termes de la convention de 1948, de soumettre à la compétence de ses tribunaux internes les personnes accusées d'avoir commis l'un des actes qui y sont visés, alors même qu'il serait en mesure de les juger.

¹ C.I.C.R., *Commentaire de la Convention IV*, article 146, alinéa 2, p. 634. Nous soulignons.

² Rapport du sénateur H. Rolin, *Doc. Parl*, Sénat, sess. 1950-51, n° 286 et avis du Conseil d'État annexé.

La Cour n'a, semble-t-il, pas interprété différemment la convention de 1948. Son arrêt du 11 juillet 1996 indique en effet:

«S'agissant enfin des problèmes territoriaux liés à l'application de la convention, la Cour relèvera que la *seule* disposition pertinente à ce propos, l'article VI, se contente de prévoir que les personnes accusées de l'un des actes prohibés par la convention "seront traduites devant les tribunaux compétents de l'État sur le territoire duquel l'acte a été commis..."»¹.

Il est vrai que, après avoir rappelé l'enseignement de son avis du 28 mai 1951 relativement à l'objet et au but de la convention, la Cour écrit encore:

«Il en résulte que les droits et obligations consacrés par la convention sont des droits et obligations *erga omnes*. La Cour constate que l'obligation qu'a ainsi chaque État de prévenir et de réprimer le crime de génocide n'est pas limitée territorialement par la convention»².

Ces termes ne peuvent toutefois pas être interprétés comme signifiant que tout État, même *non loci delicti*, aurait l'obligation de déférer à la compétence de ses tribunaux pénaux toutes les personnes accusées d'avoir commis l'un des actes visés dans la convention. Ils doivent en effet être lus au regard du passage de l'avis du 28 mai 1951, rappelé par la Cour, et de la première phrase de l'extrait de son arrêt du 11 juillet 1996. La Cour y souligne en effet chaque fois, notamment par le recours à la notion de droits et d'obligations *erga omnes*, que tous les États, même non parties à la convention de 1948, sont obligés par les principes qui sont à la base de celle-ci, et que la condamnation universelle du génocide qu'elle véhicule les oblige tous à coopérer pour prévenir et réprimer ce crime. Ceci ne saurait toutefois signifier que tous les États auraient indistinctement la même obligation de punir les auteurs d'un génocide. La répression effective de celui-ci est en effet assurée par l'obligation qui est faite à l'État *loci delicti* — et à lui seul — d'en punir les responsables et par l'interdiction faite aux États sur les territoires desquels les personnes accusées d'avoir commis ce crime se trouvent de refuser leur extradition pour des motifs politiques. C'est en ce sens, comme le souligne justement la Cour, que l'obligation de prévenir et de réprimer le génocide «n'est pas limitée territorialement par la convention»: la correcte application des principes énoncés dans la convention emporte que les personnes accusées de ce crime ne sont nulle part, en aucun territoire étatique, à l'abri de poursuites pénales dirigées contre elles à l'initiative de l'État *loci delicti*, ou de la cour criminelle internationale dont la convention de 1948 envisageait déjà l'institution.

C. Crimes contre l'humanité

¹ C.I.J., Arrêt du 11 juillet 1996, *Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, Exceptions préliminaires, *Rec.*, 1996, pp. 615-616, § 31. Nous soulignons.

² *Ibid.*

79. S'agissant des crimes contre l'humanité, aucune disposition conventionnelle spécifique n'existe à propos du point évoqué. Certes, le préambule du Statut de Rome de la future Cour pénale internationale indique, en son sixième considérant, «qu'il est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux». Cette disposition, énoncée sous forme d'un «rappel», ne saurait toutefois servir de preuve à l'existence d'une obligation qui pèserait indistinctement sur tout État de réprimer ces crimes, même lorsque les personnes qui sont accusées d'en avoir commis ne se trouvent pas sur son territoire. Nonobstant le fait que ce traité n'est pas encore entré en vigueur, il suffit pour s'en convaincre de constater qu'il utilise la notion d'«État ayant compétence en l'espèce» (article 17). Cette notion n'est nulle part définie par le Statut. Il est clair toutefois qu'il n'y aurait aucun sens à s'y référer si tous les États avaient l'obligation de se déclarer universellement compétents pour réprimer les crimes définis par le Statut de la Cour.

80. S'agissant de la torture, l'article 5 de la convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants — à laquelle la Belgique n'a adhéré qu'après la loi du 10 février 1999¹ — stipule:

- «1. Tout État partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions visées à l'article 4 dans les cas suivants:
 - a) quand l'infraction a été commise sur tout territoire sous la juridiction dudit État ou à bord d'aéronef ou de navires immatriculés dans cet État;
 - b) quand l'auteur présumé de l'infraction est un ressortissant dudit État;
 - c) quand la victime est un ressortissant dudit État et que ce dernier le juge approprié.
2. Tout État partie prend également les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître desdites infractions dans le cas où l'auteur présumé de celles-ci se trouve sur tout territoire sous sa juridiction et où ledit État ne l'extrade pas conformément à l'article 8 vers l'un des États visés au paragraphe 1er du présent article.
3. La présente Convention n'écarte aucune compétence pénale exercée conformément aux lois nationales.»

Outre la recherche d'un certain *forum conveniens*, il ressort clairement de ce texte que, sauf les critères classiques de territorialité, de nationalité active et de nationalité passive (ici laissé à l'appréciation de chaque État²) énoncés au paragraphe 1, la convention entend limiter l'*obligation* qu'ont les États parties à exercer une compétence «universelle» au seul cas où la personne accusée «se trouve sur tout territoire sous [leur] juridiction». Encore faut-il constater que cette obligation de juger n'existe que pour autant que l'État en question a décidé

¹ Voy. la loi d'assentiment du 9 juin 1999, *Moniteur belge*, 28 octobre 1999, p. 40677.

² Rappelons que le droit belge subordonne en ce cas la compétence des juridictions nationales au fait que l'inculpé ait été trouvé en Belgique: *supra*, §35.

de ne pas extraditer l'accusé vers l'un des États ayant compétence en vertu des critères classiques rappelés au paragraphe 1. On ne peut donc se fonder sur cette disposition pour justifier l'obligation dans laquelle se trouverait prétendument la Partie défenderesse de faire ce qu'elle fait *in casu*, c'est à dire d'étendre l'exercice de sa compétence pénale à une personne qui ne se trouve pas sur son territoire. Certes, les termes du paragraphe 3 de cet article ne paraissent pas interdire l'affirmation d'une telle compétence pénale. On reviendra plus loin sur cette apparente liberté.

81. L'article 5 de la convention de 1984 contre la torture est l'occasion de rappeler, ainsi que l'ont souligné dans leur déclaration commune les Juges Evensen, Tarassov, Guillaume et Aguilar Mawdsley sous l'ordonnance du 14 avril 1992 rendue dans l'affaire de *Lockerbie*, qu'«il n'existe pas en droit international général d'obligation de poursuite à défaut d'extrader»¹. En d'autres termes, la demande d'extradition qui pourrait être formulée par la Belgique ne ferait en rien naître dans le chef de la R.D.C. une obligation de poursuivre devant ses tribunaux les personnes visées par cette demande si elle décidait de la décliner. Cette obligation ne pourrait découler que d'obligations préexistantes à charge de la R.D.C.. Plus fondamentalement, l'obligation conventionnelle *aut dedere aut judicare*, incorporée dans «une dizaine de conventions internationales conclues depuis 1970 sous l'égide des Nations Unies»², rappelle que l'obligation de juger les personnes accusées d'avoir commis les infractions qui y sont visées ne saurait exister, hors les critères classiques de la compétence pénale, que dans le chef de l'État sur le territoire duquel elles se trouvent et que pour autant que ledit État ait décidé de ne pas procéder à leur extradition vers l'un des États ayant compétence en l'espèce en vertu de l'un de ces critères classiques (territorialité, personnalité active/passive). Il est clair qu'aucune obligation de poursuivre ne peut exister à charge de l'État sur le territoire duquel les accusés ne se trouvent pas, dès lors que la question de leur extradition ne se pose qu'après qu'ils aient été appréhendés sur un territoire national et que l'obligation de les juger ne naît pour l'État du for que pour autant que leur extradition a été refusée. La règle *aut dedere aut judicare* ne donne donc un titre de compétence pénale obligatoire, dérogatoire au droit commun, qu'au seul État sur le territoire duquel les accusés furent trouvés et à la condition qu'ils ne soient pas extradés par ce même État vers un for plus *conveniens*.

¹ Déclaration commune de MM. Evensen, Tarassov, Guillaume et Aguilar Mawdsley, *Rec.*, 1992, p. 136, § 2.

² *Ibid.*, § 3.

§3: Inexistence d'obligation coutumière d'exercer une compétence «universelle» aussi élargie

82. La prétendue obligation internationale à laquelle la Partie défenderesse estime donner exécution *dans le cas d'espèce* existerait-elle en droit coutumier? Le droit conventionnel analysé ci-dessus n'est à l'évidence d'aucun secours pour établir la preuve d'une pratique générale et constante acceptée comme étant de droit à cet égard, puisque, on vient de le montrer, ce droit ne consacre pas une obligation aussi large. Les textes visant, comme 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 codifier le droit international général rappellent les solutions présentées ci-avant: l'obligation d'arrêter et de juger les individus accusés d'avoir commis certains crimes internationaux n'existe qu'à charge de l'État sur le territoire duquel ceux-ci sont appréhendés, et dans la mesure où cet État renonce à les extraditer vers un for ayant compétence en vertu des critères classiques de l'exercice de la compétence pénale (territorialité, personnalité active, voire passive) ¹. Il est clair que l'extradition doit se faire en ces cas vers un État «normalement» compétent.

83. L'affaire *Eichmann*, qui ne fut pas sans susciter certaines frictions diplomatiques de par les circonstances de l'enlèvement en Argentine de l'ancien officier nazi, paraît insuffisante pour donner naissance à une coutume internationale qui obligerait tous les États à poursuivre les étrangers ne se trouvant pas sur leur territoire et n'y ayant pas commis les crimes de droit international qui leur sont reprochés. Il est clair que ce cas, qui demeure isolé, répond à une situation historique tout à fait particulière et que l'État d'Israël constituait incontestablement un *forum conveniens*.

84. Enfin, la compétence «universelle» existant en cas de piraterie n'affaiblit en rien ce qui vient d'être souligné, puisque si tout État peut saisir en haute mer un navire pirate, seuls les tribunaux de l'État qui a opéré cette «saisie peuvent se prononcer sur la peine à infliger» ².

¹ Voy. l'article 9 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté en 1996 par la C.D.I., cité par la Partie défenderesse lors de ses plaidoiries sur la demande d'indication de mesures conservatoires (Compte-rendu de l'audience du 21 novembre 2000, §§ 11 et s., *per* E. David). Le commentaire de cet article indique bien que l'obligation formulée n'existe qu'à charge du «*custodial State*» n'extradant pas.

² Article 105 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982.

§4: Inexistence d'obligation déduite des résolutions du Conseil de sécurité d'exercer une compétence «universelle» aussi élargie

85. Les différentes résolutions et déclarations du Président du Conseil de sécurité invoquées par la Partie défenderesse lors des plaidoiries relatives à la demande d'indication de mesures conservatoires et reproduites dans son dossier de pièces déposé à cette occasion condamnent les violations du droit international humanitaire commises par les différentes parties impliquées dans le conflit armé international se déroulant en République démocratique du Congo, leur demandent de respecter ce droit et de permettre qu'une enquête internationale soit menée sur certains événements afin que les responsables de ceux-ci soient traduits en justice. On ne saurait toutefois déduire de ces résolutions l'existence d'une obligation, dans le chef de la Belgique, de lancer, comme elle l'a fait en l'espèce, un mandat d'arrêt international à l'encontre du ministre Yerodia afin de le traduire devant ses tribunaux. La *demande* de traduire les responsables de ces crimes devant les tribunaux qui est formulée par ces résolutions est en effet adressée aux États de la région impliqués dans le conflit, et uniquement à eux. Il faut rappeler ici que la Partie demanderesse n'a jamais contesté devoir procéder à l'inculpation et au jugement de ses ressortissants soupçonnés d'avoir commis des violations du droit international humanitaire.

§5. La Belgique est-elle libre d'affirmer et d'exercer une compétence «universelle» aussi large?

86. Dès lors qu'aucune obligation internationale n'oblige la Belgique à faire ce qu'elle a fait en l'espèce, peut-on pour autant considérer que le droit international lui laisse à cet égard toute liberté d'action? À la lumière de l'arrêt *Lotus* prononcé par la Cour permanente de Justice internationale¹, on peut *a priori* le penser, dès lors que le droit international général ne paraît pas formellement interdire une telle affirmation de compétence «universelle» aussi élargie. Le paragraphe 3 de l'article 5 de la convention de 1984 contre la torture citée ci-avant le donne notamment à penser. Au mieux, les lois de 1993 et de 1999 pourraient donc être considérées comme des manifestations hypertrophiques de la souveraineté de la Partie défenderesse. Ceci ne laisse pas d'être quelque peu paradoxal dès lors que le législateur belge eut l'intention, par ces lois exorbitantes, de, pourrait-on dire, «percer le voile» de la souveraineté d'États étrangers derrière laquelle se seraient, selon lui, protégés abusivement les auteurs crimes internationaux. En réalité, au lieu de combattre

¹ C.P.J.I., arrêt n°9, 7 septembre 1927, série A: «Loin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il [le droit international] leur [aux États] laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives; pour les autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables» (p. 19).

les abus d'une souveraineté, ces lois entendent substituer celle de la Belgique à celle de l'État «naturellement» habilité à juger les auteurs de ces crimes.

87. En cela, on peut douter de la parfaite licéité de principe d'une telle prétention à attirer devant ses juridictions répressives des ressortissants étrangers ayant commis à l'étranger des violations du droit international humanitaire lorsque ces personnes ne se trouvent pas sur le territoire de l'État poursuivant. Une telle prétention paraît en effet contraire à la fois

i) à l'*opinio juris* qui se dégage des différentes législations nationales permettant de poursuivre les auteurs étrangers des crimes de droit international commis à l'étranger, et

ii) à l'obligation qui s'impose à la Belgique, État ayant signé et ratifié le Statut de Rome portant création de la Cour pénale internationale, de s'abstenir d'actes qui privent ce traité de son objet et de son but.

A. L'*Opinio Juris* se dégageant d'autres législations

88. Ainsi que la R.D.C. l'a soutenu devant la Cour lors de sa plaidoirie du 20 novembre 2000, le droit français subordonne la poursuite et le jugement en France des personnes accusées d'avoir commis des crimes réprimés par certaines conventions internationales, dont la convention de 1984 contre la torture citée ci-dessus (*supra*, §80), ou d'avoir commis des crimes pouvant relever de la compétence des Tribunaux pénaux internationaux institués par le Conseil de sécurité, à la circonstance que ces personnes soient trouvées en France¹. Il n'est pas sans importance de relever que cette circonstance, de pur bon sens, fut expressément retenue par les lois 95-1 et 96-432 alors qu'un amendement parlementaire tendit à supprimer cette condition. Le rejet de cet amendement manifeste l'*opinio juris* du législateur français qui tient l'exercice d'une compétence «universelle» en l'absence de la présence de l'accusé sur le territoire national pour abusive.

89. Le Canada, État également très actif dans ce secteur du droit international, s'est récemment doté d'une «loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre»². Aux termes de l'article 8 de la loi, l'auteur d'une des infractions visées par cette loi et commise à l'étranger peut être poursuivi pour cette infraction au Canada «si l'une des conditions suivantes est remplie»:

¹ Voy. le Compte-rendu de l'audience du 20 novembre 2000, *per* Me J. Vergès, p. 24 et s., citant l'article 689-1 du Code de procédure pénale et les lois 95-1 et 96-432 relatives à l'adaptation de la législation française aux dispositions des résolutions 827 et 955 du Conseil de sécurité instituant les Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda. Voy. sur la loi 95-1 et le rejet de l'amendement dont question ci-dessous: Cl. Lombois, «De la compassion territoriale», *Rev. sc. crim.*, 1995, pp. 399-403.

² Gazette du Canada, Partie II, 9 août 2000, vol. 23, n°3. Voy. les documents déposés.

« a) à l'époque:

(i) soit lui-même est citoyen canadien ou employé au service du Canada à titre civil ou militaire,

(ii) soit lui-même est citoyen d'un État participant à un conflit armé contre le Canada ou employé au service d'un tel État à titre civil ou militaire,

(iii) soit la victime est citoyen canadien,

(iv) soit la victime est un ressortissant d'un État allié du Canada dans un conflit armé;

b) après la commission présumée de l'infraction, *l'auteur se trouve au Canada*»¹.

Ceci confirme, si besoin en était, que le Canada — pas plus que la France d'ailleurs — ne se considère, comme le soutient à tort la Partie défenderesse pour sa part, obligé par une prétendue règle de droit international d'exercer une compétence répressive dans ces matières lorsque l'auteur étranger de crimes internationaux commis à l'étranger se trouve à l'étranger. Cette loi confirme bien au contraire que les États considèrent qu'ils ne peuvent soumettre à la compétence de leurs tribunaux pénaux les auteurs de tels crimes commis à l'étranger que pour autant qu'ils se trouvent sur leur territoire national.

90. Une telle *opinio juris*, partagée par le Secrétaire général de l'O.N.U.² et dont témoignent encore d'autres législations nationales qu'il est inutile de rapporter ici, se comprend sans peine. D'une part, elle est conforme aux règles habituelles des pays de *common law* où le procès par défaut et la condamnation par contumace sont inconnus. Il n'est pas sans importance de relever que les Tribunaux pénaux internationaux institués par le Conseil de sécurité, ainsi que la future Cour pénale internationale, sont régis par les mêmes principes. Ainsi, la circonstance que le droit belge n'interdit pas le procès par défaut et permet la condamnation par contumace rend d'autant plus difficilement acceptable la prétention véhiculée par les lois de 1993 et 1999 d'attirer devant les juridictions pénales du Royaume des étrangers se trouvant à l'étranger puisque l'insuccès des démarches visant à obtenir leur extradition n'interdit pas de les condamner. D'autre part, cette *opinio juris* reflète le souci des États d'établir entre eux un certain ordre entre leurs compétences répressives, qui refléterait le plus

¹ Nous soulignons.

² Rapport du Secrétaire général sur «Les enfants et les conflits armés», 19 juillet 2000, A/55/163-S/2000/712:

«§63. En outre, et cela est aussi important, par suite d'une évolution récente du droit international, les États sont désormais habilités à exercer leur compétence juridictionnelle sur les personnes soupçonnées de crimes graves au regard du droit international *qui se trouvent sur leur territoire*, quels que soient l'endroit où les crimes ont été commis et la nationalité du suspect ou des victimes — et ils y sont parfois obligés. Les crimes pour lesquels cette compétence universelle peut être invoquée sont notamment les violations graves des Conventions de Genève et les violations de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants». Nous soulignons.

certain ordre entre leurs compétences répressives, qui réfléterait le plus adéquatement possible la recherche d'un *forum conveniens*. Il est clair en effet que, en l'absence de règles de conflits de juridictions, de connexité et de litispendance internationales en matière pénale, la multiplication des «prises» de compétences «universelles» aussi larges que celle prévue en droit belge conduirait à une «monstrueuse cacophonie»¹. Ce désordre ne peut être prévenu que par l'exigence de la présence de l'accusé sur le territoire de l'État poursuivant. Cette condition à l'exercice de la justice pénale d'un État n'est pas seulement, répétons-le, de pur bon sens. C'est aussi la seule susceptible de permettre à tous d'exercer effectivement leur compétence «universelle». En outre, c'est la seule condition qui soit nécessaire pour assurer la répression effective des crimes internationaux. La Partie demanderesse soutient que le respect de cette condition est une exigence de l'ordre juridique international.

B. Obligation de ne pas priver le Statut de la C.P.I. de son objet et de son but

91. Telle qu'elle est formulée par sa législation, la compétence «universelle» de la Belgique est incompatible avec l'obligation qui s'impose à elle, en tant qu'État ayant signé et ratifié le Statut de Rome portant création de la Cour pénale internationale, de s'abstenir d'actes qui priveraient ce traité de son objet et de son but (article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités). Il est en effet clair que la «prise» et l'exercice d'une telle compétence répressive aussi large rend inutile l'institution d'une juridiction pénale internationale permanente. Dès lors que, pour reprendre les mots utilisés par l'article 17 du Statut déjà cité, la Belgique serait toujours, vu sa législation, un «État ayant compétence en l'espèce», la Cour pénale internationale ne pourrait jamais exercer sa compétence pénale. Il faut en effet rappeler que celle-ci est, selon le préambule et l'article 1er de son Statut, «complémentaire» (en anglais: «*complementary*») des juridictions pénales nationales². Cette complémentarité suppose nécessairement que la future Cour pénale internationale soit en mesure de juger des personnes que les juridictions des États parties au Statut ne peuvent pas juger (problème de l'immunité exposé ci-avant) ou à l'égard desquelles elles n'ont pas de compétence. Si un seul de ces États parties estime être compétent en toutes circonstances, cette complémentarité devient inexistante et l'institution de la Cour pénale internationale perd tout sens et toute utilité.

La Partie défenderesse s'étonnera sans doute de cet argument, alors qu'elle a activement participé à la négociation du Statut de Rome et qu'elle a eu l'intention, par la loi du 10 février 1999, de se conformer par avance aux obligations qui découleront pour elle de l'entrée en vigueur de ce Statut. Il faut

¹ J. VERHOEVEN, «M. Pinochet, la coutume internationale et la compétence universelle», *J.T.*, 1999, p. 315.

² Tandis que les Tribunaux pénaux institués par le Conseil de sécurité ont la primauté sur les juridictions nationales.

La Partie défenderesse s'étonnera sans doute de cet argument, alors qu'elle a activement participé à la négociation du Statut de Rome et qu'elle a eu l'intention, par la loi du 10 février 1999, de se conformer par avance aux obligations qui découleront pour elle de l'entrée en vigueur de ce Statut. Il faut craindre toutefois que le rôle «complémentaire» de la C.P.I. par rapport aux juridictions nationales fut profondément mal compris par le législateur belge. Tant les travaux préparatoires de la loi du 10 février 1999 dont il est ici question que de la loi du 25 mai 2000 ¹ portant assentiment au Statut de la C.P.I. indiquent en effet que, selon le législateur belge, la future Cour pénale internationale ne serait pas «complémentaire» mais «subsidaire» par rapport aux juridictions nationales ². La méprise est d'autant plus manifeste que ces deux termes sont parfois utilisés alternativement dans ces travaux préparatoires, comme s'ils étaient synonymes ³. Il tombe pourtant sous le sens que le caractère prétendument «subsidaire» de la C.P.I. par rapport aux juridictions pénales nationales est tout autre chose que le rôle «complémentaire» que lui assigne le Statut. Si la Cour devait être «subsidaire» et non «complémentaire», son rôle serait limité aux cas dont les États parties, étant en toutes hypothèses compétents, décideraient de se désintéresser... ce qui ne manquerait pas d'être contradictoire avec le prétendu «devoir» qui serait le leur de réprimer «universellement» de manière aussi large les crimes de droit international. Le caractère «complémentaire» de la Cour signifie par contre qu'elle est là pour faire ce que les États ne peuvent pas faire, n'ont pas vocation à faire ou ne font pas bien. La méprise du législateur belge, aussi contraire à l'objet et au but du Statut de la C.P.I. qu'elle soit, se comprend toutefois aisément vu la portée qu'il entend assigner à sa compétence «universelle»: dans sa «logique», il est clair que la future Cour ne pourrait en effet qu'avoir un rôle parfaitement «subsidaire» par rapport aux juridictions nationales ⁴. Cette «logique» n'étant manifestement pas celle du traité de Rome que la Belgique a signé et ratifié, il importe de constater que la Belgique est en devoir, au sens de l'article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, de s'abstenir d'actes qui privent ce traité de son objet et de son but, dans l'attente de son

¹ Moniteur belge, 1er décembre 2000, p. 40367.

² Voy. not. *Doc. Parl.*, Sénat, sess. 1999-2000, 2-329/1, *Exposé des motifs*, §7: «L'objectif de la Convention est d'instituer une Cour permanente chargée de la répression des violations les plus graves du droit international humanitaire commises par des personnes physiques. La juridiction de la Cour aura un caractère *subsidaire* par rapport à celle des juridictions répressives nationales»; §20 «Ce sont notamment ces articles [ndlr: il s'agit des articles 17 à 19 du Statut] qui soulignent le caractère *subsidaire* de la Cour par rapport aux juridictions nationales». Nous soulignons.

³ *Ibid.*, §21: «Il découle du caractère *subsidaire* de la Cour que le Statut invite indirectement les États parties à modifier leur droit interne afin de rendre leurs juridictions pénales compétentes pour connaître des faits relevant de la compétence de la Cour elle-même. Il ne s'agit toutefois pas d'une obligation, mais d'une conséquence logique de la règle de la *complémentarité* de la Cour par rapport aux tribunaux internes». Nous soulignons.

⁴ En ce sens, P. d'Argent, *op. cit.*, p. 555.

entrée en vigueur. Il faut souligner que la R.D.C. a signé le Statut de Rome le 8 septembre 2000.

§6. L'exercice illicite d'une prétendue liberté

92. En toute hypothèse, même si l'on considère que la Belgique, tout en n'étant pas obligée de mettre en oeuvre une compétence pénale «universelle» aussi large, demeure libre d'affirmer une telle compétence, encore faudrait-il constater que la manière dont elle exerce cette compétence emporte *in casu* une violation flagrante du droit international au détriment de la R.D.C., à savoir l'atteinte portée à l'inviolabilité et l'immunité pénale absolues de son ministre des Affaires étrangères (*supra*, §§51 et s.).

Quatrième Partie :
PRÉCISIONS RELATIVES À
L'OBJET DE LA DEMANDE

93. Ainsi qu'il a été précisé dès l'introduction de ce mémoire (*supra*, §7), la R.D.C. demande à la Cour de dire et juger:

- qu' en émettant et en diffusant internationalement le mandat d'arrêt du 11 avril 2000 délivré à charge de Monsieur Abdulaye Yerodia Ndombasi, la Belgique a violé, à l'encontre de la R.D.C., la règle de droit international coutumier relative à l'inviolabilité et l'immunité pénales absolues des ministres des Affaires étrangères en fonction;

- que la constatation solennelle par la Cour du caractère illicite de ce fait constitue une forme adéquate de satisfaction permettant de réparer le dommage moral qui en découle dans le chef de la R.D.C.;

- que la violation du droit international dont procèdent l'émission et la diffusion internationale du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 interdit à tout État, en ce compris la Belgique, d'y donner suite;

- que la Belgique est tenue de retirer et mettre à néant le mandat d'arrêt du 11 avril 2000 et de faire savoir auprès des autorités étrangères auxquelles ledit mandat fut diffusé qu'elle renonce à solliciter leur coopération pour l'exécution de ce mandat illicite suite à l'arrêt de la Cour.

94. Il n'est pas nécessaire de s'étendre longuement sur la demande relative à la constatation solennelle par la Cour du fait illicite reproché à la Belgique. Cette forme de satisfaction, mode de réparation du préjudice moral causé à la souveraineté de la R.D.C., est en effet bien connue en droit international.

95. Il est par contre utile de s'arrêter un instant sur les demandes relatives à l'incidence du fait illicite reproché à la Belgique sur le mandat d'arrêt litigieux. L'illicéité flagrante dont procèdent son émission et sa diffusion internationale entache irrémédiablement de nullité le mandat d'arrêt du 11 avril 2000, de telle manière qu'aucune suite ne peut lui être donnée, ni par la Belgique, ni par aucun État. Il en découle logiquement que la Belgique doit mettre à néant cet acte illicite et informer les États dont elle a sollicité la collaboration quant à son exécution que celle-ci ne leur est plus demandée. La demande vise donc à faire disparaître complètement le fait illicite et ses conséquences, ainsi qu'à remettre les choses dans leur pristin état, ce que la satisfaction sollicitée par ailleurs ne suffit pas à réaliser.

Il ne saurait être soutenu que le changement puis la fin des fonctions ministérielles de Monsieur Yerodia emporterait par lui-même la cessation du fait illicite de la Belgique, de telle manière que le mandat litigieux ne serait plus actuellement illicite et que, dès lors, il n'y aurait pas lieu de le mettre à néant et d'en informer les autorités étrangères dont la collaboration fut sollicitée quant à son exécution. Il demeure en effet qu'au moment où il fut émis et diffusé, le mandat d'arrêt procédait d'une violation flagrante d'une règle élémentaire du droit des gens. Cette illicéité étant inhérente à l'acte, elle ne saurait disparaître tant que celui-ci demeure. En outre, la question n'est pas tant de savoir si le fait illicite perpétré par la Belgique est continu¹ et doit cesser, mais de déterminer les mesures concrètes qui s'imposent au débiteur de responsabilité pour rétablir la situation qui aurait existé si son fait illicite n'avait pas été commis. Il est clair à cet égard que les conséquences du fait illicite de la Belgique ne seraient pas dûment effacées si le mandat d'arrêt, intrinsèquement illicite, n'était pas retiré et mis à néant, et si les autorités étrangères dont la coopération fut sollicitée n'étaient pas informées par la Belgique du fait qu'elle renonce à leur demander d'exécuter le mandat litigieux, vu son illicéité constatée par la Cour.

*
* *

96. La Partie demanderesse se réserve le droit de faire valoir tout moyen de droit et argument supplémentaires à l'occasion des plaidoiries orales. Elle entend aussi se réserver le droit de saisir à nouveau la Cour de tout nouveau litige qui pourrait naître entre elle et la Belgique quant à l'émission et la diffusion internationale éventuelles d'un nouveau mandat d'arrêt à charge de Monsieur Abdulaye Yerodia Ndombasi.

*
* *

¹ Même si, comme l'a souligné Monsieur le Juge Francisco Rezek dans son Opinion dissidente jointe à l'ordonnance du 8 décembre 2000 et qui ne semble pas contredit sur ce point par la majorité de la Cour, la délivrance du mandat d'arrêt «et l'aide que le Gouvernement belge apporte à son exécution, constitue une restriction continue et permanente au plein exercice de la fonction publique de la personne en cause, ainsi qu'une atteinte vexatoire, elle aussi continue et permanente, à la souveraineté de l'État demandeur».

CONCLUSIONS

97. À la lumière des faits et des arguments exposés ci-dessus, le Gouvernement de la République démocratique du Congo prie la Cour de dire et juger:

1. Qu'en émettant et en diffusant internationalement le mandat d'arrêt du 11 avril 2000 délivré à charge de Monsieur Abdulaye Yerodia Ndombasi, la Belgique a violé, à l'encontre de la R.D.C., la règle de droit international coutumier relative à l'inviolabilité et l'immunité pénale absolues des ministres des Affaires étrangères en fonction;
2. Que la constatation solennelle par la Cour du caractère illicite de ce fait constitue une forme adéquate de satisfaction permettant de réparer le dommage moral qui en découle dans le chef de la R.D.C.;
3. Que la violation du droit international dont procèdent l'émission et la diffusion internationale du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 interdit à tout État, en ce compris la Belgique, d'y donner suite;
4. Que la Belgique est tenue de retirer et mettre à néant le mandat d'arrêt du 11 avril 2000 et de faire savoir auprès des autorités étrangères auxquelles ledit mandat fut diffusé qu'elle renonce à solliciter leur coopération pour l'exécution de ce mandat illicite suite à l'arrêt de la Cour.

(Signé) Jacques MASANGU-a-Mwanza

Agent du Gouvernement de la République
démocratique du Congo