

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

Affaire relative à
Certaines procédures pénales engagées en France
(République du Congo c. France)

CONTRE-MEMOIRE DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE

11 MAI 2004

TABLE DES MATIERES

	<u>Page</u>
Introduction	1
CHAPITRE 1 : EXPOSE DES FAITS	4
<u>Section 1 – Les éléments qui ont conduit à l’émission du réquisitoire introductif d’instance</u>	4
§ 1 – La plainte du 7 décembre 2001	4
§ 2 – La transmission de la plainte et l’enquête préliminaire	6
§ 3 – Le réquisitoire introductif d’instance	8
<u>Section 2 – Les développements pertinents intervenus en France depuis le 23 janvier 2002</u>	9
§ 1 – Les actes d’instruction visant le général Dabira	9
§ 2 – La demande d’audition du Président Sassou Nguesso	11
§ 3 – Les développements survenus depuis le dépôt du mémoire de la République du Congo	12
<u>Section 3 – Les développements intervenus au sein de la République du Congo</u>	13
§ 1 – Le développement de l’information judiciaire ouverte à Brazzaville	13
§ 2 – L’adhésion de la République du Congo à la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants	16
CHAPITRE 2 : LA PRETENDUE VIOLATION DU PRINCIPE SELON LEQUEL UN ETAT NE PEUT EXERCER SON POUVOIR SUR LE TERRITOIRE D’UN AUTRE ETAT ET DU PRINCIPE DE L’EGALITE SOUVERAINE	17
<u>Section 1 – Le droit international général permet à la France d’exercer sa juridiction pénale dans les procédures qui donnent lieu au présent litige</u>	18
§ 1 – Les conséquences du principe de l’égalité souveraine	19
A/ Les règles du droit international reflétées par l’arrêt de la Cour permanente de Justice internationale dans l’affaire du <i>Lotus</i>	19
B/ La nécessité pour le demandeur de démontrer l’existence d’une règle prohibitive	22

§ 2 – L'existence d'une règle reconnaissant à l'Etat le droit d'établir sa compétence pénale pour les infractions concernées	26
A/ La spécificité des infractions concernées	26
1) Des infractions qui sont des <i>delicta juris gentium</i>	26
2) Des infractions dont le caractère international justifie une répression universelle	31
a) <i>Les rapports entre droit conventionnel et droit international coutumier</i>	31
b) <i>Les lois et la pratique des Etats</i>	34
c) <i>La position d'organes internationaux</i>	37
B/ La condition de présence de l'auteur des actes reprochés sur le territoire de l'Etat qui exerce les poursuites	39
<u>Section 2 – En tout état de cause, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984, à laquelle le Congo est partie, oblige la France à établir la compétence de ses tribunaux pénaux pour connaître de situations telles que celle qui donne lieu au présent litige</u>	42
§ 1 – Les dispositions de la Convention sont destinées à accroître l'efficacité de la lutte contre la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants dans le monde entier	43
§ 2 – L'adhésion de la République du Congo à la Convention	45
A/ L'effet immédiat de l'adhésion	45
B/ L'effet <i>ratione temporis</i> de la Convention	47
<u>Section 3 – Les procédures pénales engagées en France ne méconnaissent ni un prétendu principe de subsidiarité ni la règle « non bis in idem »</u>	50
§ 1 – La « compétence universelle » ne présente pas un caractère nécessairement subsidiaire	50
A/ La « subsidiarité » et le droit international coutumier	51
B/ La « subsidiarité » et la convention contre la torture	54
§ 2 – La règle « non bis in idem » est sans pertinence aucune dans la présente affaire	59
A/ La règle « non bis in idem » en droit international public	59
B/ La règle « non bis in idem » en droit français	60

CHAPITRE 3 : LA PRETENDUE VIOLATION DES IMMUNITES DE JURIDICTION DE CERTAINS OFFICIELS CONGOLAIS

	64
<u>Section 1 – L’immunité de juridiction dont peut se prévaloir la République du Congo n’a pas la portée que lui attribue la partie requérante</u>	
	64
§ 1 – Le réquisitoire introductif du Procureur de la République ne porte atteinte à aucune immunité dont le Congo pourrait se prévaloir	
	65
A/ La portée du réquisitoire du 23 janvier 2002	
	65
B/ La portée des immunités invoquées par le Congo au regard du réquisitoire du 23 janvier 2002	
	69
§ 2 – Seul le Chef de l’État congolais est couvert par une immunité de juridiction	
	75
A/ Le Congo ne peut invoquer aucune immunité au bénéfice de MM. Adoua, Dabira et Oda	
	76
B/ Le Congo peut invoquer une immunité de juridiction en faveur du Chef de l’État	
	79
<u>Section 2 – Aucune atteinte n’a été portée à l’immunité de M. Sassou Nguesso</u>	
	80
§ 1. Le réquisitoire introductif du procureur de la République de Meaux ne porte pas atteinte à l’immunité de juridiction du Président de la République du Congo	
	81
§ 2. L’invitation à témoigner adressée au Président de la République du Congo ne porte pas atteinte à son immunité de juridiction	
	84
A/ La jurisprudence applicable au Président de la République française	
	85
B/ Le chef d’un État est un représentant de cet État	
	86
Conclusions	
	89
Annexes	

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

Affaire relative à *Certaines procédures pénales engagées en France*
(*République du Congo c. France*)

CONTRE-MEMOIRE DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE
11 mai 2004

INTRODUCTION

1. Par lettre en date du 9 décembre 2002, le greffier de la Cour internationale de Justice a informé le ministre français des Affaires étrangères que la République du Congo avait introduit, le même jour, une requête contre la République française, au motif que celle-ci aurait, en premier lieu,

« [violé le] principe selon lequel un État ne peut, au mépris du principe de l'égalité souveraine entre tous les Membres de l'Organisation des Nations Unies, proclamé par l'article 2, paragraphe 1, de la Charte des Nations Unies, exercer son pouvoir sur le territoire d'un autre État, en s'attribuant unilatéralement une compétence universelle en matière pénale et en s'arrogeant le pouvoir de faire poursuivre et juger le ministre de l'intérieur d'un État étranger à raison de prétendues infractions qu'il aurait commises à l'occasion de l'exercice de ses attributions relatives au maintien de l'ordre public dans son pays »

et, en second lieu,

« [violé] l'immunité pénale d'un chef d'État étranger – coutume internationale reconnue par la jurisprudence de la Cour ».

2. Par cette requête, la Congo a prié la Cour

« de dire que la République française devra faire annuler les actes d'instruction et de poursuite accomplis par le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Paris, le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Meaux et les juges d'instruction de ces tribunaux ».

Il a également indiqué qu'il entendait fonder la compétence de la Cour en l'espèce sur le consentement que pourrait donner la France en application de l'article 38, paragraphe 5, du Règlement de la Cour.

3. Par lettre datée du 8 avril 2003 adressée au greffier de la Cour, le ministre français des affaires étrangères a indiqué que la France acceptait la compétence de la Cour pour connaître de la requête congolaise en application de l'article 38, paragraphe 5, du Règlement. Il a également tenu à apporter les précisions suivantes :

« [L]'article 2 du traité de coopération du 1^{er} janvier 1974 entre la République française et la République populaire du Congo, auquel se réfère cette dernière dans sa requête introductive d'instance, ne constitue pas une base de compétence de la Cour pour connaître de la présente affaire.

La présente acceptation de la compétence de la Cour ne vaut qu'aux fins de l'affaire, au sens de l'article 38, paragraphe 5 précité, c'est-à-dire pour le différend qui fait l'objet de la requête et dans les strictes limites des demandes formulées par la République du Congo ».

4. Par une ordonnance du 17 juin 2003, la Cour a refusé de faire droit à la demande en indication de mesures conservatoires que le Congo avait formulée concomitamment au dépôt de sa requête, en soulignant notamment qu'elle n'apercevait en l'occurrence aucun « risque de préjudice irréparable qui justifierait l'indication d'urgence de mesures conservatoires »¹.

5. Par une ordonnance du 11 juillet 2003, la Cour a fixé au 11 décembre 2003 et au 11 mai 2004 respectivement, les dates d'expiration des délais pour le dépôt du mémoire de la République du Congo et du contre-mémoire de la République française.

6. Dans la conclusion du mémoire qu'elle a déposé le 4 décembre 2003, la République du Congo

« demande à la Cour de dire que la République française devra, par les voies de droit appropriées selon son droit interne, [...] mettre à néant le réquisitoire introductif du procureur de la République près le tribunal de grande instance de Meaux en date du 23 janvier 2002 et faire cesser la procédure pénale qu'il a engagée ».

7. Après avoir brièvement exposé les faits pertinents de l'espèce (chapitre 1^{er}), la République française examinera successivement, dans le cadre du présent contre-mémoire, la prétendue violation du principe selon lequel un État ne peut exercer son pouvoir sur le

¹ Affaire relative à *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 17 juin 2003, par. 36.

territoire d'un autre État et du principe de l'égalité souveraine (chapitre 2) puis la prétendue violation des immunités de juridiction de certains officiels congolais (chapitre 3).

CHAPITRE 1

EXPOSE DES FAITS

1.1. Aux termes de l'article 49 du Règlement de la Cour,

« 1. Le mémoire contient un exposé des faits sur lesquels la demande est fondée [...].

2. Le contre-mémoire contient : la reconnaissance ou la contestation des faits mentionnés dans le mémoire ; le cas échéant, un exposé additionnel des faits [...] ».

1.2 A certains égards, l'exposé des faits qui ouvre le mémoire de la République du Congo prend les traits d'une présentation incomplète, souvent orientée voire, parfois, erronée. Il importe dès lors de préciser les conditions dans lesquelles a été décerné, le 23 janvier 2002, le réquisitoire introductif d'instance, qui constitue, selon la République du Congo, « la pièce capitale de la présente procédure devant la Cour »² (section 1). Il convient également d'établir la nature et la portée exactes des actes de procédure qui ont été accomplis en France depuis cette date (section 2). Il est, enfin, nécessaire d'évoquer, dans la mesure du possible, les développements qui se sont produits au sein de la République du Congo, que celle-ci a parfois omis de présenter de façon adéquate ou exhaustive dans son mémoire (section 3).

Section 1 – Les éléments qui ont conduit à l'émission du réquisitoire introductif d'instance

1.3. La clarté de l'exposé invite à évoquer successivement la plainte déposée le 7 décembre 2001 (§ 1), sa transmission et l'enquête préliminaire qui s'en est suivie (§2) puis le réquisitoire introductif du 23 janvier 2002 (§ 3).

§ 1 – La plainte du 7 décembre 2001

1.4. Le 7 décembre 2001, trois organisations non gouvernementales – la Fédération internationale des droits de l'homme, l'Observatoire congolais des droits de l'homme et la Ligue des droits de l'homme – ont déposé auprès du procureur de la République près le

² Mémoire, p. 12.

Tribunal de grande instance de Paris une plainte pour « crimes contre l'humanité, disparitions et tortures », mettant en cause Messieurs Denis Sassou Nguesso, président de la République du Congo, Pierre Oba, ministre de l'intérieur, Norbert Dabira, inspecteur général des armées et Blaise Adoua, général commandant la garde présidentielle³. Cette plainte comportait un exposé des faits qui l'ont motivée ainsi que des précisions sur leur imputabilité. Pour fonder la compétence du juge français, les plaignants invoquaient notamment l'article 689-1 du code de procédure pénale, lequel dispose :

« En application des conventions internationales visées aux articles suivants, peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises, si elle se trouve en France, toute personne qui s'est rendue coupable hors du territoire de la République de l'une des infractions énumérées par ces articles. Les dispositions du présent article sont applicables à la tentative de ces infractions, chaque fois que celle-ci est punissable ».

Les plaignants s'appuyaient également sur l'article 689-2 du même code, aux termes duquel :

« Pour l'application de la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée à New York le 10 décembre 1984, peut être poursuivie et jugée dans les conditions prévues à l'article 689-1 toute personne coupable de tortures au sens de l'article 1^{er} de la Convention ».

La République française a déposé son instrument de ratification de la Convention de New York le 18 février 1986. La République du Congo a adhéré à cette même Convention le 30 juillet 2003⁴.

1.5. Dans son mémoire, la République du Congo allègue que le document déposé par les trois organisations non gouvernementales constituerait une « dénonciation », et non une plainte au sens où ce mot est employé aux fins de la procédure pénale française. Le requérant n'explique cependant pas en quoi cette distinction, dont l'importance ne lui était apparue ni dans sa requête ni lors des audiences relatives à la demande en indication de mesures conservatoires⁵, pourrait présenter un quelconque intérêt dans l'instance qu'il a initiée. Pour sa part, la République française n'en aperçoit aucun.

³ Annexes 1 et 2 du mémoire de la République du Congo.

⁴ Annexe I, v. *infra* par. 1.32. Sur les effets de cette adhésion aux fins de la présente instance, v. *infra* Chapitre 2, pars. 2.64 à 2.74.

1.6. En droit français, il existe certes une distinction entre les plaintes et les dénonciations, qui a pu être explicitée comme suit :

« [la dénonciation] est l'acte par lequel un tiers, qui n'a pas été lui-même victime de l'infraction, la porte à la connaissance des autorités de police ou de justice ; elle s'oppose alors à la « plainte », qui est une dénonciation émanant de la victime elle-même »⁶.

Cette dissociation n'emporte cependant pas de conséquences quant aux suites qui peuvent être données à ces actes. Selon l'article 40 du code de procédure pénale en effet, dans sa rédaction en vigueur à la date considérée

« Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner. Il avise le plaignant du classement de l'affaire ainsi que la victime lorsque celle-ci est identifiée ».

Dans le cas d'une plainte comme dans celui d'une dénonciation, le procureur de la République demeure donc libre d'apprécier l'opportunité des poursuites. Lorsque le plaignant décide de se constituer « partie civile », en revanche, l'action publique doit nécessairement être mise en mouvement⁷. Telle n'est assurément pas l'hypothèse qui pourrait être considérée dans la présente instance, puisque les trois organisations non gouvernementales n'ont pas cherché à assortir d'une constitution de partie civile ce qu'elles ont elles-mêmes qualifié de « plainte »⁸. Dès lors, la France n'aperçoit pas de raison qui conduirait, à ce stade de la procédure, à abandonner la terminologie initialement adoptée par le Congo, que la Cour a d'ailleurs fait sienne dans son ordonnance rendue en la présente affaire le 17 juin 2003⁹.

§ 2 – La transmission de la plainte et l'enquête préliminaire

1.7. Dans son mémoire, le requérant marque un certain étonnement devant la « célérité », sinon la « précipitation », avec laquelle le ministère public aurait réagi, de façon « tout à fait inhabituelle », au dépôt de la plainte des trois organisations non gouvernementales¹⁰. Une telle

⁵ La requête et les plaidoiries de la partie congolaise évoquent « une plainte pour crime contre l'humanité et torture » (v. notamment la requête, « III – Exposé des faits », la plaidoirie de M^e VERGES (CR 2003/20, 28 avril 2003, p. 12) et celle de M. DECOCQ (CR 2003/22, 29 avril 2003, p. 11).

⁶ G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Procédure pénale*, Dalloz, Paris, 18^{ème} éd., 2001, p. 360.

⁷ Sous réserve des obstacles de droit prévus par l'article 86, avant-dernier alinéa. Sur la constitution de partie civile, v. les articles 85 et s. du code de procédure pénale.

⁸ Neuf personnes se sont, en revanche, constituées parties civiles de puis l'ouverture de l'information judiciaire.

⁹ Ordonnance sur la demande en indication de mesure conservatoire, pars. 10, 11 et 13.

¹⁰ Mémoire de la République du Congo, p. 10.

réprobation, même implicite, de la diligence dont ont pu faire preuve les organes compétents pourra paraître curieuse ; elle est, surtout, infondée. Loin de trahir une quelconque intention malveillante ou menaçante, la succession des actes accomplis immédiatement après le dépôt de la plainte s'inscrit en effet dans le cadre courant de la procédure pénale française.

1.8. Il en va notamment ainsi de la transmission de la plainte au procureur de la République près le tribunal de grande instance de Meaux par le « soit transmis » du 7 décembre 2001. Selon les informations dont il pouvait disposer, y compris dans la plainte elle-même, le procureur de la République de Paris a constaté qu'une seule des personnes nommément visées par les plaignants était susceptible de se trouver sur le territoire français. Le général Dabira possède en effet une résidence à Villeparisis (Seine-et-Marne), commune qui se trouve dans le ressort territorial du tribunal de Meaux. Selon l'article 693 du code de procédure pénale, la juridiction compétente pour connaître des faits considérés est celle du lieu où réside le prévenu, celle de sa dernière résidence connue ou celle du lieu où il est trouvé. Conformément à cette disposition, le procureur de la République de Paris devait donc, ainsi qu'il l'a fait, transmettre la plainte sans délai à son homologue de Meaux.

1.9. Les réquisitions aux fins d'extension de compétence émises par le procureur de la République de Meaux le 8 décembre 2001 et l'enquête préliminaire à laquelle il a fait procéder n'appellent pas de plus amples développements, tant elles s'inscrivent également dans le cadre habituel du déroulement de la procédure pénale. En vertu de l'article 18, alinéa 4, du code de procédure pénale, la première est nécessaire lorsque le ministère public estime utile de faire procéder à l'audition de personnes qui ne se trouvent pas dans le ressort territorial de sa juridiction. Tel était le cas des deux témoins expressément mentionnés dans les réquisitions aux fins d'extension de compétence. L'enquête préliminaire à laquelle les officiers de police judiciaire ont procédé sur les instructions du procureur s'avère, quant à elle, essentielle lorsque ce dernier est saisi, comme dans le cas présent, d'une plainte sans constitution de partie civile relative à des allégations d'infractions graves. Elle permet en effet de fournir au ministère public les éléments sur la base desquels il pourra apprécier la suite qu'il convient de donner à la plainte. En l'occurrence, c'est notamment sur le fondement des résultats de cette enquête que le procureur de la République de Meaux a décidé de saisir le juge d'instruction par le réquisitoire introductif d'instance du 23 janvier 2002.

§ 3 – *Le réquisitoire introductif d'instance*

1.10. Dans le cadre de son exposé des faits, la République du Congo consacre peu de développements au réquisitoire introductif d'instance délivré le 23 janvier 2002, qui constitue, selon lui, « la pièce capitale de la présente procédure devant la Cour »¹¹. Il est vrai que cet acte est, par son objet comme par son contenu, en tous points conforme aux prescriptions que comporte le code de procédure pénale à cet égard.

1.11. Il convient ainsi de rappeler qu'en vertu de l'article 79 de ce code, « l'instruction préparatoire est obligatoire en matière de crime ». Dès lors qu'il estime que les éléments portés à sa connaissance justifient la poursuite de la procédure, le procureur de la République doit donc ouvrir une information judiciaire, en saisissant le juge d'instruction de ces faits constitutifs d'infractions graves. Tel est l'objet du réquisitoire introductif d'instance délivré par le substitut du procureur de la République de Meaux le 23 janvier 2002.

1.12. Aux termes de l'article 80 du code de procédure pénale, le réquisitoire introductif d'instance doit préciser les infractions présumées qui font l'objet de la saisine du juge d'instruction. En l'espèce, le réquisitoire du 23 janvier 2002 mentionne les faits suivants :

- « crimes contre l'humanité : pratique massive et systématique
- d'enlèvements de personnes suivis de leur disparition
 - de la torture ou d'actes inhumains, pour des motifs idéologiques et en exécution d'un plan concerté contre un groupe de population civile ».

L'article 80 dispose également que « [l]e réquisitoire peut être pris contre personne dénommée ou non dénommée ». Le choix qui a été fait en l'occurrence d'ouvrir l'information judiciaire « contre X » fera l'objet d'une analyse approfondie dans le cadre de ce contre-mémoire¹². Aux fins du présent exposé, il suffit de rappeler qu'en agissant de la sorte, le procureur de la République de Meaux a signifié qu'il ne lui était pas possible, au vu des informations dont il disposait, d'identifier et d'énumérer les personnes auxquelles les faits considérés pouvaient être attribués. Dans un tel cas de figure, c'est au juge d'instruction qu'il appartient d'identifier, éventuellement, les auteurs des infractions dont il a été saisi.

¹¹ *Ibid.*, p. 12 (souligné dans le texte).

¹² V. *infra* Chapitre 3, pars. 3.6 à 3.15.

Section 2 – Les développements pertinents intervenus en France depuis le 23 janvier 2002

1.13. A l'occasion des audiences relatives à la demande en indication de mesure conservatoire formulée par la République du Congo, la République française a pu porter à la connaissance de la Cour les principaux développements de l'information judiciaire ouverte par le réquisitoire du 23 janvier 2002 ainsi que les règles de droit interne pertinentes¹³. Il ne lui apparaît donc pas nécessaire d'exposer de nouveau ces divers éléments, si ce n'est pour préciser la présentation fournie par la partie congolaise tant en ce qui concerne les actes accomplis envers le général Dabira (§ 1) qu'au sujet de la demande d'audition du Président Sassou Nguesso (§ 2). Il importe également de présenter à la Cour, ainsi que le permet l'article 49 du Règlement de celle-ci, un « exposé additionnel des faits » intervenus depuis le dépôt du mémoire de la République du Congo, pour autant que ceux-ci puissent avoir un intérêt aux fins de l'instance (§ 3).

§ 1 – Les actes d'instruction visant le général Dabira

1.14. Ainsi que l'exposé des faits de la partie requérante le manifeste par son silence, aucun acte d'instruction n'avait été accompli à l'encontre de MM. Oba et Adoua à la date du dépôt du mémoire de la République du Congo (ni ne l'a été, d'ailleurs, depuis cette date). Seul le général Dabira a été visé par l'information judiciaire conduite par les juges d'instruction de Meaux¹⁴.

1.15. Dans le cadre d'une commission rogatoire délivrée par les juges d'instruction le 16 mai 2002, les officiers de police judiciaire mandatés par les juges d'instruction ont placé le général Dabira en garde à vue et l'ont entendu en tant que témoin le 23 mai 2002. A l'issue de cette audition, il a été convoqué pour être entendu comme « témoin assisté », c'est-à-dire en tant que personne « contre laquelle il existe des indices rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer, comme auteur ou complice, à la commission des infractions dont le juge

¹³ V. notamment la plaidoirie de M. ABRAHAM du 28 avril 2003 (CR 2003/21, pars. 24-31 et 41-46).

¹⁴ Ainsi que le prévoit l'article 83 du code de procédure pénale « [l]orsque la gravité ou la complexité de l'affaire le justifie », le président du tribunal de grande instance de Meaux a décidé, le 4 février 2002, d'adjoindre un second juge d'instruction au juge initialement chargé de l'information judiciaire.

d'instruction est saisi »¹⁵. Au terme de cette seconde audition, le 8 juillet 2002, les juges d'instruction ont informé le général Dabira qu'il serait convoqué le 11 septembre 2002 pour être mis en examen. Aux termes de l'article 80-1, premier alinéa, du code de procédure pénale,

« A peine de nullité, le juge d'instruction ne peut mettre en examen que les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont il est saisi ».

La mise en examen peut ainsi être définie comme l'acte par lequel le juge notifie à une personne qu'elle fait officiellement l'objet de poursuites ; cette personne bénéficie alors des droits de la défense et peut, notamment, être assistée d'un avocat et accéder au dossier de la procédure.

1.16. Le 9 septembre 2002, le général Dabira a fait savoir au chargé d'affaires de l'ambassade de France au Congo qu'il avait reçu des « instructions formelles de [s]on gouvernement », l'empêchant de se présenter devant les juges d'instruction de Meaux. Afin d'étayer son refus de déférer à la convocation, le général Dabira faisait valoir, d'une part, qu'il n'avait pas à « [s]e justifier dans le cadre de [s]es fonctions devant une juridiction autre que celle de [s]on pays, à moins d'une commission rogatoire internationale » ; il invoquait, d'autre part, l'application du principe *non bis in idem*¹⁶.

1.17. Constatant cette situation, le juge d'instruction a délivré, le 16 septembre 2002, un mandat d'amener à l'encontre du général Dabira. En exécution de ce mandat, qui constitue, selon l'article 122 du code de procédure pénale, « l'ordre donné par le juge à la force publique de conduire immédiatement la personne à l'encontre de laquelle il est décerné devant lui », les officiers de police judiciaire de la Section de Recherches de Paris se sont présentés, le 25 septembre, au domicile du général Dabira à Villeparisis, où l'épouse de celui-ci les a informés que son mari se trouvait à Brazzaville. Sur les instructions du juge de Meaux, les officiers chargés d'exécuter le mandat ont alors inscrit monsieur Dabira au fichier des personnes recherchées. Il convient par ailleurs de noter que le « procès-verbal de perquisition et de recherches infructueuses » dressé à cette occasion, co-signé par Madame Dabira, ne

¹⁵ Art. 113-2 du code de procédure pénale. Le témoin assisté a le droit d'être assisté par un avocat, il n'a pas à prêter serment et ne peut être placé sous contrôle judiciaire ou en détention provisoire.

¹⁶ Annexe II. Sur la nature et la portée du principe *non bis in idem*, v. *infra* Chapitre 2, pars. 2.94 à 2.105.

mentionne aucun trouble particulier, contrairement à ce que paraît alléguer la République du Congo dans son exposé des faits¹⁷.

1.18. Le 15 janvier 2004, le magistrat instructeur a délivré, à l'encontre du général Dabira, un mandat d'arrêt visant les infractions de tortures et de crimes contre l'humanité. A la différence du mandat d'amener, le mandat d'arrêt, qui donne ordre à la force publique « de rechercher la personne à l'encontre de laquelle il est décerné et de la conduire à la maison d'arrêt »¹⁸, peut être diffusé au plan international. Tel est le cas du mandat délivré à l'encontre du général Dabira, qui a fait l'objet d'une diffusion par le biais d'Interpol et du système de Schengen (SIS) le 26 mars 2004.

§ 2 – La demande d'audition du Président Sassou Nguesso

1.19. Ainsi que la République française a déjà eu l'occasion de l'indiquer¹⁹, aucun acte de procédure n'a été accompli à l'encontre du Président Sassou Nguesso. Il est vrai qu'à deux reprises, les 18 décembre 2002 et 19 février 2003, les magistrats instructeurs de Meaux ont exprimé le souhait de recevoir son témoignage. Mais, par dérogation au droit commun, une telle demande doit nécessairement répondre à des conditions spécifiques, qui s'appliquent à l'ensemble des titulaires de charges publiques représentant leur État au plan international et, partant, aux chefs d'État étrangers.

1.20. Ainsi que le prévoit l'article 656 du code de procédure pénale en effet,

« La déposition écrite d'un représentant d'une puissance étrangère est demandée [par le juge d'instruction] par l'entremise du ministre des affaires étrangères. Si la demande est agréée [c'est-à-dire acceptée par son destinataire], cette déposition est reçue par le premier président de la cour d'appel ou par le magistrat qu'il aura délégué ».

En d'autres termes, un chef d'État étranger n'est nullement tenu de déférer à la demande de témoignage qui lui est communiquée par la voie diplomatique. Son refus de témoigner ne saurait donc être pénalement sanctionné, par contraste à ce que prévoit le code pénal dans les situations de droit commun²⁰.

¹⁷ Mémoire, p. 16.

¹⁸ Art. 122, al. 5, du code de procédure pénale.

¹⁹ V. par exemple la plaidoirie de M. ABRAHAM du 28 avril 2003 (CR 2003/21, par. 45).

²⁰ V. l'art. 434-15-1 du code pénal.

1.21. En l'espèce, et comme cela sera ultérieurement développé²¹, c'est à raison que les magistrats instructeurs ont fondé leur demande d'audition du Président Sassou Nguesso sur l'article 656 du code de procédure pénale. Au surplus, il convient de rappeler que cette demande n'a pas été transmise à son destinataire.

§ 3 – Les développements survenus depuis le dépôt du mémoire de la République du Congo

1.22. Outre l'émission et la diffusion internationale d'un mandat d'arrêt à l'encontre du général Dabira²², la République française estime utile de porter à la connaissance de la Cour certains faits qui se sont produits après la date de dépôt du mémoire de la République du Congo, dans l'ordre chronologique de leur survenance.

1.23. Agissant sur commission rogatoire des magistrats instructeurs, la Section de Recherches de Paris a demandé au ministère des affaires étrangères, le 4 février 2004, de bien vouloir lui indiquer si certaines personnes, au nombre desquelles figurait monsieur Oba, « se trouv[a]ient actuellement en France dans le cadre d'une mission officielle de la République du Congo et bénéfici[a]ient à ce titre d'une accréditation diplomatique ». Sollicitée par ce ministère, l'ambassade de la République du Congo en France a précisé qu'à la différence des autres personnes mentionnées dans la requête de l'officier de police judiciaire, monsieur Oba était « de passage à Paris en mission d'État »²³. Sur le fondement de cette information, le ministère des affaires étrangères a indiqué à la Section de Recherches que monsieur Oba se trouvait en mission officielle en France et à ce titre y jouissait d'une immunité en vertu du droit international coutumier²⁴.

1.24. Le 26 mars 2004, le magistrat instructeur a délivré une commission rogatoire internationale aux autorités helvétiques afin de se faire remettre un certain nombre de documents et procéder à l'audition de plusieurs représentants du Haut Commissariat aux Réfugiés, dont le siège se trouve à Genève.

²¹ V. *infra* Chapitre 3, pars. 3.60 à 3.63.

²² V. *supra* par. 1.18.

²³ Annexe III.

²⁴ *Ibidem*.

1.25. Saisi par le procureur de la République de Meaux d'une requête en annulation de certains actes accomplis dans le cours de l'instruction, le Président de la chambre de l'instruction de la Cour d'appel a ordonné, le 8 avril 2004, la suspension de l'information judiciaire ouverte le 23 janvier 2002, tant que cette requête ne serait pas examinée. Cette décision, qui ne met pas fin à l'instruction et n'équivaut pas à un dessaisissement des magistrats chargés de conduire celle-ci, permettra de préciser l'étendue de la saisine de ces derniers.

Section 3 – Les développements intervenus au sein de la République du Congo

1.26. Dans son mémoire, la République du Congo ne fournit qu'un exposé partiel de l'information judiciaire ouverte à Brazzaville, sur laquelle elle entend pourtant fonder sa demande de cessation de la procédure pénale engagée en France (§ 1). De manière tout aussi inexplicable, elle passe également sous silence son adhésion à la convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, intervenue le 30 juillet 2003 (§ 2).

§ 1 – Le développement de l'information judiciaire ouverte à Brazzaville

1.27. Dans son exposé des faits, la République du Congo reproduit la substance d'une lettre en date du 9 septembre 2002, par laquelle le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Brazzaville faisait part à son homologue de Meaux de l'utilité de faire cesser la procédure engagée en France, en raison d'un « grave problème de conflit de compétence entre deux juridictions appartenant à deux États souverains »²⁵. A l'appui de son argumentation, le Procureur indiquait que le ministre de la justice congolais avait demandé au ministère public « de requérir l'ouverture d'une information contre X des chefs d'enlèvements et de disparitions de personnes ». Il ajoutait ensuite :

« Par un réquisitoire introductif en date du 29 août 2000, le Procureur de la République a effectivement requis l'ouverture d'une information des chefs susdits. Le Doyen des juges d'instruction au Tribunal de Grande Instance de

²⁵ Mémoire, p. 15 ; la lettre est reproduite comme « revendication de compétence » en annexe 7 au mémoire de la République du Congo.

Brazzaville a ainsi été saisi de ces faits et a déjà accompli, à ce jour, plusieurs actes d'instruction »²⁶.

1.28. La présentation qui est faite de ce document dans le mémoire de la République du Congo appelle plusieurs remarques. D'une part, la « lettre circonstanciée »²⁷ qu'évoque le requérant ne précise nullement la nature et le résultat des « actes d'instruction » accomplis par le juge de Brazzaville. Pourtant, cette lettre a été adressée au procureur de la République de Meaux plus de deux ans après la date d'ouverture d'une information judiciaire au Congo, indiquée dans le même document. D'autre part, il ne saurait être avéré, à la seule lecture de cette lettre, que le magistrat instructeur de Meaux a été effectivement saisi « des mêmes faits »²⁸ que son homologue de Brazzaville. La lettre du 9 septembre 2002 évoque uniquement, en effet, les chefs « d'enlèvements et de disparitions de personnes » et ne mentionne pas les faits de torture, sur lesquels l'information judiciaire a été ouverte à Meaux le 23 janvier 2002²⁹. Enfin, et de manière particulièrement paradoxale au vu de ces imprécisions notables, la République du Congo passe entièrement sous silence le contenu de plusieurs documents pertinents qu'elle a adressés à la Cour le 21 mai 2003³⁰.

1.29. La lecture de ces documents permet pourtant de comprendre, à défaut de combler, les lacunes de l'exposé congolais. En admettant au nombre des « actes d'instruction » les réquisitoires délivrés par le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Brazzaville, il apparaît ainsi qu'au 21 mai 2003, la République du Congo n'a pu fournir à la Cour que trois éléments entrant dans le cadre de l'information judiciaire menée sur son territoire. Le premier est le « réquisitoire à fin d'informer » du 29 août 2000, qu'évoque le Procureur de la République de Brazzaville dans sa lettre à son homologue de Meaux. Le deuxième est un document intitulé « réquisition supplétif » [*sic*], daté du 11 novembre 2002 et signé par le même procureur. Le troisième est une commission rogatoire délivrée le 2 octobre 2002 par le Doyen des juges d'instruction du tribunal de grande instance de Brazzaville au juge d'instruction de Kinshasa (République démocratique du Congo). Ces deux derniers documents étant postérieurs à la date de la « revendication de compétence » adressée au procureur de la République de Meaux, les « actes d'instruction » qui auraient été accomplis au

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Mémoire, p. 15.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ V. *supra* par. 1.12.

³⁰ Pour rappel, ces documents sont reproduits à l'annexe IV du présent contre-mémoire.

Congo entre l'ouverture de l'information judiciaire, le 29 août 2000, et le 9 septembre 2002 demeurent inconnus de la République française autant que de la Cour.

1.30. De surcroît, l'affirmation selon laquelle les magistrats instructeurs de Brazzaville et de Meaux auraient été saisis « des mêmes faits » n'est pas corroborée par un examen attentif des documents que la République du Congo a fournis à la Cour. Il est vrai que la commission rogatoire délivrée le 2 octobre 2002 par le Doyen des juges d'instruction de Brazzaville comporte un premier visa rédigé comme suit :

« Vu la procédure d'instruction suivie contre X...,
des chefs d'assassinat, tortures, crimes contre l'humanité, viols »

Toutefois, ce visa ne paraît pas refléter fidèlement l'étendue de la saisine du juge d'instruction, telle que celle-ci a été effectuée par le biais du réquisitoire introductif du 29 août 2000. Bien que la copie de ce dernier document fournie par la République du Congo soit difficilement lisible, il apparaît clairement que le terme « torture » n'est employé que dans le cadre d'un énoncé des faits n'entrant pas dans les prévisions de la loi 21-99 du 20 décembre 1999, portant amnistie des faits de guerre découlant des guerres civiles de 1993-1994, 1997 et 1998-1999. En revanche, la torture n'est nullement mentionnée parmi les infractions sur lesquelles l'information judiciaire est ouverte, puisque la requête elle-même est rédigée comme suit :

« qu'il plaise à Monsieur le Doyen des juges d'instruction, informer par toutes
voies de droit contre X sur qui pèsent des présomptions graves de viol et
d'assassinat ».

Les faits de torture ne sont pas davantage mentionnés dans le document intitulé « réquisition supplétif », signé le 11 novembre 2002 par le procureur de la République de Brazzaville. Celui-ci se contente en effet de requérir du magistrat instructeur qu'il étende le champ de son information à des

« présomptions graves de violations du secret professionnel et de non
assistance à personne en danger ».

1.31. A ce jour, la République française n'a donc connaissance d'aucun élément substantiel susceptible de corroborer le postulat selon lequel les juges d'instruction auraient été saisis, à

Brazzaville et à Meaux, des mêmes faits, et ce, nonobstant les conclusions de droit qui pourraient être éventuellement tirées de cette affirmation, si elle était avérée³¹.

§ 2 – L'adhésion de la République du Congo à la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

1.32. Dans son mémoire, la République du Congo omet inexplicablement de mentionner qu'elle a adhéré, le 30 juillet 2003, à la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée à New York le 10 décembre 1984. Cette adhésion, qui a pris effet le 29 août 2003, revêt pourtant, de manière indubitable, une importance cruciale aux fins de la présente procédure³².

1.33. Avant de procéder à l'examen de droit qu'appellent les arguments présentés par la République du Congo dans sa requête et son mémoire, la République française entend réfuter de la manière la plus ferme les allégations auxquelles se livre le requérant en conclusion de son exposé des faits. Dans le cadre des relations bilatérales, marquées par l'amitié et la coopération, qu'elles entretiennent avec leurs homologues congolaises, les autorités politiques françaises n'ont jamais laissé entendre, de quelque manière que ce soit, qu'elles seraient « convaincues du bien fondé de la demande congolaise ». Cette affirmation, qui ne repose sur aucun élément factuel, est dénuée de toute véracité.

³¹ V. *infra* Chapitre 2, pars. 2.75s.

³² V. *infra* Chapitre 2, pars. 2.64 à 2.74.

CHAPITRE 2

LA PRETENDUE VIOLATION DU PRINCIPE SELON LEQUEL
UN ETAT NE PEUT EXERCER SON POUVOIR SUR LE TERRITOIRE D'UN AUTRE ETAT
ET DU PRINCIPE DE L'EGALITE SOUVERAINE

2.1. Le premier moyen invoqué par la République du Congo dans son mémoire porte sur l'exercice par la France de sa compétence pénale dans les affaires en question. Ce premier moyen est subdivisé en deux branches, l'une relative à la compétence des juridictions françaises en matière de crimes contre l'humanité, l'autre à leur compétence en matière de torture. L'argumentation de la première branche porte à la fois sur le droit français et sur le droit international général. Celle de la seconde porte, semble-t-il, surtout sur le droit conventionnel. Une telle présentation des arguments juridiques du demandeur appelle deux remarques préliminaires.

2.2. La première remarque concerne la partie relative au crime contre l'humanité. Le mémoire entend démontrer qu'il n'existe pas en droit français de titre de compétence universelle pour les crimes contre l'humanité. La France ne conteste pas que la compétence du juge français en l'espèce est fondée sur l'article 689-2 du Code de procédure pénale et vise par conséquent des faits de torture ou autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants, étant entendu que ceci est sans préjudice de la qualification juridique qui est donnée, conformément au droit français, à de tels faits.

2.3. La seconde remarque vise la partie du mémoire relative à la torture. La République du Congo s'appuie essentiellement, dans cette partie, sur la Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Bien que le mémoire reste silencieux sur ce point, ceci est probablement dû au fait que la République du Congo est désormais partie à ladite Convention. On comprendrait mal, sans cela, que le demandeur invoque les dispositions de cette convention. Le Gouvernement français en déduit que, du point de vue du demandeur, la Convention du 10 décembre 1984 est applicable dans les relations juridiques entre lui-même et la France. Tel est également l'avis du Gouvernement français.

2.4. Dans un souci de répondre de manière complète aux arguments juridiques soulevés ou susceptibles de l'être à propos de l'exercice par la France de sa compétence pénale dans les affaires concernées, trois points seront successivement abordés. Il sera tout d'abord démontré que le comportement des autorités françaises respecte parfaitement les règles du droit international général relatives aux compétences de l'Etat (Section 1). En effet, celles-ci ne l'empêchent nullement d'exercer sa compétence à l'encontre d'un ressortissant étranger pour les infractions concernées, y compris lorsque les faits ont eu lieu à l'étranger, du moment que l'auteur est trouvé sur son territoire. De plus, et en tout état de cause, l'Etat français est tenu d'établir sa compétence pour connaître de tels faits en vertu de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984, dont les dispositions sont applicables au présent litige (Section 2). Enfin, l'un des points soulevés dans le mémoire de la République du Congo portant sur l'articulation des compétences pénales entre plusieurs Etats susceptibles de connaître des mêmes faits, il convient de s'interroger sur les éventuelles règles de droit international en ce domaine, aussi bien au titre du droit coutumier que du droit conventionnel (Section 3).

Section 1 - Le droit international général permet à la France d'exercer sa juridiction pénale dans les procédures qui donnent lieu au présent litige

2.5. Au regard du droit international général, la France a le droit d'exercer sa compétence pour connaître d'actes tels que ceux qui sont reprochés à M. Dabira, ressortissant congolais, même lorsqu'ils l'ont été à l'étranger et contre des étrangers, à la condition que l'auteur soit présent sur son territoire. Ceci résulte tout d'abord d'une présomption en faveur de la liberté de l'Etat, qui suppose que le demandeur démontre l'existence d'une règle prohibitive contraire. Telles sont les véritables conséquences du principe de l'égalité souveraine (§ 1). De plus, le Gouvernement français est en mesure de démontrer qu'il existe en droit international, à tout le moins, une règle spécifique reconnaissant à l'Etat le droit d'établir une telle compétence pour les infractions concernées (§ 2).

§ 1 - Les conséquences du principe de l'égalité souveraine

2.6. Contrairement à ce que soutient l'Etat requérant, le principe de l'égalité souveraine ne s'oppose nullement à l'exercice par la France de sa compétence dans l'affaire faisant l'objet du litige. L'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du *Lotus*, sur lequel s'appuie le demandeur³³, démontre tout au contraire l'existence d'une large liberté en ce domaine, du moment qu'aucun acte de contrainte n'est accompli au-delà du territoire étatique. Par conséquent, il revient au demandeur de démontrer l'existence d'une règle de droit international prohibitive qui viendrait limiter cette liberté, corollaire de la souveraineté.

A/ Les règles du droit international reflétées par l'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du *Lotus*

2.7. Le mémoire de la République du Congo assimile abusivement les règles du droit international appliquées dans l'arrêt du *Lotus* à un principe de territorialité qui serait exclusif de tout autre titre de compétence. L'arrêt du *Lotus* lui-même condamne une telle confusion dans le passage suivant :

« S'il est vrai que le principe de la territorialité du droit pénal est à la base de toutes les législations, il n'en est pas moins vrai que toutes ou presque toutes ces législations étendent leur action à des délits commis hors du territoire, et cela d'après des systèmes qui changent d'Etat en Etat. La territorialité du droit pénal n'est donc pas un principe absolu du droit international et ne se confond aucunement avec la souveraineté territoriale. »³⁴

2.8. La source de la confusion provient du fait que le mémoire omet de distinguer entre la compétence exécutive et la compétence normative de l'Etat, cette dernière couvrant à la fois la compétence législative et la compétence juridictionnelle. Cette distinction est pourtant essentielle, car elle emporte des effets différents quant à la mise en œuvre du principe de l'égalité souveraine, ce que la Cour permanente a parfaitement mis en évidence dans son arrêt du 7 septembre 1927.

³³ Mémoire, p. 27.

³⁴ C.P.J.I., affaire du *Lotus*, Série A, n°9, p. 19.

2.9. En ce qui concerne la compétence exécutive tout d'abord, le principe de territorialité joue effectivement de manière exclusive, c'est-à-dire qu'il interdit à l'Etat tout « exercice de sa puissance », c'est-à-dire tout acte de contrainte, accompli sur le territoire d'un autre Etat³⁵. C'est également en ce sens que, dans la sentence du 4 avril 1928 dans l'affaire de l'*île de Palmas*, l'arbitre Max Huber énonce le principe selon lequel « l'Etat a compétence exclusive (...) en ce qui concerne son propre territoire »³⁶.

2.10. Or, dans l'affaire à propos de laquelle la République du Congo a saisi la Cour internationale de Justice, la France n'a à aucun moment violé ce principe de territorialité. Il importe en effet de souligner qu'aucun exercice de la compétence exécutive de l'Etat français n'a eu lieu sur le territoire d'un autre Etat. L'unique acte de contrainte effectivement exécuté a été le placement en garde à vue de M. Dabira, le 23 mai 2002, dans les locaux de la gendarmerie de Claye-Souilly, à la suite de son interpellation à Villeparisis, c'est-à-dire sur le sol français. Par ailleurs et plus généralement, lorsque les besoins d'une procédure supposent que certains actes soient accomplis à l'étranger, les autorités judiciaires françaises ont recours aux mécanismes classiques de la coopération judiciaire entre Etats, fondés sur le consentement de l'Etat requis et sur le strict respect de sa souveraineté. La commission rogatoire internationale ou la demande d'extradition entrent dans ce cadre. Il en va de même du mandat d'arrêt qui, s'il a vocation à être exécuté à l'étranger, doit alors s'inscrire dans le cadre d'une procédure d'entraide judiciaire. Quant au mandat d'amener, il n'est exécutoire que sur le territoire de la République française.

2.11. En ce qui concerne la compétence normative, le principe de l'égalité souveraine, qui traduit la juxtaposition des souverainetés, produit des effets entièrement différents. Selon la Cour permanente de Justice internationale :

« Loin de défendre d'une manière générale aux Etats d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, [le droit international] leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives ; pour les autres cas, chaque Etat reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables. »³⁷

³⁵ C.P.J.I., affaire du *Lotus*, Série A, n°9, p. 18.

³⁶ *Recueil des sentences arbitrales*, t. II, p. 838.

³⁷ C.P.J.I., Série A, n°9, p. 19.

Cette large liberté de l'Etat, qui est un corollaire de sa souveraineté, explique la grande variété des systèmes juridiques nationaux. Seule l'existence d'une règle de droit international venant limiter les compétences législatives et juridictionnelles étatiques pourrait renverser la présomption en faveur de la liberté de l'Etat. Bien que consciente des « inconvénients qui dérivent de pareille variété » dans la pratique, la Cour permanente n'en a pas moins tranché en droit une question de principe, de manière parfaitement conforme au principe de souveraineté³⁸.

2.12. La suite de l'arrêt porte plus spécifiquement sur la matière pénale. Quelles que soient les particularités de celle-ci, le principe tel qu'il vient d'être exposé est également appliqué en ce domaine. Lorsqu'il s'agit de contester la conformité au droit international d'une loi pénale à portée extraterritoriale, il est toujours nécessaire de rechercher, soit dans une convention soit dans une règle coutumière, une règle limitative et non une règle habilitante³⁹. Comme le souligne très nettement l'arrêt, « en deçà de ces limites, le titre à la juridiction [que l'Etat] exerce se trouve dans sa souveraineté »⁴⁰.

2.13. Si, par comparaison avec l'époque où l'arrêt du *Lotus* a été rendu, il existe sans doute aujourd'hui davantage de règles de droit international propres à la matière pénale, il reste nécessaire d'établir de quelle façon ces règles opèrent dans chaque situation où plusieurs Etats sont susceptibles d'exercer leur compétence. Cette recherche doit être faite de manière précise, conformément à la méthode suggérée par la Cour permanente elle-même :

« la recherche doit se faire au moyen d'un examen de précédents présentant une analogie étroite avec le cas d'espèce ; car c'est seulement dans les précédents de cette nature que pourrait se manifester, le cas échéant, l'existence d'un principe général applicable à l'espèce. »⁴¹

Cette méthode est également celle qui est prônée par la doctrine ayant étudié la notion de juridiction étatique⁴². A défaut de règle spécifique, le principe de liberté en matière de

³⁸ *Ibid.*, p. 19.

³⁹ *Ibid.*, spécialement pp. 20-21.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 19.

⁴¹ *Ibid.*, p. 21.

⁴² Elle parvient alors à la conclusion que le principe d'universalité est applicable en matière de crimes internationaux. V. notamment F.A. MANN, « The Doctrine of Jurisdiction in International Law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1964-I, t. 111, p. 82 ; C. BLAKESLEY, « Extraterritorial Jurisdiction », in M. Cherif BASSIOUNI (ed.), *International Criminal Law*, vol. II (*Procedural and Enforcement Mechanisms*), Transnational Publishers Inc., Ardsley, New York, 2nd éd., 1999, pp. 39-40.

compétence normative l'emporte nécessairement puisque, comme le souligne la Cour permanente, « les limitations de l'indépendance des Etats ne se présument (...) pas »⁴³.

2.14. Les principes du droit international tels qu'interprétés par la jurisprudence sont donc particulièrement clairs. A défaut d'une démonstration pertinente de l'existence d'une règle spécifique concernant une situation donnée, il existe une présomption en faveur du respect par l'Etat du droit international, du moment que celui-ci exerce ses compétences législative et juridictionnelle en limitant les effets contraignants de leur exercice à son propre territoire.

B/ La nécessité pour le demandeur de démontrer l'existence d'une règle prohibitive

2.15. La République du Congo étant la partie demanderesse dans la présente affaire, il lui incombe d'apporter la preuve d'une violation du droit international imputable à la France. Sans cela, le principe *actori incumbit probatio*, selon lequel la partie qui soutient une proposition doit la démontrer, ne serait pas respecté⁴⁴. Cette règle probatoire vaut non seulement en matière de fait, mais également en matière de droit. Elle est singulièrement renforcée dans le présent litige, dans la mesure où il s'agit de démontrer l'existence d'une règle prohibitive, renversant la présomption selon laquelle le titre de compétence se trouve dans la souveraineté.

2.16. Or, force est de constater que le mémoire ne cherche guère à démontrer l'existence d'une règle qui interdirait à la France d'exercer sa compétence pénale pour les actes reprochés à M. Dabira. Les rares arguments du demandeur, soit sont extrêmement généraux et non rapportés aux faits de l'espèce, soit sont entachés d'erreurs de compréhension ou d'interprétation des textes cités.

2.17. Tout d'abord, la seule mention du principe de l'égalité souveraine ne saurait être considérée comme une démonstration. Outre son caractère lapidaire, elle n'apporte aucun argument juridique substantiel par rapport au droit appliqué à l'époque du *Lotus*. L'égalité souveraine, qui figure indéniablement à l'article 2 de la Charte des Nations Unies, est en

⁴³ C.P.J.I., Série A, n°9, p. 18. V. également C.P.J.I., *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, Série B, n°4, pp. 23-24 (avis consultatif du 7 février 1923).

⁴⁴ J.C. WITENBERG, « Onus Probandi devant les juridictions arbitrales », *R.G.D.I.P.*, 1951, p. 324 ; Mojtaba KAZAZI, *Burden of Proof and Related Issues – A Study on Evidence Before International Tribunals*,

réalité l'un des principes fondamentaux les plus anciens du droit international, qui existait bien avant l'arrêt du *Lotus* et qui, d'une certaine manière, constitue un présupposé du droit international lui-même. La solution de la Cour permanente constituait justement une application de ce principe. Il faudrait par conséquent démontrer que des règles plus précises relatives à la matière pénale existent dans le droit international contemporain, règles qui viendraient restreindre la liberté des Etats dans des situations analogues à celle qui fait l'objet du présent litige.

2.18. Les autres arguments invoqués par la République du Congo reposent sur des erreurs. Il a déjà été expliqué plus haut en quel sens il convient de comprendre le principe de territorialité du point de vue du droit international⁴⁵. L'Etat requérant ajoute que, dans l'arrêt du *Lotus*, « la Cour permanente admit l'existence d'une telle règle coutumière », c'est-à-dire d'une règle qui « en la circonstance » aurait *autorisé* la Turquie à exercer sa compétence⁴⁶. Une telle affirmation est tout simplement fautive. Le Congo inverse complètement le raisonnement de la Cour permanente. Celle-ci est partie du présupposé que, pour limiter la liberté de la Turquie, il faudrait qu'existe une règle spécifique. Elle conclut qu'une telle règle n'existait ni dans le droit conventionnel, ni dans le droit coutumier. C'est donc *à défaut*, et non *en raison*, d'une règle coutumière spécifique applicable « en la circonstance » que la Cour admet l'exercice par la Turquie de sa compétence pénale à propos de faits d'abordage survenus en haute mer entre un navire français et un navire turc, dont des ressortissants turcs furent victimes⁴⁷.

2.19. Tout aussi fautive est l'interprétation donnée par la République du Congo de l'opinion individuelle de M. le Juge Guillaume dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*⁴⁸. Conformément à la méthode exposée *supra*⁴⁹, l'ensemble du raisonnement conduit dans l'opinion a porté sur la recherche de précédents présentant l'analogie la plus étroite avec la situation concernée. Ladite situation était la « compétence universelle par défaut », c'est-à-dire la compétence en l'absence de l'auteur sur le territoire de l'Etat qui exerce sa juridiction pénale pour des faits commis à l'étranger par un étranger. Telle était exactement, en matière

Kluwer Law International, pp. 137-138 et 221s. ; H.W.A. THIRLWAY, « Evidence Before International Courts and Tribunals », in R. BERNHARD (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, 1981, p. 59.

⁴⁵ §§ 2.7-2.12.

⁴⁶ Mémoire, p. 27.

⁴⁷ C.P.J.I., Série A, n°9, pp. 22-31, et notamment p. 31 : « Il y a donc lieu de constater qu'aucun principe de droit international (...) ne s'oppose à l'exercice des poursuites pénales dont il s'agit. »

⁴⁸ Mémoire, p. 27, citant le § 4 de l'opinion individuelle du Président Guillaume.

de compétence, la partie problématique de la loi belge du 16 juin 1993, modifiée par la loi du 10 février 1999, qui était examinée. Or, la loi française diffère très nettement de la loi belge applicable à l'époque, puisqu'elle pose une condition de présence de l'auteur sur le territoire français au moment du déclenchement des poursuites. Il ne s'agit donc nullement de « compétence universelle par défaut ». La loi française est d'ailleurs citée, dans l'opinion en question, comme se distinguant de la loi belge et est présentée, sous cet angle, de manière positive⁵⁰.

2.20. Le Congo admet même implicitement que la loi française est parfaitement conforme au droit international, lorsqu'il fait référence à la loi belge du 16 juin 1993⁵¹. Celle-ci est critiquée car elle permettait :

« le déclenchement d'une action publique par la seule constitution de partie civile auprès d'un juge d'instruction, *même en l'absence des personnes poursuivies*, même contre des personnes qui pourraient se prévaloir d'une immunité. »⁵²

Contrairement à ce qui est suggéré par un raccourci de rédaction, la Cour internationale de Justice, dans son arrêt du 14 février 2002 relatif à l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, n'a pas « donné raison à la RDC » à propos de la compétence pénale des juridictions belges⁵³, puisque la question avait été écartée par les parties au litige et que la Cour s'est prononcée uniquement sur les immunités. Il est cependant exact que la loi contestée a fait l'objet d'une révision peu après que l'arrêt a été rendu, y compris sur le sujet de la compétence. Le Congo, après avoir vivement critiqué l'état du droit antérieur, conclut son analyse historique de la législation belge de la façon suivante :

« Une nouvelle loi du 5 avril 2003 a ramené la Belgique au droit commun : désormais, la plainte n'est recevable que si l'infraction a été commise en Belgique, si l'auteur présumé est belge *ou se trouve en Belgique*, si la victime est belge ou réside en Belgique depuis trois ans. »⁵⁴

⁴⁹ § 2.13.

⁵⁰ Au § 12 de l'opinion individuelle du Président Guillaume.

⁵¹ Mémoire, pp. 26-27.

⁵² Mémoire, p. 26 (italiques ajoutés).

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 26-27 (italiques ajoutés).

Il s'agit là d'un exposé des différents titres de compétence alternatifs énumérés par la loi belge révisée, que la République du Congo présente en réalité de manière incomplète car la compétence universelle par défaut restait possible avec différentes restrictions procédurales⁵⁵. De plus, cette loi d'avril 2003 a été à nouveau modifiée par une loi du 7 août 2003⁵⁶. Toutes ces approximations importent à vrai dire assez peu ici. Le point essentiel et particulièrement remarquable est que la République du Congo considère la loi du 5 avril 2003 comme un retour au « droit commun », à partir du moment où un lien avec la Belgique existait, ce lien pouvant être – selon les termes mêmes du mémoire – le fait que « l'auteur présumé (...) se trouve en Belgique ». Ce « droit commun » correspond parfaitement à la façon dont la France envisage l'exercice de sa compétence pénale.

2.21. La République du Congo n'a donc pas rempli la tâche qui lui incombe en tant que demandeur de démontrer l'existence d'une règle prohibitive. Elle l'a même si peu fait que l'on est en droit de se demander si elle n'a en réalité pas admis la pertinence de la position française. De son côté, le Gouvernement français peut aisément démontrer l'existence dans le droit international contemporain d'une règle qui, au minimum, lui reconnaît le droit d'exercer sa compétence pénale pour la catégorie d'infractions dont relèvent aussi bien la torture que le crime contre l'humanité. Du point de vue du Gouvernement français, une telle démonstration va au-delà de ce que les principes applicables en matière de preuve exigent de lui. Néanmoins, ce faisant, il entend coopérer pleinement avec la Cour dans sa mission de recherche des règles de droit applicables à l'espèce.

⁵⁵ Loi modifiant la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire et l'article 144ter du Code judiciaire, *Moniteur Belge*, 7 mai 2003, Article 7 :

« (L.2003-04-23, art.5 ; En vigueur : 07-05-2003)

§ 1. Sous réserve d'un dessaisissement prononcé dans un des cas prévus aux paragraphes suivants, les juridictions belges sont compétentes pour connaître des infractions prévues à la présente loi, indépendamment du lieu où celles-ci auront été commises et même si l'auteur présumé ne se trouve pas en Belgique.†

L'action publique ne pourra toutefois être engagée que sur réquisition du procureur fédéral lorsque :

1° l'infraction n'a pas été commise sur le territoire du Royaume ;†

2° l'auteur présumé n'est pas belge ;†

3° l'auteur présumé ne se trouve pas sur le territoire du Royaume et

4° la victime n'est pas belge ou ne réside pas en Belgique depuis au moins trois ans.

(...) »

Il en résulte *a contrario* que la procédure pénale de droit commun est applicable – notamment la constitution de partie civile – pour les différentes hypothèses auxquelles l'énumération fait référence.

⁵⁶ Loi relative aux violations graves du droit international humanitaire, *Moniteur Belge*, 7 août 2003. Son article 18 (article 12bis nouveau du titre préliminaire du Code de procédure pénale) maintient la possibilité d'exercer la compétence universelle à certaines conditions.

§ 2 - L'existence d'une règle reconnaissant à l'Etat le droit d'établir sa compétence pénale pour les infractions concernées

2.22. Les infractions dont il est question dans l'affaire faisant l'objet du présent litige entrent dans la catégorie des crimes du droit des gens (*delicta juris gentium*). De ce fait, la France est indéniablement en droit d'exercer sa compétence pour les actes visés, quel que soit leur lieu de commission et quelle que soit la nationalité de leur(s) auteur(s) ou de leur(s) victime(s). Toutefois, la présence de l'individu soupçonné d'avoir commis de telles infractions sur son territoire est une condition de l'existence de cette compétence. Cette condition a été satisfaite en l'espèce.

A/ La spécificité des infractions concernées

1) *Des infractions qui sont des delicta juris gentium*

2.23. De nombreuses infractions sont aujourd'hui définies internationalement. Outre celles qui figurent dans des conventions internationales en matière pénale, il est admis que certaines résultent également du droit coutumier. Au sein de cet ensemble, il convient de réserver une place particulière aux infractions qui constituent des atteintes graves aux valeurs fondamentales de la communauté des Etats et mettent en cause la dignité de la personne humaine. Elles peuvent être décrites comme des « infractions internationales par nature »⁵⁷. Leur commission fait l'objet d'une réprobation universelle et leur répression est, par conséquent, organisée de manière universelle. Le crime contre l'humanité tout comme le crime de torture en font aujourd'hui partie, de même, notamment, que le génocide et certains actes de terrorisme⁵⁸.

2.24. La spécificité de telles infractions a été relevée par la Cour internationale de Justice, à propos du génocide, dans son avis du 28 mai 1951 sur les *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*. Raisonnant à partir du droit conventionnel, la Cour en a tiré des conséquences importantes sur le plan du droit international général :

⁵⁷ Claude LOMBOIS, *Droit pénal international*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1979.

⁵⁸ Antonio CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, pp. 23-25 ; Victoria ABELLAN HONRUBIA, « La responsabilité internationale de l'individu », *R.C.A.D.I.*, 1999, t. 180, p. 294.

« Les origines de la Convention révèlent l'intention des Nations Unies de condamner et de réprimer le génocide comme 'un crime de droit des gens' impliquant le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers, refus qui bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'humanité, et qui est contraire à la fois à la morale et à l'esprit et aux fins des Nations Unies (résolution 96 (I) de l'Assemblée générale, 11 décembre 1946). Cette conception entraîne une première conséquence : les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel. Une deuxième conséquence est le caractère universel à la fois de la condamnation du génocide et de la coopération nécessaire 'pour libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux' (préambule de la Convention). »⁵⁹

2.25. Une intention comparable, c'est-à-dire une intention liée au principe d'humanité et aux fins des Nations Unies, se retrouve dans le cas de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984. Ainsi, le préambule mentionne « la reconnaissance des droits égaux et inaliénables de tous les membres de la famille humaine » et « la dignité inhérente à la personne humaine »⁶⁰. Il rattache la Convention aux « principes proclamés dans la Charte des Nations Unies » et à son article 55, en vertu desquels « les Etats sont tenus (...) d'encourager le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales »⁶¹. Il rappelle l'existence de plusieurs instruments internationaux antérieurs, à portée universelle, qui proscrivent de manière absolue la torture : l'article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'article 7 du Pacte international sur les droits civils et politiques, la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1975⁶². De plus, la Convention a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1984 – jour anniversaire de l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme – par consensus⁶³. La volonté d'organiser la répression sur le plan international ne fait aucun doute puisque l'essentiel des articles de la première partie porte sur la matière pénale, que ce soit pour définir les actes de torture ou pour poser des obligations en matière de compétence et de procédure pénale⁶⁴.

⁵⁹ C.I.J., avis du 28 mai 1951, *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *Recueil*, 1951, p. 23.

⁶⁰ 2^{ème} et 3^{ème} alinéa du préambule.

⁶¹ 2^{ème} et 4^{ème} alinéa du préambule.

⁶² 5^{ème} et 6^{ème} alinéa du préambule.

⁶³ Résolution 39/46 de l'Assemblée générale des Nations Unies.

⁶⁴ On trouve également des dispositions sur les mesures administratives et les droits des victimes.

2.26. Reflet de cette nature particulière, les règles portant interdiction des violations graves des droits fondamentaux de la personne humaine engendrent des obligations *erga omnes*. On peut à cet égard rappeler la position exprimée par la Cour dans son arrêt du 5 février 1970 dans l'affaire de la *Barcelona Traction* :

« 33. (...) Une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les Etats. Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés ; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*.

34. Ces obligations découlent par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale. (...) »⁶⁵

2.27. La torture constitue à l'évidence un tel cas de violation grave des « droits fondamentaux de la personne humaine ». Sa forte stigmatisation dans le droit international contemporain apparaît notamment à la lecture des conventions de protection des droits de l'homme, puisque l'interdiction de la torture y fait toujours partie des normes auxquelles il est impossible de déroger⁶⁶. La communauté internationale des Etats manifeste ainsi son attachement à des « considérations élémentaires d'humanité »⁶⁷. Par ailleurs, le droit international humanitaire érige également les actes de torture en infraction lorsqu'ils sont commis dans le contexte d'un conflit armé et, ainsi que le relève le Congo⁶⁸, dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile. La qualification juridique appropriée peut devenir alors, dans un cas, le crime de guerre et, dans l'autre, le crime contre l'humanité. Ceci confirme, si besoin en était, que l'interdiction de la torture est non seulement une obligation *erga omnes*⁶⁹, mais est devenue un principe intransgressible du droit international coutumier⁷⁰.

⁶⁵ C.I.J., arrêt du 5 février 1970, *Barcelona Traction (Belgique c. Espagne)*, Recueil, 1970, §§ 33-34 de l'arrêt.

⁶⁶ Articles 4 §2 et 7 du Pacte international sur les droits civils et politiques ; article 3 et 15 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; articles 5 et 27 § 2 de la Convention américaine des droits de l'homme ; article 5 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

⁶⁷ C.I.J., arrêt du 9 avril 1949, *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie) (fond)*, Recueil, 1949, p. 22.

⁶⁸ Mémoire, p. 31.

⁶⁹ En ce sens, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, jugement, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, n°IT-95-17/1-T, 10 décembre 1998, § 153.

⁷⁰ Sur la notion et les critères retenus par la Cour : avis du 8 juillet 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Recueil, 1996, p. 257, au § 79.

2.28. Il est dès lors particulièrement inacceptable de tenter d'établir, comme le fait le demandeur⁷¹, une distinction selon que l'acte est commis ou non dans le cadre du « maintien de l'ordre public ». Accepter un tel raisonnement reviendrait à vider de toute substance les règles du droit international, car il y a de fortes chances pour que les auteurs d'actes de torture ou constitutifs d'un crime contre l'humanité s'abritent derrière une fonction de « maintien de l'ordre public » et même l'utilisent pour commettre l'infraction. Une telle « excuse » est d'ailleurs exclue par l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la Convention du 10 décembre 1984⁷².

2.29. Le Congo tente à ce propos d'établir une analogie entre la présente affaire et certains arrêts rendus par la Cour de justice des Communautés européennes⁷³. Un tel parallèle est fort peu convaincant. Il est tout d'abord étrange et même déplacé de comparer la liberté de circulation des marchandises en Europe, aussi éminent que soit ce principe dans l'ordre juridique communautaire, à l'interdiction de la torture, qui fait partie des normes les plus fondamentales du droit international et résulte du nécessaire respect de la dignité humaine. De plus, les arrêts cités sont des arrêts en manquement visant le comportement d'un Etat et se prononçant sur la responsabilité internationale de cet Etat au regard du droit communautaire. Cela n'a rien à voir avec les procédures conduites devant le juge français et qui font l'objet du présent litige. Celles-ci concernent la responsabilité pénale de certains individus et non la responsabilité de la République du Congo. Le fait que de telles infractions aient pu être commises par des agents exerçant une fonction de maintien de l'ordre ne vaut nullement exonération de responsabilité, que ce soit en droit interne ou en droit international. Les règles du droit international pénal traduisent justement l'idée d'une responsabilité pénale individuelle incluant les agents publics. Selon les principes de Nuremberg, « [l]a situation officielle des accusés (...) ne sera considérée ni comme une excuse absolutoire, ni comme un motif de diminution de peine »⁷⁴. Ce principe a été entériné par l'Assemblée générale des

⁷¹ Mémoire, pp. 34-35.

⁷² « Aux fins de la présente Convention, le terme 'torture' désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne (...) par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. »

⁷³ Mémoire, pp. 34-35, § 29.

⁷⁴ Article 7 du Statut du Tribunal militaire international, annexé aux Accords de Londres du 8 août 1945. V. également le Jugement du T.M.I. de Nuremberg, *Procès des grands criminels de guerre devant le tribunal militaire international, textes officiels en langue française*, tome I, *Documents officiels*, Nuremberg, 1947, p. 235.

Nations Unies et par la Commission du droit international des Nations Unies⁷⁵. Il figure dans les statuts des juridictions pénales internationales, au titre des principes de la responsabilité pénale internationale⁷⁶, et dans la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, compte tenu de la définition de l'infraction posée⁷⁷. Il fait indéniablement partie du droit international général.

2.30. Le mémoire de la République du Congo entretient en réalité la confusion entre la notion de responsabilité pénale des individus et celle d'immunité internationale. Il conclut ainsi son argumentation par une invitation « à reconnaître au ministre de l'intérieur, pour les faits qui ressortissent à l'exercice de ses fonctions de maintien de l'ordre public, une immunité analogue à celle dont bénéficie, pour d'autres raisons, le ministre des affaires étrangères »⁷⁸. Le problème qui est soulevé ne concerne donc pas la compétence en matière pénale, mais l'étendue des immunités internationales. Or, le fait que certains individus bénéficient d'une immunité internationale ne fait pas disparaître leur responsabilité, ne serait-ce que parce que l'Etat dont ils sont les représentants a toujours la faculté de lever une telle immunité. La question des immunités sera examinée plus loin dans ce contre-mémoire⁷⁹. On se limitera ici à relever que le passage se termine curieusement par une revendication d'immunité limitée au seul ministre de l'intérieur, ce qui contredit la généralité de l'argumentation qui précède⁸⁰.

2.31. Le droit international contemporain établit donc clairement que la commission d'un acte de torture est toujours proscrite, quel que soit le contexte, et constitutive d'une infraction internationale (*delicta juris gentium*)⁸¹. Les droits et obligations pouvant être attachés à cette règle au titre du droit international sont des droits et obligations *erga omnes*⁸². Tout Etat a par conséquent un intérêt juridique à assurer la répression des actes de torture.

⁷⁵ Résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies des 3 et 95 (I) des 13 février et 11 décembre 1946 ; Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 2^{ème} session, 5 juin-29 juillet 1950 (Principe III).

⁷⁶ Article 7 § 2 du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ; article 6 § 2 du Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, article 27 du Statut de la Cour pénale internationale.

⁷⁷ V. *supra*, § 2.28.

⁷⁸ Mémoire, p. 35.

⁷⁹ V. *infra*, Chapitre 3.

⁸⁰ Mémoire, pp. 34-35, § 29.

⁸¹ V. également les paragraphes suivants.

⁸² V., *mutatis mutandis*, à propos du génocide, l'arrêt de la C.I.J. du 11 juillet 1996, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie) (exceptions préliminaires)*, § 31 : « les droits et les obligations consacrés par la Convention sont des droits et des obligations *erga omnes*. »

2) *Des infractions dont le caractère international justifie une répression universelle*

2.32. La caractè̀re international de l'infraction implique qu'aucun Etat ne saurait contester le droit d'un autre Etat d'établir sa compétence pour en assurer la répression, quel que soit le lieu de commission ou la nationalité des personnes impliquées, dès lors qu'il existe un certain lien de rattachement avec l'État de la juridiction. Comme le soulignait la Cour internationale de Justice dans son avis du 28 mai 1951 à propos du génocide, une des conséquences de la nature de l'infraction est « le caractère universel à la fois de la condamnation (...) et de la coopération nécessaire (...) »⁸³. L'existence d'une telle règle spécifique du droit international coutumier apparaît au travers : a) des rapports entre droit conventionnel et droit coutumier ; b) des lois et de la pratique des Etats ; c) de la position d'organes internationaux.

a) Les rapports entre droit conventionnel et droit international coutumier

2.33. Le besoin de coopération au niveau international explique le nombre aujourd'hui élevé de conventions internationales qui définissent des infractions et qui reconnaissent le droit ou établissent l'obligation pour les Etats d'ajouter d'autres titres de compétence aux compétences territoriale et personnelle. Elles font dans certains cas appel à ce que la République du Congo nomme, à la suite d'une partie importante de la doctrine, « compétence universelle »⁸⁴. En réalité, une telle expression ne figure pas dans les conventions en question. Il s'agit d'une facilité de langage, peut-être contestable⁸⁵, qui désigne une obligation, mise à la charge des Etats, et dont le contenu est une alternative consistant soit à extradier soit à poursuivre les auteurs trouvés sur leur territoire⁸⁶. Une telle disposition figure dans les conventions suivantes : Convention de Genève du 20 avril 1929 pour la répression du faux-monnayage (article 9), Convention du 26 juin 1936 pour la répression du trafic illicite des drogues nuisibles (article 8), Convention de La Haye du 16 décembre 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (article 4), Convention unique du 30 mars 1961 sur les stupéfiants (article 36), Convention de Vienne du 21 février 1971 sur les substances psychotropes (article 22), Convention de Montréal du 23 septembre 1971 pour la répression d'actes illicites dirigés

⁸³ C.I.J., avis du 28 mai 1951, *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *Recueil*, 1951, p. 23.

⁸⁴ Mémoire, pp. 25s.

⁸⁵ V. *infra*, § 2.52.

⁸⁶ V. à ce propos *infra*, § 2.54.

contre la sécurité de l'aviation civile (article 5), Convention des Nations Unies du 14 décembre 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection diplomatique (article 3), Convention européenne du 27 janvier 1977 pour la répression du terrorisme (article 6), Convention de l'O.U.A. du 3 juillet 1977 sur l'élimination du mercenariat en Afrique (article 8), Convention de Vienne du 26 octobre 1979 sur la protection physique des matières nucléaires (article 8), Convention de New York du 17 décembre 1979 contre la prise d'otages (article 5), Convention des Nations Unies du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (article 5), Convention inter-américaine du 9 décembre 1985 pour la prévention et la répression de la torture (article 12), Convention de Rome du 10 mars 1988 pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime (article 6), Convention européenne du 4 novembre 1988 sur la protection de l'environnement par le droit pénal (article 5), Convention des Nations Unies du 4 décembre 1989 contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires (article 9), Convention des Nations Unies du 9 décembre 1994 sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé (article 3), Convention du 15 décembre 1997 pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (article 6), Convention internationale du 9 décembre 1999 pour la répression du financement du terrorisme (article 7), Convention des Nations Unies du 15 novembre 2000 contre la criminalité transnationale organisée (article 15). La République du Congo est d'ailleurs partie à un certain nombre d'entre elles, comme la Convention de Montréal de 1971 et, désormais, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

2.34. Le trait caractéristique de ces instruments conventionnels est d'obliger les Etats parties à établir dans leur droit interne les titres de compétence décrits. Or, faire apparaître conventionnellement une *obligation* pour les Etats parties d'établir tel ou tel titre de compétence suppose qu'ils aient au préalable le *droit* de le faire en vertu du droit international général. Le nombre extrêmement élevé de ratifications et d'adhésions à ces conventions démontre de surcroît une reconnaissance du caractère coutumier du *droit* d'exercer les compétences visées.

2.35. Si telle n'avait pas été le présupposé des Etats parties, il eût été nécessaire de poser le droit aussi bien que l'obligation en termes de réciprocité et de subordonner l'exercice de la compétence au fait qu'un autre ou que d'autres États, concernés par l'infraction *ratione loci*

ou *ratione personae*, étaient également parties à la convention. Or aucune de ces conventions ne comporte de clause de ce genre, et ce pour une raison assez évidente. Subordonner l'exercice de la compétence d'un Etat à l'accord de l'Etat du lieu de commission de l'infraction et/ou à l'accord de l'Etat de nationalité de l'auteur de l'infraction, voire éventuellement à l'accord de l'Etat de nationalité des victimes eût été contraire à la finalité même de ces conventions, qui est de favoriser la répression des crimes les plus graves. Cela eût été de plus peu compatible avec le caractère *erga omnes* des obligations qu'il s'agit de faire respecter, tous les Etats ayant un « intérêt juridique » au respect de ces obligations⁸⁷. L'absence de disposition relative à la réciprocité à propos des titres de compétence démontre donc que le droit des Etats d'établir de telles compétences était, au moment de l'adoption de ces instruments, considéré comme présent dans le droit international coutumier. Le but de ces conventions est de transformer le droit que chaque Etat tire du droit international général en une obligation.

2.36. Pour s'en tenir à la Convention contre la torture et les autres traitements cruels, inhumains ou dégradants, le préambule précise que les Etats parties se sont montrés « [d]ésireux d'accroître l'efficacité de la lutte contre la torture et les autres peines ou traitement cruels, inhumains ou dégradants dans le monde entier ». L'expression « dans le monde entier » exclut de toute évidence l'idée d'une condition implicite de réciprocité. Les travaux préparatoires font également apparaître la vocation universelle de la Convention, y compris dans ses aspects répressifs :

« les deux éléments importants du projet de convention sont le régime de juridiction universelle et le mécanisme d'application. L'intérêt du premier tient à ce que les responsables de tortures peuvent être poursuivis où qu'ils se trouvent. Il importe que la responsabilité d'enquêter sur les plaintes faisant état de tortures et d'engager des poursuites incombe à la communauté internationale. »⁸⁸

2.37. Il convient de relever que la République du Congo n'a jamais fait d'objection concernant les principes sur lesquels la Convention est fondée. Tout au contraire, l'attitude des autorités congolaises, antérieurement à la date d'entrée en vigueur de la Convention vis-à-vis de la République du Congo, a toujours été favorable à celle-ci. Ainsi, dans le rapport présenté en 1997 par la République du Congo devant le Comité des droits de l'homme, au

⁸⁷ C.I.J., arrêt du 5 février 1970, *Barcelona Traction*, *Recueil*, 1970, § 34 de l'arrêt.

⁸⁸ Nations Unies, Commission des droits de l'homme, 40^{ème} session, doc. E/CN.4/1984/SR.34.

titre de ses obligations résultant du Pacte international sur les droits civils et politiques, il est précisé que la nouvelle constitution congolaise du 15 mars 1992 comprend désormais une disposition relative à l'interdiction de la torture et autres traitements cruels, inhumains ou dégradants (article 16), ce qui doit permettre l'adhésion à la Convention⁸⁹. Par la suite, une loi autorisant l'adhésion a été adoptée par le Conseil national de transition et promulguée par le Président de la République du Congo le 15 août 1999. Enfin, le 30 juillet 2003, alors que la présente procédure devant la Cour internationale de Justice était déjà engagée, la République du Congo a adhéré à la Convention sans émettre de réserve ni faire de déclaration.

b) Les lois et la pratique des Etats

2.38. Anticipant ou s'inscrivant dans la tendance encouragée par les conventions précitées, de très nombreux Etats ont adopté des lois nationales pour assurer la répression des crimes internationaux indépendamment de leur lieu de commission ou de la nationalité des personnes impliquées. Ces lois ne se limitent cependant pas aux infractions définies conventionnellement, mais couvrent également des violations graves du droit international de nature coutumière. Cela est particulièrement vrai pour le crime contre l'humanité, dont l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale fournit aujourd'hui une définition. De telles œuvres législatives sont non seulement l'indice d'une pratique répandue, mais également d'une *opinio juris* émanant des différents législateurs et relative au fait que le droit international ne les empêche nullement d'adopter de telles règles de compétence en matière pénale⁹⁰. Aucune d'entre elles ne fait apparaître de restriction en termes de réciprocité.

2.39. L'un des exemples les plus anciens est le Code pénal éthiopien de 1957. Son article 17 § 1 a) prévoit que les juridictions éthiopiennes pourront poursuivre toute personne ayant commis, à l'étranger, « *an offence against international law or an international offence specified in Ethiopian legislation, or an international treaty or a convention to which Ethiopia has adhered* »⁹¹. La disposition permet ainsi l'incrimination par renvoi au droit international coutumier comme conventionnel. Semblable technique est également utilisée en relation avec le principe d'universalité par El Salvador (article 10 du Code pénal de 1998), ou

⁸⁹ Doc. CCPR/C/63/Add.5, 5 mai 1997, § 20.

⁹⁰ Et ce d'autant plus que, dans nombre de cas, le législateur national entendait transposer en droit interne les règles du droit international relatives aux infractions concernées.

⁹¹ Cité et commenté par Philippe GRAVEN, *An Introduction to Ethiopian Penal Law (Arts. 1-84 Penal Code)*, Faculty of Law Haile Selassie I University, Addis Abeba, Oxford University Press, 1965, p. 46.

encore par la Géorgie (articles 5 et 6 du Code pénal de 1999). D'autres Etats énumèrent ou définissent dans le droit interne les infractions concernées, comme les Pays-Bas, ou mêlent les deux techniques comme l'Espagne (article 23-4 de la Loi organique sur le pouvoir judiciaire) ou le Ghana (article 56 (4) du *Courts Act*). D'une manière générale, on observe que tous les grands systèmes de droit sont représentés : *common law* (Royaume-Uni), droit romano-germanique (article 6 du Code pénal allemand), droit chinois (article 9 du Nouveau Code pénal chinois de 1997), droit islamique (article 8 du Code pénal iranien). Les informations fournies par les Etats au Comité contre la torture font apparaître que plus de 80 Etats ont la possibilité, en vertu de leur droit interne, d'exercer des poursuites pour des actes de torture commis à l'étranger par des étrangers contre des étrangers⁹².

2.40. Certaines juridictions étatiques ont eu l'occasion de mettre en œuvre le principe d'universalité, notamment en matière de crimes contre l'humanité. La motivation s'appuie alors sur la nature de l'infraction. Un tel raisonnement a été tenu par la Cour de district de Jérusalem dans son jugement du 12 décembre 1961 dans la célèbre affaire *Eichmann* :

*« The abhorrent crimes defined in this Law are not crimes under Israel law alone. These crimes, which struck at the whole of mankind and shocked the conscience of nations, are grave offences against the law of nations itself (delicta juris gentium). Therefore, so far from international law negating or limiting the jurisdiction of countries with respect to such crimes, international law is, in the absence of an International Court, in need of the judicial and legislative organs of every country to give effects to its criminal interdictions and to bring the criminals to trial. The jurisdiction to try crimes under international law is universal. »*⁹³

L'analyse de la Cour de district de Jérusalem a été confirmée par l'arrêt du 29 mai 1962 de la Cour suprême d'Israël⁹⁴.

⁹² Ce paragraphe ainsi que les suivants s'appuient notamment sur Antonio CASSESE et Mireille DELMAS-MARTY (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Presses universitaires de France, Paris, 2002, vi-673p., et sur l'étude réalisée par Amnesty International, *Universal Jurisdiction : The Duty of States to Enact and Implement Legislation*, AI index : IOR 53/002-018/2001, September 2001 (CD-Rom), principalement à partir des informations transmises par les Etats dans leurs rapports périodiques aux organes internationaux de contrôle mis en place par traité. V. également les textes et décisions disponibles sur le site du Comité international de la Croix-Rouge : www.icrc.org.

⁹³ Traduction anglaise in *International Law Reports*, vol. 36, pp. 5-276, pour le passage cité, p. 26 (§ 12).

⁹⁴ Traduction anglaise in *International Law Reports*, vol. 36, pp. 277-342, pour le passage cité, p. 287 : « *The State of Israel therefore was entitled, pursuant to the principle of universal jurisdiction and in the capacity of a guardian of international law and an agent for its enforcement, to try the appellant.* »

2.41. Aux Etats-Unis, une Cour d'appel fédérale, saisie d'une demande en *habeas corpus* à propos d'une procédure d'extradition engagée contre M. Demjanjuk, a été amenée à s'interroger sur le titre de juridiction fondé sur l'universalité. Dans son arrêt du 31 octobre 1985, après avoir cité la Section 404 du *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* qui admet expressément un tel titre de manière à punir « *certain offenses recognized by the community of nations as of universal concern, such as piracy, slave trade, attacks on or hijacking of aircraft, genocide, war crimes, and perhaps terrorism* », elle déclare :

« *This 'universality principle' is based on the assumption that some crimes are so universally condemned that the perpetrators are the enemies of all people. Therefore, any nation which has custody of the perpetrators may punish them according to its law applicable to such offenses.* »⁹⁵

2.42. Tout aussi clairement, la Cour suprême canadienne, dans son arrêt du 24 mars 1994 dans l'affaire *Finta*, estime que :

« *The principle of universality permitted a state to exercise jurisdiction over criminal acts committed by non-nationals against non-nationals wherever they took place if the offence constituted an attack on the international legal order. In addition, there were acts which were crimes under international law which could be punished by any state which had custody of the accused.* »⁹⁶

2.43. Sur le même fondement, des procès ont été menés en divers pays dans les années 1990. En novembre 1994, un Musulman bosniaque a été condamné au Danemark pour des crimes commis dans un camp de prisonnier en Bosnie⁹⁷. De 1997 à 1999, quatre Serbes de Bosnie ont été condamnés en Allemagne pour des crimes commis en ex-Yougoslavie contre des Musulmans bosniaques pour crimes de guerre⁹⁸. En juillet 1997, un cas semblable a abouti à un acquittement en Suisse pour insuffisance de preuve⁹⁹. Des ressortissants rwandais

⁹⁵ *International Law Reports*, vol. 79, p. 545 (*Demjanjuk v. Petrovsky*).

⁹⁶ *International Law Reports*, vol. 104, p. 287.

⁹⁷ V. Rafaëlle MAISON, « Les premiers cas d'application des dispositions pénales des Conventions de Genève par les juridictions internes », *European Journal of International Law / Journal européen de droit international*, 1995, vol. 6, n°2, pp. 260-263.

⁹⁸ Affaire *Djaji*, Bayerisches Oberlandesgericht, jugement du 23 Mai 1997, 3 StR 20/96 ; affaire *Jorgi*, Oberlandesgericht Düsseldorf, jugement du 6 septembre 1997, confirmé par la Cour suprême fédérale, jugement du 30 avril 1999, 3 StR 215/98 ; affaire *Sokolovi*, Oberlandesgericht Düsseldorf, jugement du 29 novembre 1999, confirmé par la Cour suprême fédérale, jugement du 21 février 2001, 3 StR 372/00 ; affaire *Kuslji*, Bayerisches Oberlandesgericht, jugement du 15 décembre 1999, confirmé par la Cour suprême fédérale le 21 février 2001, 3 StR 244/00.

⁹⁹ Affaire *G.*, Tribunal militaire de division 1, Lausanne, 18 avril 1997, et Tribunal militaire de cassation, 5 septembre 1997. V. *American Journal of International Law*, 1997, vol. 92, p. 78.

ont été condamnés en Suisse et en Belgique pour des crimes commis lors du génocide rwandais¹⁰⁰.

2.44. Bien que n'ayant pas abouti à un procès, l'affaire *Pinochet* est certainement la plus connue en matière de torture. Pour s'en tenir aux procédures qui se sont déroulées au Royaume-Uni, où se trouvait Augusto Pinochet, la décision de la Chambre des Lords du 24 mars 1999 constitue un précédent important¹⁰¹. Lord Browne-Wilkinson, lisant le résumé de la position des lords, a considéré que :

« the basic proposition common to all, save Lord Goff of Chieveley, is that torture is an international crime over which international law and the parties to the Torture Convention have given universal jurisdiction to all courts wherever the torture occurs. »

Les six juges majoritaires admettent tous que la nature particulière de l'infraction en droit international justifie la compétence des juridictions anglaises comme espagnoles.

2.45. Les juridictions néerlandaises se sont également penchées sur un cas de torture, dans l'affaire *Bouterse*¹⁰². La Cour d'appel d'Amsterdam a estimé que, dès 1982, date à laquelle les faits avaient été commis au Surinam, le droit international coutumier donnait compétence aux Etats pour exercer une « compétence extraterritoriale (universelle) ».

c) La position d'organes internationaux

2.46. Le Conseil de sécurité des Nations Unies s'est montré favorable au mécanisme *aut dedere aut judicare*, incitant les Etats à y recourir ou à y souscrire dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. C'est ainsi que dans sa résolution 1333 (2000), il rappelle « les conventions internationales pertinentes contre le terrorisme et, en particulier, l'obligation qu'ont les parties à ces instruments d'extrader ou de poursuivre les terroristes » ; il réaffirme

¹⁰⁰ Pour la Suisse : affaire *Fugence Niyonteze*, Tribunal militaire de division 2, Lausanne, jugement du 30 avril 1999, modifié par le Tribunal militaire d'appel le 26 mai 1999, appel confirmé par le Tribunal de cassation le 27 avril 2001. Pour la Belgique : affaire *Higanirio, Ntezimana, Mukangango et Kizito*, Cour d'assises de l'arrondissement administratif de Bruxelles-Capitale, 8 juin 2001.

¹⁰¹ Chambre des Lords (Comité de 7 juges), *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet – Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police and Others Ex Parte Pinochet*, jugement du 24 mars 1999

¹⁰² Cour d'appel d'Amsterdam, 5^{ème} chambre, 20 novembre 2000, requêtes n° R 97/163/12Sv et R 97/176/12Sv. La Cour suprême, par sa décision du 18 septembre 2001, a cependant exigé que l'auteur soit présent sur le territoire néerlandais. V. *infra*, § 2.53.

également que « la répression du terrorisme international est essentielle pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales ». Dans la résolution 1373 (2001), il demande « à tous les Etats » de « devenir dès que possible partie aux conventions et protocoles internationaux relatifs au terrorisme, y compris la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme en date du 9 décembre 1999 », cette dernière comportant un tel mécanisme.

2.47. En matière de violation des droits fondamentaux de la personne humaine, l'Organisation des Nations Unies a donné l'exemple. Le 6 juin 2000, le Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies, à la tête de l'Administration transitoire des Nations Unies au Timor oriental, a établi par ordonnance des formations juridictionnelles spéciales (*panels*) disposant d'une « compétence universelle » pour connaître de certaines catégories d'infractions graves¹⁰³. Les infractions concernées sont le génocide, le crime contre l'humanité, les crimes de guerre, la torture¹⁰⁴. Si ces juridictions sont matériellement de nature interne, leur acte constitutif est formellement international, puisqu'il a été adopté par un organe subsidiaire des Nations Unies, sur le fondement de la résolution 1272 (1999) du Conseil de sécurité des Nations Unies.

2.48. La jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie doit également être mentionnée. En effet, dans le jugement du 10 décembre 1998 concernant l'accusé Anto Furundzija, une Chambre de première instance a très nettement pris position en faveur de l'universalité de la répression en matière de torture :

« De surcroît, à l'échelon individuel, à savoir celui de la responsabilité pénale, il semblerait que l'une des conséquences de la valeur de *jus cogens* reconnue à l'interdiction de la torture par la communauté internationale fait que tout Etat est en droit d'enquêter, de poursuivre et de punir ou d'extrader les individus accusés de torture, présents sur son territoire. En effet, il serait contradictoire, d'une part, de restreindre, en interdisant la torture, le pouvoir absolu qu'ont normalement les Etats souverains de conclure des traités et, d'autre part, d'empêcher les Etats de poursuivre et de punir ceux qui la pratiquent à l'étranger. Ce fondement juridique de la compétence universelle des Etats en matière de torture confirme et renforce celui qui, de l'avis d'autres juridictions, découle du caractère par essence universel du crime. On a estimé que les crimes internationaux étant universellement condamnés quel que soit l'endroit où ils ont été commis, chaque Etat a le droit de poursuivre et de punir les

¹⁰³ Ordonnance du 6 juin 2000, Doc. UNTAET/REG/2000/15, § 2.1 et 2.2.

¹⁰⁴ Les infractions sont définies dans les sections 4 à 7 de l'ordonnance 2000/15.

auteurs de ces crimes. Comme le dit de façon générale la Cour suprême d'Israël dans l'affaire *Eichmann*, de même qu'une juridiction des Etats-Unis dans l'affaire *Demjanjuk*, "c'est le caractère universel des crimes en question (c'est-à-dire des crimes internationaux) qui confère à chaque Etat le pouvoir de traduire en justice et de punir ceux qui y ont pris part." »¹⁰⁵

Sans qu'il soit utile que la Cour internationale de Justice s'interroge sur la valeur juridique de la norme interdisant la torture, force est de constater que celle-ci constitue aujourd'hui un principe intransgressible du droit international coutumier¹⁰⁶. Un tel constat renforce l'idée d'une nécessaire internationalisation de la répression. Elle place la torture au même niveau de réprobation que les infractions graves au droit international humanitaire, lesquelles peuvent être définies comme celles des violations du droit international humanitaire qui impliquent un droit pour les Etats d'établir leur compétence quel que soit le lieu de commission ou la nationalité des auteurs de l'infraction.

2.49. En conclusion, le droit international aussi bien que de nombreux droits internes admettent l'idée selon laquelle la nature internationale de certaines infractions implique que tout Etat ait le droit d'en assurer la répression. Une limite est cependant très généralement posée : la présence de l'auteur des actes reprochés sur le territoire de l'Etat qui met en œuvre sa compétence dite « universelle ». Cette restriction marque un point d'équilibre entre le nécessaire respect de la souveraineté pénale de chaque Etat et le besoin d'une coopération internationale efficace et raisonnée. Elle permet aussi de prendre en considération l'existence d'un lien particulier avec l'Etat qui exerce les poursuites.

B/ La condition de présence de l'auteur des actes reprochés sur le territoire de l'Etat qui exerce les poursuites

2.50. En l'absence d'un titre de compétence fondé sur le lieu de commission de l'infraction (compétence territoriale), ou sur la nationalité des personnes impliquées (compétence personnelle), ou sur une atteinte aux intérêts propres de l'Etat (compétence réelle), le lieu où se trouve l'auteur engendre un lien avec l'Etat de la juridiction qui justifie l'exercice de sa compétence pénale.

¹⁰⁵ T.P.I.Y., jugement, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, n°IT-95-17/1-T, 10 décembre 1998, § 156. Le jugement a été confirmé en appel (T.P.I.Y., arrêt, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, n°IT-95-17/1-A, 21 juillet 2000).

¹⁰⁶ V. *supra*, para. 2.27.

2.51. Il serait en effet curieux que le droit international empêche un Etat d'exercer des poursuites contre un individu qui se trouve sur son propre territoire et dont il y a des raisons sérieuses de penser qu'il a commis un crime de droit international. La violation des valeurs fondamentales de la communauté des Etats constitue par définition un trouble à l'ordre public de chacune de ses composantes. Il en va tout particulièrement ainsi lorsque l'Etat a défini l'infraction à la fois en commun avec ses pairs dans l'ordre international et dans son ordre juridique interne. En l'occurrence, les actes reprochés à M. Dabira constitueraient, s'ils étaient établis, des infractions aussi bien au regard du droit international que du droit français. Tel est le fondement de la compétence exercée par les autorités judiciaires françaises dans cette affaire.

2.52. Compte tenu de cet élément de rattachement au territoire, il n'est pas certain que l'expression « compétence universelle » soit des plus appropriées, même si elle est plus commode d'utilisation¹⁰⁷. Dans les opinions jointes à l'arrêt du 14 février 2002 dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, plusieurs juges de la Cour ont estimé qu'il ne s'agissait pas là de compétence universelle *stricto sensu*, en déclarant à ce propos :

*« By the loose language the latter has come to be referred to as 'universal jurisdiction', though this is really an obligatory territorial jurisdiction over persons, albeit in relation to acts committed elsewhere. »*¹⁰⁸

Cette analyse rejoint celle de la doctrine qui préfère parler d'un titre de compétence fondé sur le *forum deprehensionis* et insiste sur la présence de l'auteur sur le territoire¹⁰⁹. L'expression de « compétence universelle » devrait dès lors être réservée au titre de compétence établi en dehors de tout lien avec l'Etat du for, y compris le lien constitué par la présence de l'auteur sur son territoire. La véritable compétence universelle est une compétence inconditionnée, absolue. Or, ce cas de figure ne correspond nullement aux circonstances du présent litige, puisque la loi française pose la condition de présence de l'auteur sur le territoire de la République pour que la juridiction française puisse connaître de faits constitutifs d'une infraction internationale commis à l'étranger, par des étrangers, contre des étrangers. Ce

¹⁰⁷ C'est par commodité que l'on emploiera, ci-après, à propos de la loi française, l'expression de « compétence universelle », en la plaçant toutefois entre guillemets.

¹⁰⁸ *Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal*, § 41.

¹⁰⁹ Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes modernes du droit pénal international*, Sirey, Paris, 1928, pp. 135-136 ; M. Cherif BASSIOUNI, « Universal Jurisdiction for International Crimes – Historical Perspectives and Contemporary Practice », *Virginia Journal of International Law*, vol. 42, No.1, Fall 2001, pp. 136-137.

faisant, la loi française s'inscrit dans le « droit commun », pour reprendre les termes utilisés par la République du Congo dans son mémoire¹¹⁰.

2.53. Si l'on analyse la pratique des Etats, il est loisible de constater que la condition de présence sur le territoire est toujours requise, soit parce qu'elle est expressément posée par la loi, soit parce qu'elle est affirmée par le juge. Ainsi, dans l'affaire *Bouterse*, la Cour suprême néerlandaise a fait apparaître une condition de présence sur le territoire pour que la loi néerlandaise soit applicable¹¹¹. De ce point de vue, la loi belge du 16 juin 1993 constituait une exception puisqu'elle permettait des poursuites *in absentia*, ce à quoi la loi d'août 2003 a mis un terme.

2.54. Surtout, cette condition figure dans les conventions internationales organisant la répression des violations graves du droit international, au travers de l'alternative *aut dedere aut prosequi*. Celle-ci constitue de toute évidence un affinement technique appréciable, aussi bien en termes de précision des titres de compétence étatiques que d'efficacité de la coopération internationale. Si l'Etat a le choix entre *extrader* ou poursuivre, quelle que soit la façon dont ce choix s'exerce, c'est qu'il est potentiellement en situation d'être saisi d'une demande d'extradition par un autre Etat, donc que l'individu suspecté se trouve sur son territoire. Il existe différentes modalités de mise en œuvre de l'alternative en fonction des régimes conventionnels¹¹². Mais, dans tous les cas, l'alternative présuppose : 1/ que l'auteur de l'acte est présent sur le territoire de l'Etat qui s'engage à l'extrader ou à le poursuivre ; 2/ que l'Etat a en tout état de cause un titre de compétence en matière pénale du moment que l'individu est trouvé sur son territoire, sans quoi l'alternative serait réduite à l'une de ses branches.

2.55. La loi française est parfaitement conforme à la tendance indiquée par les conventions internationales et la pratique comparable des Etats : elle ne prévoit pas la compétence universelle absolue. L'article 689-1 du Code de procédure pénale dispose que l'auteur doit être présent sur le territoire français pour que les autorités judiciaires françaises soient compétentes aux fins de déclencher des poursuites, dans l'hypothèse où les actes ont été commis à l'étranger et où ni l'auteur ni les victimes n'ont la nationalité française. Cette

¹¹⁰ V. *supra*, para. 2.20.

¹¹¹ V. *supra*, para. 2.45.

¹¹² Pour la torture, v. *infra*, pars. 78-79.

disposition a été parfaitement respectée dans l'affaire dont la Cour a à connaître, puisque M. Dabira, qui a une résidence en France, y séjournait au moment où le juge d'instruction a été saisi.

2.56. Ainsi, la République du Congo n'est nullement fondée à contester l'attitude des autorités judiciaires françaises au regard du droit international général. Ceci étant, quand bien même il serait fait abstraction du droit reconnu à la France par la coutume internationale, la France pourrait invoquer les dispositions de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984, qui lui font obligation d'établir sa compétence lorsque l'auteur d'un acte de torture est trouvé sur son territoire.

Section 2 - En tout état de cause, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984, à laquelle le Congo est partie, oblige la France à établir la compétence de ses tribunaux pénaux pour connaître de situations telles que celle qui donne lieu au présent litige

2.57. La Convention est applicable au présent litige, comme l'admet le requérant lui-même. Sans cela, on ne voit pas pourquoi d'importants développements lui seraient consacrés dans le mémoire¹¹³. Il est dès lors nécessaire de présenter avec exactitude les droits et les obligations en résultant en matière de compétence pénale pour les Etats qui, comme la France, sont parties (§ 1). D'autre part, l'adhésion de la République du Congo à la Convention constitue un élément nouveau par rapport aux phases précédentes de la procédure engagée devant la Cour internationale de Justice ; il convient d'en préciser les effets (§ 2).

¹¹³ Mémoire, pp. 30-33.

§ 1 - Les dispositions de la Convention sont destinées à accroître l'efficacité de la lutte contre la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants dans le monde entier

2.58. La torture, telle qu'envisagée par la Convention, est une violation fondamentale des droits des individus dont la commission ou la tentative de commission engendre la responsabilité pénale individuelle. En vertu de l'article 4, doivent être constitutifs d'une infraction dans le droit pénal des Etats parties « tous les actes de torture ». Les dispositions de la Convention portant sur les titres de compétence étatiques sont à relier aux infractions auxquelles cet article fait référence.

2.59. L'objet principal de la Convention est l'établissement de titres de compétence étatiques de manière à lutter efficacement contre la torture. La Convention *oblige* les Etats parties à établir certains titres de compétences en droit interne et en précise certaines modalités d'exercice. Selon l'article 5 § 1, tout Etat partie est tenu d'établir sa compétence lorsque l'infraction a été commise sur « tout territoire sous [sa] juridiction ou à bords d'aéronefs ou de navires immatriculés dans cet Etat » (article 5 § 1 a), et lorsque « l'auteur présumé de l'infraction est un ressortissant dudit Etat » (article 5 § 1 b). Lorsque la victime est ressortissante de l'Etat, celui-ci a la faculté d'établir sa compétence (article 5 § 1 c). Une autre obligation apparaît à l'article 5 § 2, directement pertinent dans l'affaire faisant l'objet du litige devant la Cour, lorsque « l'auteur présumé [desdites infractions] se trouve sur tout territoire sous sa juridiction et où ledit Etat ne l'extrade pas ». Il ne s'agit pas là d'une compétence universelle inconditionnée, mais d'un mécanisme de type *aut dedere aut prosequi*, que l'Etat est tenu d'établir dans son droit interne. La branche de l'alternative *aut prosequi* rend indispensable l'établissement en droit interne d'une compétence pénale pour les actes de torture commis par des étrangers, à l'étranger, contre des étrangers, du moment que l'auteur se trouve sur un territoire placé sous la juridiction de l'Etat partie. La France satisfait à cette obligation grâce aux articles 689, 689-1 et 689-2 de son code de procédure pénale.

2.60. Il convient encore de noter que la Convention contre la torture comprend une disposition qui permet d'aller au-delà des titres de compétence envisagés aux paragraphes 1 et 2 de l'article 5 et reconnaît la liberté juridictionnelle de l'Etat. Selon l'article 5 § 3, « [l]a présente Convention n'écarte aucune compétence pénale exercée conformément aux lois

nationales ». Une telle clause est d'ailleurs classique et figure dans d'autres conventions en matière pénale¹¹⁴.

2.61. L'alternative *aut dedere aut prosequi* constitue de toute évidence un élément central du dispositif répressif. En effet, l'obligation correspondante est singulièrement renforcée par l'article 7 § 1 qui précise les modalités de mise en œuvre de l'article 5. L'Etat où l'auteur présumé d'un acte de torture est « découvert » a l'obligation de soumettre l'affaire « à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale », s'il ne l'extrade pas. Cette disposition est particulièrement remarquable car elle met l'accent sur le rôle de l'Etat sur le territoire duquel l'auteur de l'acte se trouve. Elle met en évidence l'objectif principal de la Convention qui est de permettre une répression efficace de la torture en évitant que ses auteurs ne trouvent un asile territorial.

2.62. Par ailleurs, l'article 7 § 2 renvoie à la procédure nationale applicable à « toute infraction de droit commun de caractère grave » pour l'exercice des titres de compétence dont l'article 5 prévoit ou autorise l'établissement. Dans l'affaire concernée, la procédure s'est déroulée conformément aux dispositions du code de procédure pénale français.

2.63. Les obligations conventionnelles, que ce soit au titre de l'article 5 ou au titre de l'article 7, pèsent sur tout Etat partie, indépendamment de la participation à la Convention d'autres Etats potentiellement compétents dans la même affaire. Ceci est conforme aussi bien à la logique de la responsabilité pénale individuelle qu'à l'objet de la Convention, et aucune disposition de la Convention ni aucun passage des travaux préparatoires ne suggère qu'il doive en aller autrement. La France, en exerçant sa compétence dans l'affaire qui fait l'objet du litige soumis à la Cour internationale de Justice, a donc agi dans le cadre des droits et obligations résultant de la Convention des Nations Unies contre la torture et autres traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984. Cela est d'autant plus certain que la Convention est également applicable dans les relations réciproques entre la France et la République du Congo, en raison de l'adhésion de celle-ci à la Convention.

¹¹⁴ V. notamment l'article 3 § 3 de la Convention de Tokyo du 14 septembre 1963 relative aux infractions et certains autres actes commis à bord des aéronefs.

§ 2 - L'adhésion de la République du Congo à la Convention

2.64. L'instrument d'adhésion de la République du Congo à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants a été déposé le 30 juillet 2003 auprès du Secrétaire général des Nations Unies. Conformément à son article 27 § 2, la Convention est entrée en vigueur à l'égard de la République du Congo le 29 août 2003. L'adhésion a eu, à partir de cette date, un effet immédiat la rendant applicable au présent litige. Qui plus est, en raison de son contenu, la Convention a un effet *ratione temporis* qui couvre l'intégralité de la procédure menée en France. La République du Congo ne saurait donc contester l'exercice par la France d'une compétence en matière pénale qui est parfaitement conforme aux droits et obligations résultant d'une Convention par laquelle elle est également liée.

A/ L'effet immédiat de l'adhésion

2.65. Le droit des traités prévoit qu'un traité produit des effets vis-à-vis d'un Etat partie à partir du moment où il entre en vigueur à son égard¹¹⁵. La Convention du 10 décembre 1984 comporte une disposition spécifique à ce propos, l'article 27 § 2, qui prévoit une entrée en vigueur « le trentième jour après la date du dépôt par cet Etat de son instrument de ratification ou d'adhésion ». L'adhésion congolaise a donc pris effet le 29 août 2003.

2.66. Or, l'affaire engagée en France et qui fait l'objet du présent litige devant la Cour internationale de Justice s'est poursuivie au-delà du 29 août 2003 et est toujours en cours. La présence de M. Dabira sur le territoire français au moment de l'engagement des poursuites a permis une saisine régulière du juge d'instruction, dont la compétence continue d'être établie. Les autorités judiciaires françaises mettent ainsi en œuvre la procédure pénale de droit commun en matière d'infractions de caractère grave, conformément à l'article 7 § 2 de la Convention¹¹⁶. L'enquête menée par le juge d'instruction français vise toujours des actes de torture commis sur le territoire congolais et continue à s'appuyer sur un titre de compétence reconnu dans la Convention du 10 décembre 1984. La Convention contre la torture et autres

¹¹⁵ Article 24 § 3 de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats du 23 mai 1969, qui reflète sur ce point l'état du droit coutumier.

¹¹⁶ V. *supra*, para. 2.62.

examiné par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du *Lotus*. La Cour permanente avait alors déclaré :

« La violation éventuelle des principes du droit international aurait consisté dans l'exercice de poursuites pénales contre le lieutenant Demons. Il ne s'agit donc pas d'un acte particulier de ces poursuites – tel que l'ouverture d'une instruction criminelle, l'arrestation, la détention préventive ou le jugement rendu par la Cour criminelle de Stamboul¹²⁰ –, mais bien du fait de l'exercice de la juridiction pénale turque comme tel. »

Si l'on devait analyser chaque acte de procédure de manière isolée, il ne s'agirait plus d'un litige entre deux Etats sur l'exercice des compétences étatiques, mais soit d'un litige relatif à l'application du droit français par le juge français, soit d'un litige résultant de la protection diplomatique exercée par la République du Congo en faveur d'un de ses ressortissants. On rappellera, quant à ce dernier point, que la procédure n'en est qu'au stade de l'instruction et que les voies de recours internes n'ont pas été épuisées par M. Dabira. La République du Congo l'admet d'ailleurs¹²¹.

2.69. La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants doit donc être appliquée de manière à déterminer les droits et obligations des parties au différend devant la Cour internationale de Justice. Cela est d'autant plus vrai que la Convention a, en raison de son contenu, un effet *ratione temporis* couvrant l'ensemble des faits.

B/L'effet *ratione temporis* de la Convention

2.70. Une distinction claire doit être faite entre la question de la date à laquelle un traité entre en vigueur et celle des effets dudit traité dans le temps¹²². La première porte sur le traité en tant qu'acte juridique, la seconde sur le contenu du traité en tant que norme juridique. L'article 28 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, intitulé « non-rétroactivité des traités », vise ce second aspect et pose une présomption quant aux effets *ratione temporis* d'un traité. Mais il ne concerne que certaines des situations juridiques possibles :

¹²⁰ C.P.J.I., Série A, arrêt n°9, p. 12.

¹²¹ Mémoire, p. 25.

¹²² V. notamment Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Vol. I, Grotius Publications Ltd, 1986 (rééd. Cambridge University Press, 1993), p. 388.

« A moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient pas une Partie en ce qui concerne un acte ou fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette Partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date. »

2.71. Le problème de droit soulevé dans le présent litige quant au premier moyen, à savoir la compétence des autorités judiciaires françaises, ne constitue ni un acte ou fait précisément situé dans le temps, ni une situation qui a « cessé d'exister » ; il s'agit d'une situation continue en cours¹²³. La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ne contient elle-même pas de disposition à ce sujet. Par ailleurs, il est admis que la rétroactivité – en réalité plus apparente que réelle en l'espèce, puisqu'il s'agit d'un effet immédiat sur les procédures en cours qui naît avec l'entrée en vigueur – peut résulter implicitement de l'objet du traité. L'arrêt du 30 août 1924 de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* est un précédent bien connu en ce sens¹²⁴. Dans le silence du traité quant à ses effets sur les situations continues en cours au moment de son entrée en vigueur, il convient de prendre en considération son objet et son but.

2.72. Le but de la Convention du 10 décembre 1984 est de protéger la « dignité inhérente à la personne humaine » et, pour ce faire, « d'accroître l'efficacité de la lutte contre la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants dans le monde entier »¹²⁵. L'ensemble du dispositif conventionnel doit être interprété à l'aune de cet objectif. Le raisonnement tenu par la Cour internationale de Justice dans son avis du 28 mai 1951 sur les *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* peut à cet égard servir de guide :

« La Convention a été manifestement adoptée dans un but purement humain et civilisateur. (...) Dans une telle convention, les Etats contractants n'ont pas d'intérêts propres ; ils ont seulement tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention. Il en résulte que l'on ne saurait, pour une convention de ce type, parler d'avantages ou de désavantages individuels des Etats, non plus que d'un exact équilibre contractuel à maintenir entre les droits et les charges. La considération des fins

¹²³ Sur ces différents cas, Paul TAVERNIER, *Recherches sur l'application dans le temps des actes et des règles en droit international public (Problèmes de droit intertemporel ou de droit transitoire)*, L.G.D.J., 1970, pp. 289s. ; Max SORENSEN, « Le problème du droit dit intertemporel dans l'ordre international », *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1973, vol. 55, pp. 35-47.

¹²⁴ C.P.J.I., Série A, n°2, p. 35.

¹²⁵ 3^{ème} et 7^{ème} alinéas du préambule.

supérieures de la Convention est, en vertu de la volonté commune des parties, le fondement et la mesure de toutes les dispositions qu'elle renferme. »¹²⁶

Pour ces mêmes raisons, la Cour a désormais compétence pour assurer l'application de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants à l'ensemble des faits faisant l'objet du présent litige.

2.73. Qui plus est, les dispositions de la Convention concernées portent sur une question de compétence juridictionnelle. De telles dispositions impliquent par nature un effet *ratione temporis* couvrant l'ensemble des affaires en cours au moment de l'entrée en vigueur. La Cour permanente de Justice internationale a posé en principe que sa propre compétence était établie pour les différends concernant des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de l'acte qui confère cette compétence¹²⁷. On ne voit pas pour quelle raison l'effet *ratione temporis* d'une convention internationale conférant un titre de compétence devrait être différent lorsque le titre est exercé par une juridiction interne plutôt que par une juridiction internationale. On observe également qu'il est communément admis, dans le cas des traités d'extradition, que ceux-ci sont applicables aux procédures visant des crimes commis avant leur entrée en vigueur¹²⁸. Ceci est particulièrement pertinent pour le titre de compétence résultant de l'article 5 § 2 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, puisque l'alternative *aut dedere aut prosequi* mêle étroitement compétence et extradition.

2.74. La Convention du 10 décembre 1984 est donc applicable aux relations juridiques entre la France et la République du Congo. La compétence des autorités judiciaires françaises au titre du droit conventionnel en est d'autant moins contestable. Il convient toutefois de rappeler qu'à défaut d'une telle *obligation*, la France dispose de toutes manières du *droit* d'établir sa compétence dans une telle hypothèse, conformément au droit international général.

¹²⁶ C.I.J., avis du 28 mai 1951, *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Recueil, 1951, p. 23.

¹²⁷ C.P.J.I., *Concessions Mavrommatis en Palestine*, Série A, n°2, p. 35 ; C.P.J.I., *Phosphates du Maroc*, Série A/B, n°77, p. 24.

¹²⁸ Paul TAVERNIER, *op. cit.*, pp. 187-189 ; Max SORENSEN, *op. cit.*, p. 42.

Section 3 - Les procédures pénales engagées en France ne méconnaissent ni un prétendu principe de subsidiarité ni la règle « *non bis in idem* »

2.75. Le paragraphe 27 du mémoire de la République du Congo entend traiter, selon ses propres termes, du « caractère subsidiaire de la compétence universelle en matière de tortures », cependant que le paragraphe 28 est intitulé « non respect par l'autorité judiciaire française du principe de subsidiarité ». Au titre du premier de ces deux paragraphes, l'argument de la République du Congo évoque de façon sommaire ce qu'il appelle « le mécanisme de la convention contre la torture » ; au paragraphe suivant, il fait reproche à l'autorité judiciaire française de ne pas avoir tenu compte de la procédure engagée près le tribunal de première instance de Brazzaville, dont il avait été informé par une lettre du 9 septembre 2002.

Le demandeur confond ainsi deux questions, distinctes quoique souvent corrélées : d'une part, celle de la subsidiarité, souvent attribuée en doctrine à l'exercice de la « compétence universelle » ; d'autre part, celle du jeu éventuel de la règle « *non bis in idem* », interdisant le dédoublement de jugements relatifs aux mêmes faits.

S'agissant en réalité de deux questions parfaitement distinctes, il y a lieu de traiter successivement de l'une puis de l'autre.

§ 1 - La « compétence universelle » ne présente pas un caractère nécessairement subsidiaire

2.76. Contrairement à ce que suggère le très bref paragraphe 27 du mémoire congolais, la question de la « subsidiarité » qui s'attache à l'exercice de la « compétence universelle » ne se limite pas à l'examen de la convention de New York de 1984 contre la torture. Le droit spécial constitué par cet instrument conventionnel ne s'apprécie, notamment quant à sa signification et à sa portée, qu'à raison de son apport aux règles pertinentes existant déjà en droit international général. Il faut donc, ici encore, partir de l'état du droit international coutumier, pour examiner, ensuite, en quoi ce dernier se trouve complété ou modifié par les dispositions de la convention de 1984.

A/ La « subsidiarité » et le droit international coutumier

2.77. Comme il a été analysé à la section précédente du présent chapitre, le droit coutumier en matière d'exercice de la compétence judiciaire à l'égard d'infractions commises à l'étranger sur et par des étrangers ne comporte aucune interdiction de principe. Il s'analyse simplement en termes de droits ou de facultés, non en termes d'obligation d'établissement ou d'exercice d'une telle compétence. Comme on l'a vu, c'est ce qu'atteste, en particulier, la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire du Lotus¹²⁹ : s'agissant de la compétence normative, par opposition à la compétence exécutoire, l'arrêt atteste que chaque Etat dispose d' « une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives »¹³⁰ : seules sont susceptibles d'être poursuivies par un autre Etat que celui de leur nationalité les personnes ne bénéficiant pas d'une immunité de juridiction, liée à leur statut, condition pleinement remplie par la France dans la présente affaire¹³¹ ; ne sont susceptibles de poursuites en application de la « compétence universelle » que certains types d'infractions, suffisamment graves pour porter atteinte aux droits et intérêts reconnus à et par tous les Etats, ainsi qu'il en est de la pratique de la torture ; enfin, l'existence d'un *lien de rattachement suffisant* entre l'Etat auteur des poursuites et la personne supposée être l'auteur des crimes concernés doit être établie. La *présence* de la personne supposée être l'auteur des crimes sur le territoire de l'Etat au moment où celui-ci entame des poursuites contre elle constitue à cet égard un lien suffisant. Cette condition était réalisée au moment du déclenchement des poursuites à l'encontre du Général Dabira.

2.78. Il en résulte que la « compétence universelle » ne peut généralement jouer aussi aisément que celles susceptibles d'être mises en œuvre par l'Etat sur le territoire duquel les crimes ont été commis ou par celui dont l'auteur de ces crimes a la nationalité, lesquels peuvent agir de façon inconditionnée.

Pour autant, en droit international général, conditionnelle, la « compétence universelle » n'est pas pour autant « supplétive ». En effet, si les conditions précédentes sont respectées, comme c'est le cas en l'espèce, le droit international général autorise l'exercice *concurrent* de compétences judiciaires exercées par deux Etats à l'égard des *mêmes* personnes ayant commis les *mêmes* faits.

¹²⁹ V. *supra*, pars. 2.7 à 2.14.

¹³⁰ C.P.J.I. Série A, n°9, p. 19.

¹³¹ V. *infra*, pars. 3.33 à 3.47.

Ainsi, par exemple, d'actions judiciaires concurremment engagées, d'une part, par l'Etat du « *locus delicti commissi* » ou par celui de la nationalité active, et, d'autre part, par un autre Etat qui ne serait pas nécessairement celui de la nationalité passive.

2.79. Comment, dès lors, organiser au mieux l'exercice de compétences concurrentes ? Force est ici de constater que le droit international général, abordant la matière en termes de *droits ou facultés d'exercice de la compétence judiciaire* et non d'obligation, ne comporte pas de règle faisant nécessairement ou automatiquement passer, par exemple, l'exercice des compétences de l'Etat du lieu de l'infraction *avant* celui de la compétence d'un autre Etat dont l'action satisferait par ailleurs les exigences posées par le droit positif.

En ce sens, on peut dire qu'il ne découle nullement du droit international coutumier un quelconque « principe de subsidiarité » venant s'ajouter aux conditions précédemment décrites pour ouvrir droit à la mise en œuvre de la « compétence universelle ».

2.80. On chercherait vainement, en particulier, un fondement solide en droit coutumier à une norme qui prendrait une forme vérifiant l'adage « *primo dedere secundo prosequi* ». C'est même notamment pour cette raison d'absence de règle applicable à l'articulation des compétences pénales exercées parallèlement dans différents pays que s'est développé un réseau dense de conventions, bilatérales ou multilatérales, réglementant les conditions d'extradition d'une personne d'un pays vers un autre. La matière de l'extradition ne s'inscrit pas, d'ailleurs, seulement dans le champ du droit conventionnel. Elle résulte également du jeu combiné des droits nationaux respectifs des Etats concernés¹³².

2.81. Dans la pratique internationale, ce que l'on peut tout au plus constater, sur le plan du fait et non du droit, est la chose suivante : l'Etat du lieu de l'infraction ou celui de la nationalité de l'auteur se trouve souvent, en pratique, dans une situation plus favorable pour mener à bien une action pénale à l'encontre de la personne dont ils ont des raisons de penser qu'elle a commis un crime présentant les caractères de gravité précédemment décrits. C'est notamment le cas pour ce qui concerne la réunion des moyens de preuve.

Cette commodité des poursuites explique que les Etats autres que l'Etat du lieu de l'infraction ou que celui de la nationalité active préfèrent souvent extradier la personne appréhendée sur

¹³² V. notamment G. Gilbert, *Aspects of Extradition Law*, Nijhoff, Dordrecht, 1991, XIII-282 p. ; Y. Dinstein, « Some Reflections on Extradition », *German Yearbook of International Law*, 1993, pp. 46-59.

leur territoire vers l'un de ces Etats, plutôt que de la soumettre à une procédure pénale devant leurs propres tribunaux.

Il n'y a cependant là aucune obligation ; du moins en droit coutumier, c'est-à-dire en l'absence d'obligation conventionnelle, un Etat peut parfaitement refuser une extradition, sans pour autant se rendre coupable d'un fait illicite. La pratique est surabondante à cet égard. C'est ainsi que le Royaume-Uni, notamment, refuse souvent, en l'absence de convention d'extradition le liant à un Etat déterminé, de déférer à la demande émanant de celui-ci lorsqu'il lui demande l'extradition d'un individu particulier. Nul, à l'égard d'une telle pratique, n'a pourtant jamais songé à invoquer la violation du droit international coutumier. C'est à la République du Congo qu'il appartiendrait d'apporter la preuve du contraire quant à la situation du droit international positif ; or, elle ne se risque même pas, dans son mémoire, à seulement évoquer les données du droit coutumier en la matière. Ainsi, les seules obligations qui pèsent sur un Etat pour exercer sa « compétence universelle » sont-elles celles rappelées plus haut¹³³.

On ne doit, en d'autres termes, pas confondre, en droit international général *conditionnalité* et *subsidiarité* d'une action s'appuyant sur une « compétence universelle ».

2.82. Une question toute différente, confondue, à tort, par le mémoire du Congo avec la précédente, est celle de savoir si et dans quelle mesure le jeu de la règle « *non bis in idem* » trouverait à s'appliquer, en fonction d'une situation déterminée. Cependant, comme on le verra plus loin, dans le second paragraphe de cette même section, ce problème ne touche pas à la priorité d'exercice d'une compétence judiciaire par rapport à une autre mais au principe, de droit matériel, selon lequel les auteurs des mêmes faits ne sauraient être jugés deux fois.

2.83. Pour en rester à l'examen spécifique de la question de la « subsidiarité » de la « compétence universelle », il convient donc à présent de se tourner vers le droit conventionnel, et, spécifiquement, celui constitué par la convention de New York de 1984 ; ceci, afin de voir si, contrairement au droit coutumier, cette convention établit quant à elle une « subsidiarité » de la « compétence universelle » dont elle prévoit l'établissement par les Etats parties, par rapport à celle que sont susceptibles d'exercer, de façon inconditionnée, l'Etat du territoire ou celui de l'auteur de l'infraction.

B/ La « subsidiarité » et la convention contre la torture

2.84. Concernant l'exercice des compétences judiciaires, on a déjà vu plus haut¹³⁴ que la disposition établissant l'obligation la plus déterminante se trouve à l'article 5. Il établit d'abord que tout Etat partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des actes de torture dans deux séries de situations, que l'on peut résumer comme suit : a) quand l'infraction a été commise sur son territoire ou dans toute zone ou véhicule placés sous sa juridiction ; b) quand l'auteur présumé de l'acte de torture est son ressortissant (ou, s'il le juge approprié, si la victime de ces actes est son ressortissant). Ceci ne veut pas dire pour autant que l'Etat partie n'est pas compétent à l'égard d'infractions commises hors de son territoire et par un auteur présumé qui n'est pas son ressortissant. Dans de tels cas, le droit coutumier continue à jouer ; et, comme on l'a vu, il permet l'exercice des poursuites aux conditions rappelées.

De plus, il existe une disposition spécifique dans la convention qui oblige l'Etat partie à établir la « compétence universelle » de ses tribunaux. L'article 5.2 mérite en effet à cet égard une attention particulière. Il fait obligation à tout Etat partie de prendre :

« 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 Etat ne l'extrade pas (...) ».

2.85. S'agissant de l'analyse de l'article 5 de la convention contre la torture, la République du Congo tente une ébauche d'argument juridique. D'après son mémoire, c'est dans cet article, et plus précisément à son paragraphe premier, que l'on devrait trouver le témoignage du caractère « subsidiaire » de la « compétence universelle » à l'égard des crimes visés par la convention. Le mémoire s'exprime en ces termes :

*« Compétence subsidiaire : l'Etat sur le territoire duquel l'auteur de l'infraction se trouve doit l'extrader ou engager des poursuites à son encontre, mais les Etats les plus directement intéressés restent ceux qui sont énumérés 'au paragraphe premier de l'article 5', c'est-à-dire l'Etat dont la victime est un ressortissant, l'Etat sur le territoire duquel les faits ont été commis. »*¹³⁵.

¹³³ V. *supra*, même section, § 3.

¹³⁴ V. *supra*, section précédente, § 1.

¹³⁵ Mémoire de la République du Congo, p. 33, paragraphe 27.

2.86. Le mémoire du demandeur fait ainsi implicitement référence à l'article 7 de la convention contre la torture. C'est lui, en effet, qui détermine les conditions d'exercice de la règle conventionnelle « *aut dedere aut prosequi* » dont on sait qu'on la trouve dans nombre de conventions relatives à la lutte contre différents crimes frappant les intérêts communs à tous les Etats. Plusieurs de ces instruments, mais pas tous, touchent à la lutte contre différentes formes de terrorisme¹³⁶.

Il n'est pas nécessaire de se livrer ici à une réflexion abstraite sur la question de savoir si une alternative établit par définition la parité entre les deux branches qui la composent ou si l'on pourrait, en certains cas, considérer qu'elle va plus loin, pour énoncer un ordre de priorité. Certaines considérations peuvent sans doute amener à penser que plusieurs des conventions instituant un tel système ont été conçues dans l'idée implicite d'une priorité d'action laissée à l'Etat du lieu de l'infraction ou de la nationalité active.

2.87. Toujours est-il qu'en l'espèce, il convient de se concentrer sur la seule convention de 1984 contre la torture, telle qu'elle découle de la volonté de ses promoteurs. Or, la volonté des Parties est vérifiable notamment dans les commentaires autorisés de la convention¹³⁷, mais plus encore, dans ses travaux préparatoires.

A l'égard des auteurs supposés d'actes de torture mis en détention provisoire sur le territoire d'un Etat membre dont ces individus n'ont pas la nationalité, l'article 7 reconduit l'option classique : soit extradier, soit juger¹³⁸.

L'article 7.1 doit être ici interprété en relation avec l'article 5.2 dont on a vu plus haut¹³⁹ qu'il fait obligation aux Etats parties de doter leurs tribunaux de la compétence nécessaire pour connaître des actes de tortures dans les cas autres que ceux cités à l'article 5.1 (compétence territoriale, nationalité active et, le cas échéant, passive).

¹³⁶ V. notamment la convention de La Haye du 16 décembre 1970 élaborée au sein de l'Organisation de l'Aviation civile internationale pour la répression de la capture illicite d'aéronefs ; la convention de Montréal du 23 septembre 1971 pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile ; la convention de New York du 14 décembre 1973 sur la prévention et la répression des infractions dirigées contre les agents diplomatiques ; la convention de New York du 17 décembre 1979 concernant la prise d'otages ; la convention de Vienne du 3 mars 1980 sur la protection physique des matières nucléaires ; le protocole de Montréal du 24 février 1988 relatif à certaines violences commises dans les aéroports ; la convention de Rome du 10 mars 1988 pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime ; le protocole du 10 mars 1988 concernant la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental.

¹³⁷ V. notamment le commentaire en ce sens de J. Herman Burgers et H. Danelius, *The United Nations Convention against Torture – A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Dordrecht/Boston/ London, 1988, p. 133 et 137 ; M.Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international – Droit et obligations pour les Etats de poursuite et juger selon le principe de l'universalité*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Genève/Munich, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 349.

¹³⁸ Concernant l'extradition, l'article 8 prévoit une extension automatique à tout traité ayant cet objet et passé par un Etat partie à la convention contre la torture l'option que cette dernière institue à l'article 7.

2.88. C'est la combinaison de ces deux dispositions qui rend possible l'exercice de la compétence dite « universelle » sans que rien n'indique son prétendu caractère subsidiaire dans aucune disposition de la convention.

L'article 7 confirme également, ainsi que l'indiquait déjà l'article 5 paragraphe 3, que l'exercice de la compétence pénale de l'Etat partie à l'égard de l'individu qu'il décide de juger se fait dans le cadre de la législation pénale nationale¹⁴⁰.

Ainsi que l'indique la lettre même de l'article 7, paragraphe premier, cette disposition offre une *liberté d'option* entre les deux possibilités offertes à l'Etat sur le territoire duquel il a découvert l'auteur présumé d'un acte de torture¹⁴¹. Cet article veut offrir un véritable choix à l'Etat concerné ; il ne lui dicte pas un ordre de priorités mais il le laisse libre, soit d'extrader, soit de poursuivre, en fonction de ce qu'il jugera le plus opportun, compte tenu, notamment, de l'identité du pays demandant l'extradition et de la qualité de la personne du tortionnaire présumé, selon qu'il est ou non un agent de cet État (et sous réserve, naturellement, des règles spéciales figurant dans d'éventuelles conventions d'extradition applicables entre les deux États).

2.89. Si l'on doutait que cette lecture de l'article 7 fût la bonne, on trouverait confirmation de sa pertinence dans la consultation des travaux préparatoires. Il en ressort en effet, pour reprendre les termes du rapport de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies sur sa quarantième session¹⁴² que :

« les deux éléments importants du projet de convention sont le régime de juridiction universelle et le mécanisme d'application. L'intérêt du premier tient à ce que les responsables de tortures peuvent être poursuivis où qu'ils se trouvent. Il importe que la responsabilité d'enquêter sur les plaintes faisant état de tortures et d'engager des poursuites incombe à la communauté internationale ».

¹³⁹ Cf. *supra* par. 2.87.

¹⁴⁰ V., à cet égard, la remarque faite par les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal au paragraphe 38 de leur opinion commune sous l'arrêt précité du 14 février 2002.

¹⁴¹ Aucun des éléments que comporte cette disposition comme, du reste, tout le reste de la convention ne mentionne, ne suggère ou n'implique, au cas où une Partie contractante engagerait des poursuites à l'égard d'un étranger, une autorisation préalable concédée par l'Etat de nationalité de cet individu, qu'il soit un Etat partie ou non. V. Doc. E/CN.4/1982/WG.2/WP.5 et E/CN.4/1983/63, p. 6 et 7.

¹⁴² E/CN.4/1984/SR.34, p. 17.

Ainsi, l'objectif prioritaire de la convention est-il de garantir que les crimes de torture, où qu'ils aient été commis, y compris dans des Etats non parties à la convention, ne restent pas impunis.

2.90. A ce titre, les rédacteurs de la convention voulaient que l'Etat partie sur le territoire duquel l'auteur du crime de torture était arrêté *puisse avoir la possibilité de refuser l'extradition*. Tel est le cas, en particulier, lorsque celle-ci est sollicitée par l'Etat sur le territoire duquel l'acte ou les actes de tortures ont eu lieu. S'il s'avère, notamment, que la personne en cause est un agent de cet Etat et a agi en cette qualité lors de la perpétration des actes qui lui sont reprochés, l'extradition pourra sembler inopportune et, par conséquent, refusée. La crainte des promoteurs de la convention était en effet que, dans un tel cas, les organes judiciaires de l'Etat qui demande son rapatriement soient peu soucieux de poursuivre diligemment l'instrument d'une politique décidée ou tolérée souvent à un échelon élevé de sa propre hiérarchie gouvernementale. C'est ce qui ressort notamment du rapport du groupe de travail sur le projet de convention de 1984¹⁴³.

2.91. En tout état de cause, l'idée d'une priorité de compétence conférée à l'Etat du territoire du crime ou à celui de la nationalité active, (souvent identiques en pratique, comme c'est ici le cas) a été explicitement refusée lors des débats préparatoires.

Les délégations de l'Argentine et de la Chine, la première avec netteté, la seconde de façon plus nuancée, avaient en effet manifesté au sein du groupe de travail constitué par la Commission des droits de l'homme, lors de la session allant du 24 au 31 janvier 1983, leur opposition au principe de la compétence dite « universelle ».

Pour tenter de trouver un moyen terme entre les positions en présence, celle des partisans et celles des opposants à la « compétence universelle », la délégation brésilienne avait alors proposé de ne donner compétence à l'Etat sur le territoire duquel avait été arrêté l'auteur présumé de l'infraction que « si l'extradition n'[était] pas demandée dans les 60 jours par les catégories d'Etat citées à l'article 5.1 ou si l'extradition [était] refusée ».

Or, cette solution a été repoussée.

Il est ainsi confirmé que l'article 7 de la convention ne subordonne pas l'exercice éventuel de la « compétence universelle » à l'échec d'une démarche préalable d'extradition de l'individu

¹⁴³ Commission des droits de l'homme – 40ème session E/CN.4/1984/63, p. 5 et E/CN.4/1984/72. V. Burgers and Danelius, *The UN Convention against torture : A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, op.cit. supra, p. 85. On notera que la Chine a retiré son opposition au principe de la « compétence universelle » en 1984. V. Doc. E/CN.4/1983/63, p. 6 et 7.

concerné vers l'Etat du territoire ou celui de la nationalité de l'auteur de l'infraction. Entre les deux termes, *ou* extraditer *ou* poursuivre, il y a relation d'équivalence ; pas de priorité du premier sur le second. *A fortiori*, en l'absence de toute demande d'extradition, la convention n'exige aucunement que l'État sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé s'abstienne d'engager ou de poursuivre une procédure pénale pour la seule raison qu'une procédure a été engagée, en raison des mêmes faits, par l'État du lieu de l'infraction ou celui de la nationalité du suspect. En d'autres termes, la convention contre la torture n'établit pas la subsidiarité de la « compétence universelle ».

2.92. La rédaction de la convention confirme enfin que ses auteurs partent d'un présupposé, résultant du droit coutumier : il n'y a nulle nécessité à ce que l'Etat du *locus delicti commissi* ou celui de la *nationalité* de la personne poursuivie soient parties à la convention pour que le système qu'elle établit puisse fonctionner. La participation de tels Etats n'eût été nécessaire qu'en partant de l'idée que ces Etats ont en principe une sorte de droit exclusif à exercer leur compétence à l'égard des personnes soupçonnées d'avoir commis le crime de torture. Or, ceci ne résulte nullement du droit international général, ainsi qu'il a été démontré plus haut.

Le système conventionnel aboutit finalement, en plus de l'acquis issu du droit coutumier, à assurer que tous les Etats membres prendront les dispositions nécessaires pour que ce qui n'était qu'une faculté de poursuite soit renforcé par une série d'obligations dont le jeu combiné aura pour conséquence de rendre plus effective, par un Etat partie ou par l'autre, la punition des auteurs d'actes de tortures.

2.93. On peut, en tout cas, s'agissant de la « subsidiarité » souvent attribuée à l'exercice de la « compétence universelle » constater que ce caractère n'est ni fondé en droit coutumier ni dans le système établi par la convention de 1984 contre la torture. Dans le premier cas, il est exact que l'Etat du lieu de l'infraction et celui de la nationalité active (parfois, celui de la nationalité passive) bénéficient d'un avantage de fait, lié à la facilité plus grande qu'ils auront de mener une action judiciaire à l'encontre du tortionnaire présumé. Dans le second cas, il résulte de la lettre de l'article 7 combinée à celle de l'article 5.2 et confirmée par l'examen des travaux préparatoires que les promoteurs de la convention ont précisément entendu laisser la possibilité à l'Etat ayant arrêté l'auteur des actes incriminés de refuser son extradition vers son Etat de nationalité ou celui sur lequel la torture a eu lieu.

§ 2 - La règle « non bis in idem » est sans pertinence aucune dans la présente affaire

2.94. On constatera ci-après que la règle doit être à la fois examinée en droit international public et dans le droit du pays au sein duquel elle pourrait être amenée à jouer, en l'occurrence le droit français.

A/ La règle « non bis in idem » en droit international public

2.95. Ainsi qu'il a été rappelé plus haut, le mémoire de la République du Congo, commettant une erreur de droit, établit une confusion entre la prétendue « subsidiarité » de la « compétence universelle » qu'il veut voir dans le texte de la convention contre la torture et l'application de la règle « non bis in idem ». Cette confusion peut s'expliquer par le fait qu'à première vue, l'exercice prétendument subsidiaire de cette compétence et celui de la règle précitée peuvent apparaître comme deux moyens d'établir une priorité des poursuites en faveur de l'Etat du lieu de commission de l'infraction ou de la nationalité de son auteur.

2.96. En réalité, on doit constater, non seulement, comme il a été vu plus haut, que la prétendue « subsidiarité » de cette compétence n'existe ni en droit coutumier ni dans celui de la convention contre la torture, mais que, de toute façon, la « ratio legis » de l'une et l'autre règle, si jamais l'on considérait que la première existe, est totalement distincte.

Dans un cas, il s'agirait d'établir une hiérarchie procédurale des Etats appelés à exercer des poursuites.

Dans l'autre, celui du jeu de la règle « non bis in idem », il s'agit de garantir un droit de la personne ; son titulaire est l'auteur de l'infraction lui-même. Ainsi que l'atteste le paragraphe 7 de l'article 14 du Pacte international sur les droits civils et politiques :

« nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays. »

2.97. Il résulte de la formulation conventionnelle de la règle « non bis in idem » dans le Pacte des Nations Unies précité que, si l'on voulait voir dans ladite règle un principe général, ce qui a pu être défendu en doctrine, il resterait que son application varierait, au cas par cas, en fonction des données de la loi nationale applicable.

Au demeurant, il paraît difficile, précisément en raison de la variabilité de ses conditions d'application, d'y voir un principe général de droit, voire un principe général de droit international pénal. Sans qu'il soit besoin, en l'occurrence, de trop s'appesantir sur ce point, on relèvera d'ailleurs, fût-ce à titre d'indice, que si la règle est bien recensée dans le Statut de Rome établissant la Cour pénale internationale à son article 20, elle n'a pas été classée parmi les « principes généraux de droit pénal », qui vont de l'article 22 à l'article 31 inclus.

2.98. Il est, par conséquent, plus rigoureux de s'en tenir au contenu de la règle tel qu'il est établi dans le texte de l'article 14.7 du Pacte précité, auquel la République du Congo comme la France sont parties.

On constatera alors que la règle « *non bis in idem* » ne vise pas le simple déclenchement d'une procédure. Elle reste, au contraire, subordonnée à l'adoption d'un « jugement définitif » dans un Etat. Or, on sait qu'en l'espèce, aucun jugement définitif n'a été rendu à l'encontre du général Dabira ou, d'ailleurs, de toute autre personne ayant participé aux mêmes faits, par une juridiction congolaise, quelle qu'elle soit.

Qui plus est, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a interprété l'article 14 paragraphe 7 du Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques précité comme s'appliquant aux juridictions *d'un même Etat*¹⁴⁴. Il faut par conséquent en conclure que, même au cas de jugement définitif du général Dabira dans la République du Congo pour les mêmes faits que ceux qui lui sont reprochés devant une juridiction française, il n'y aurait pas lieu à application de la règle « *non bis in idem* » au sens du droit international conventionnel, ni, *a fortiori*, sur le fondement du droit international coutumier.

B/ La règle « *non bis in idem* » en droit français

2.99. La règle en cause existe bien en droit français. A cet égard, ce dernier va, dans une large mesure, bien au-delà des exigences du droit international dans la mesure où en certains cas, il tient compte de jugements prononcés en matière pénale à l'étranger. Elle ne peut cependant jouer qu'à des conditions très précises. En tout état de cause, la seule existence d'une procédure engagée devant le tribunal de première instance de Brazzaville ne saurait avoir d'effet sur celle qui est parallèlement menée en France à propos des mêmes faits. On reprendra ci-après ces différents points.

2.100. En premier lieu, le droit français admet le jeu de la règle mais dans des conditions très précises. Ainsi, la règle « *non bis in idem* » ne s'applique pas lorsque les faits ont été commis sur le territoire français ou sont réputés l'avoir été. Ceci résulte des articles 113-2 à 113-5 du code pénal. A cet égard, la jurisprudence a eu l'occasion de rappeler qu'aucune disposition de droit interne n'interdit de poursuivre, devant les juridictions françaises, une personne condamnée à l'étranger, pour un crime ou un délit commis sur le territoire de la République française¹⁴⁵. Ce principe s'applique lorsque la France a une compétence personnelle active (auteur français pour des faits commis à l'étranger) ou passive (victime française pour des faits commis à l'étranger), ainsi que l'attestent les articles 113-6, 113-7 et 113-9 du code pénal.

2.101. Quoiqu'il en soit, l'article 113-10 du code pénal ne fait aucune référence à la règle « *non bis in idem* ». Elle n'a pas vocation à s'appliquer en cas de compétence réelle (cas d'infractions commises à l'étranger et touchant aux intérêts fondamentaux de la nation). La France est alors indifférente aux jugements rendus à l'étranger lorsque ses intérêts fondamentaux ont été mis en cause.

2.102. En revanche, en cas de « compétence universelle », telle que visée à l'article 689 du code de procédure pénale, l'autorité de la chose jugée à l'étranger s'oppose bien à l'engagement ou à la poursuite d'une procédure pénale en France, en application de l'article 692 du code de procédure pénale.

Tel pourrait sans doute être le cas dans un avenir indéterminé, s'agissant des faits faisant l'objet d'une procédure en cours devant le juge d'instruction de Meaux.

2.103. A cet égard, les conditions à satisfaire en droit français sont les suivantes :

- a) tout d'abord, ainsi que la Chambre criminelle de la Cour de cassation l'a rappelé, sur la base de l'article 692 du code de procédure pénale précité, des décisions rendues par des juridictions étrangères n'ont l'autorité de la chose jugée que lorsqu'elles concernent des faits commis *en dehors* du territoire de la République¹⁴⁶ ;
- b) ensuite, l'autorité de la chose jugée ne peut être opposée aux tribunaux français que s'il y a une identité entre les faits poursuivis à l'étranger et ceux poursuivis en France ;

¹⁴⁴ CDH, constatation n° 204/1986 du 2 novembre 1987.

¹⁴⁵ Cour de Cassation, chambre criminelle, 17 mars 1999-*bull crim.* n° 44.

¹⁴⁶ Cour de Cassation, chambre criminelle. 3 déc 1998- *bull crim* n°331.

c) de plus, ainsi que l'atteste un jugement de la Chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 17 octobre 1889¹⁴⁷, la décision étrangère doit être un jugement. *De simples poursuites entreprises à l'étranger ne suffisent pas pour que soit abandonnée en France une procédure portant sur les mêmes faits* ;

d) enfin, on s'accorde généralement sur le fait que le jugement étranger doit présenter un caractère définitif. Une jurisprudence ancienne avait considéré que seuls les jugements contradictoires étrangers pouvaient avoir un caractère définitif, en écartant les décisions rendues par contumace ou par défaut¹⁴⁸. Il convient en réalité de se déterminer par rapport à la seule législation du pays dans laquelle la décision a été rendue pour apprécier son caractère définitif¹⁴⁹.

2.104. D'autres considérations s'ajoutent à celles qui précèdent pour conditionner le jeu de la règle « *non bis in idem* ». Bien que rien en droit interne ne le mentionne expressément, la doctrine considère en effet généralement que le juge national doit s'assurer que la sentence étrangère émane d'un tribunal qui était compétent au regard du droit international.

Ainsi, Donnedieu de Vabre précisait-il déjà, en 1928, dans *Les principes modernes du droit pénal international*¹⁵⁰ :

« il ne s'agit pas de rechercher si, parmi les tribunaux de l'Etat étranger, celui qui a rendu le jugement était qualifié, à cet effet. Cette question qui touche à l'organisation judiciaire de l'Etat étranger a été résolue souverainement par lui. Quant à la régularité de la sentence étrangère, au point de vue des formes, le juge l'appréciera suivant la loi de l'Etat au nom de qui cette sentence a été rendue.

En revanche, ce juge étant, pour ce qui le concerne, gardien de l'ordre international, vérifie la compétence générale du tribunal étranger. Il s'assure que cette compétence avait son fondement juridique soit dans le lieu de l'infraction, soit dans la nationalité de son auteur, soit tout au moins dans la présence du délinquant sur le territoire. Si aucune des conditions n'est remplie, il dénierait, de son point de vue, toute existence juridique à la sentence étrangère ».

2.105. En conclusion de la présente section, on doit ainsi constater que les paragraphes 27 et 28 du mémoire de la République du Congo traitent avec légèreté de deux questions juridiquement distinctes qu'ils confondent abusivement. Ils en traitent au demeurant en

¹⁴⁷ Cour de Cassation, chambre criminelle, 17 oct. 1889, *bull.crim.*n° 312

¹⁴⁸ Cour de Cassation, chambre criminelle, 21 décembre 1861- *bull.crim.* n° 282.

¹⁴⁹ V. C. Lombois- *Droit pénal international* Dalloz 2e édition, 1979, n°398.

¹⁵⁰ Paris, Sirey, 1928, p. 316.

méconnaissance du droit positif, tant international qu'interne, qu'il s'agisse de la question dite de la « subsidiarité » de l'exercice de la « compétence universelle » ou de l'application de la règle « *non bis in idem* ». Cette dernière, en particulier, pourrait peut-être un jour trouver à s'appliquer, non pas du tout en vertu du droit international, mais sur le fondement exclusif du droit interne français. Tel serait du moins le cas si les conditions requises par le droit interne, en particulier quant au caractère définitif du jugement rendu à l'étranger à propos des mêmes faits, étaient effectivement réunies.

Tel n'est en aucune sorte le cas actuellement. S'il est à vérifier que la procédure pendante devant le tribunal de première instance de Brazzaville porte bien sur les mêmes faits que ceux qui font l'objet de la procédure engagée devant le juge de Meaux, il est en tout cas patent que cette procédure n'a encore abouti à aucun jugement et, *a fortiori*, à aucun jugement définitif.

2.106. Il résulte des développements qui précèdent que :

- i) La France, en exerçant sa compétence dans l'affaire qui fait l'objet du litige soumis à la Cour internationale de Justice, a agi dans le cadre des droits et obligations résultant de la Convention des Nations Unies contre la torture et autres traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984, convention à laquelle la République du Congo est également partie ;
- ii) cet Etat n'est donc pas fondé à contester l'attitude des autorités judiciaires françaises au regard du droit international conventionnel ;
- iii) il n'est pas davantage fondé à le faire au regard du droit international général qui, en tout état de cause et indépendamment même de la Convention, reconnaît le droit de la France d'agir ainsi ;
- iv) la France, en exerçant sa compétence dans l'affaire qui fait l'objet du litige soumis à la Cour, n'a méconnu ni un prétendu principe de subsidiarité ni la règle « *non bis in idem* ».

CHAPITRE 3

LA PRETENDUE VIOLATION DES IMMUNITES DE JURIDICTION DE CERTAINS OFFICIELS CONGOLAIS

3.1. Le second moyen invoqué par la République du Congo à l'appui de sa requête porte sur « la violation de l'immunité d'un chef d'État étranger reconnue par la jurisprudence de la Cour »¹⁵¹. Ce moyen est repris aux pages 35 à 39 du mémoire.

3.2. La République française s'interroge toutefois sur la portée exacte que l'État demandeur entend donner à ce moyen : apparemment invoqué en faveur du seul chef de l'État congolais, il n'en est pas moins également mentionné furtivement à propos du ministre de l'intérieur auquel, selon le Congo, devrait être reconnue « une immunité analogue [à] celle dont bénéficie, pour d'autres raisons, le ministre des affaires étrangères »¹⁵². Par souci de répondre aussi complètement que possible à l'argumentation du demandeur, la France examinera donc dans un premier temps la portée de l'immunité de juridiction sous un angle général (section 1) puis, dans un second temps, elle montrera qu'aucune atteinte n'a été portée à l'immunité de M. Sassou Nguesso (section 2).

Section 1 – L'immunité de juridiction dont peut se prévaloir la République du Congo n'a pas la portée que lui attribue la partie requérante

3.3. Si l'on suit le raisonnement de l'État demandeur, bien qu'il fût dirigé « contre X », le réquisitoire du procureur de la République de Meaux du 23 janvier 2002¹⁵³, visait en réalité l'ensemble des personnes mentionnées dans la plainte de la Fédération internationale des Ligues de droits de l'homme des 5 et 7 décembre 2001¹⁵⁴ du fait qu'il a « saisi le juge d'instruction des faits dénoncés et placé les personnes visées dans la situation où, pouvant demander à n'être entendues par le juge d'instruction qu'en qualité de témoins assistés, elles

¹⁵¹ Requête, p. 6.

¹⁵² Requête, p. 6 et mémoire, p. 35.

¹⁵³ Annexe VI-7 au mémoire.

¹⁵⁴ Annexes VI-1 et VI-2 au mémoire.

étaient considérées comme suspectes d'avoir participé à ces faits »¹⁵⁵. Tel serait le cas de MM.

- Denis Sassou Nguesso, Président de la République du Congo ;
- Pierre Oba, Ministre de l'Intérieur, de la sécurité publique et de l'administration du territoire ;
- Norbert Dabira, Inspecteur général des armées ; et
- Blaise Adoua, Général, Commandant de la garde républicaine, dite garde présidentielle.

3.4. En réalité, de ces quatre personnes, seul le chef de l'État congolais peut prétendre bénéficiaire de l'immunité de juridiction invoquée par le demandeur, qui ne saurait, en particulier, s'étendre au ministre de l'intérieur (§ 2). Au demeurant, le réquisitoire introductif contre X n'a pas porté atteinte aux immunités dont le Congo pourrait se prévaloir (§ 1).

§ 1 - Le réquisitoire introductif du Procureur de la République ne porte atteinte à aucune immunité dont le Congo pourrait se prévaloir

3.5. Selon le Congo, qui ne met en cause aucun autre élément de la procédure, le réquisitoire introductif du 23 janvier 2002 « est la pièce capitale de la présente procédure devant la Cour. C'est lui qui est à la base des violations du droit international commises par l'autorité judiciaire de la République française au préjudice de la République du Congo. Toutes celles qui ont suivi en découlent »¹⁵⁶. Il convient donc de s'interroger sur la portée de cet acte (A.) afin de déterminer si, d'une manière quelconque, il est susceptible de porter atteinte à des immunités internationalement reconnues (B.).

A/ La portée du réquisitoire du 23 janvier 2002

3.6. Comme l'indique l'État demandeur, il résulte de l'article 80 du code français de procédure pénale qu'un tel réquisitoire « est l'acte par lequel le procureur de la République

¹⁵⁵ Mémoire, p. 24.

¹⁵⁶ Mémoire, p. 12, souligné dans le texte.

met en mouvement l'action publique devant le juge d'instruction »¹⁵⁷. Au regard des éléments dont il dispose, le procureur de la République peut choisir d'ouvrir une information judiciaire contre personne dénommée ou contre personne non dénommée (dans ce dernier cas, on dit alors que l'information judiciaire est ouverte contre « X »).

3.7. Si le procureur de la République estime que les éléments dont il dispose permettent d'incriminer un ou plusieurs mis en cause, il choisira d'ouvrir une information judiciaire contre personne dénommée. Si en revanche, il estime que les éléments à charge sont encore insuffisants pour mettre nommément une personne en cause, il choisira d'ouvrir une information judiciaire contre « X ». Comme le rappelle la doctrine, « en ce qui concerne les personnes à l'encontre de qui la poursuite va se trouver engagée, la ministère public n'est tenu de les indiquer que dans la mesure où les renseignements déjà réunis permettent de les connaître et de leur imputer les faits »¹⁵⁸. Dans la présente affaire, c'est ce parti qu'a pris le magistrat du parquet.

3.8. Au demeurant, ce choix est sans incidence sur les droits dont se prévaut la République du Congo. En effet, le juge d'instruction, qu'il soit saisi d'un réquisitoire introductif contre personnes dénommées ou contre X est d'abord saisi de faits. On dit qu'il est saisi *in rem* et il lui appartient d'instruire, c'est à dire d'enquêter, sur les faits qui ont été portés à sa connaissance par le procureur de la République, sur l'ensemble de ces faits, mais uniquement sur ces faits.

3.9. Comme l'écrivent d'éminents spécialistes, « [l]a poursuite est en effet dirigée (et le juge d'instruction se trouve saisi) *in rem* et non *in personam*. Il appartiendra au juge d'instruction de mettre en examen (...) toute personne à l'encontre de laquelle apparaissent des indices graves ou concordants de participation aux faits dont le juge est saisi »¹⁵⁹. Il peut en outre « informer sur tous les faits dont il est saisi (*et ce à l'égard de toute personne que l'information fera découvrir*), mais uniquement sur ces faits-là »¹⁶⁰. Ce n'est donc qu'une fois l'instruction menée à son terme qu'il est possible de déterminer quelle est ou quelles sont les personnes susceptibles d'être mises en examen ; seuls les décisions de mise en examen et les

¹⁵⁷ Mémoire, p. 21.

¹⁵⁸ Gaston Stefani, Georges Levasseur et Bernard Bouloc, *Procédure pénale*, Dalloz, 18^{ème} éd, 2001, p. 547, par. 622.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 547, par. 622 – italiques dans le texte; v. aussi p. 575, par. 651.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 575, par. 651 – italiques ajoutés.

mandats (d'amener, de dépôt, d'arrêt ou de comparution) délivrés au cours de la procédure d'instruction doivent préciser l'identité de la personne à l'encontre de laquelle ils sont décernés¹⁶¹ et constituent de ce fait la mise en cause d'une personne déterminée. La mise en examen (qui a remplacé l'ancienne inculpation afin de mieux préserver la présomption d'innocence¹⁶²) est, en quelque sorte, un pouvoir propre du juge d'instruction¹⁶³. Encore convient-il de noter que, même dans ce cas, la personne mise en examen est « présumée innocente »¹⁶⁴.

3.10. Cette règle de la seule *saisine in rem* est valable dès lors que les faits ont été commis sur le territoire national ou chaque fois que le magistrat instructeur entend mettre en cause un ressortissant français. Dans ces deux cas de figure le juge peut mettre en examen toute personne à l'encontre de laquelle il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblables qu'elle ait pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont il est saisi (article 80-1 du CPP). En revanche, quand bien même le juge a compétence au regard des faits, sa saisine doit être complétée quant aux personnes visées par l'instruction toutes les fois que les faits dont a à connaître le magistrat instructeur touchent à la question de la « compétence universelle ». En effet, en application des dispositions des articles 689-1 et 689-2 du code de procédure pénale, les juridictions françaises ne sont compétentes pour connaître de faits de torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, au sens de la convention de New York du 10 décembre 1984, commis à l'étranger, par des étrangers, sur des étrangers, qu'à la condition que l'intéressé mis en cause se trouve sur le territoire français.

3.11. Aussi, le magistrat instructeur n'est-il compétent pour instruire à l'encontre d'un ressortissant étranger, dans un cadre de « compétence universelle », qu'à la double condition qu'il soit saisi d'une part des faits prétendument commis par la personne en cause et, d'autre part, dans le cas où cette personne n'est présente sur le territoire français que depuis une date postérieure au réquisitoire introductif, de réquisitions complémentaires du parquet l'autorisant à instruire contre la personne en cause, à l'image de ce qui est prévu aux articles 80 et 82 du

¹⁶¹ V. les articles 113-8, 116 et 123 du code de procédure pénale.

¹⁶² Article 116 du code de procédure pénale.

¹⁶³ Cf. l'article 176 du Code de procédure pénale : « Le juge d'instruction examine s'il existe contre la personne mise en examen des charges constitutives d'une infraction, dont il détermine la qualification juridique ».

¹⁶⁴ Cf. l'article 137 du code de procédure pénale.

code de procédure pénale lorsque le juge d'instruction découvre des faits nouveaux qui n'entrent pas dans le champ de sa saisine initiale.

3.12. Il apparaît donc qu'en dehors du général Dabira, qui se trouvait en France au moment des réquisitions initiales, toute mise en cause qui résulterait de l'enquête diligentée par le magistrat instructeur d'un autre ressortissant congolais, qui se trouverait sur le territoire français, ne pourrait donner lieu à une mise en examen par le juge d'instruction qu'à la condition que le procureur de la République de Meaux délivre à ce magistrat un réquisitoire supplétif.

3.13. Si, au cours de l'instruction, qui, contrairement à ce qui se produit dans d'autres systèmes juridiques, est menée « à charge *et à décharge* »¹⁶⁵, le juge d'instruction découvre un obstacle à la poursuite de la procédure à l'égard d'une personne, notamment si celle-ci bénéficie d'une immunité de juridiction, il est tenu de le constater par une ordonnance motivée¹⁶⁶. En outre, dans le cas où des réquisitions supplétives nominatives seraient nécessaires¹⁶⁷, le procureur de la République ne pourrait délivrer celles-ci à l'encontre d'une personne bénéficiant d'une immunité, dans la mesure où il existerait un obstacle de droit empêchant la poursuite des investigations au sens de l'article 86 du code de procédure pénale qui autorise un procureur de la République à ne pas ouvrir d'information judiciaire lorsque, pour des causes affectant l'action publique, les faits ne peuvent légalement comporter une poursuite (on dit qu'il prend alors des réquisitions aux fins de non informer).

3.14. En outre, tous les actes faits au cours de la procédure d'instruction sont susceptibles de recours et peuvent faire l'objet d'une annulation totale *ou partielle*¹⁶⁸.

3.15. Il résulte de ces constatations que le réquisitoire introductif du procureur de la République de Meaux :

- ne saurait faire grief à quiconque puisque, comme tout réquisitoire il saisit le juge d'instruction *in rem* et non *in personam*, des faits sur lesquels une instruction peut être

¹⁶⁵ Article 81 du code de procédure pénale : « Le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité. Il instruit à charge et à décharge ».

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 576, par. 652.

¹⁶⁷ V. *supra*, par. 3.11.

¹⁶⁸ Cf. l'article 174 du code de procédure pénale; v. aussi l'article 182, qui prévoit que l'ordonnance de renvoi peut être partielle.

engagée et, en aucune manière, ne met en accusation des personnes (même lorsqu'elles sont expressément mentionnées dans l'acte, ce qui n'est du reste pas le cas en l'espèce) ;

- dirigé contre X, ne met en cause aucune personne et ne saurait porter atteinte aux intérêts juridiques de personne, y compris, cela va de soi, de la République du Congo ;

- ne préjuge aucunement des personnes qui, ultérieurement, pourraient être poursuivies, ce qu'il appartient au juge d'instruction de déterminer au cours de ses investigations, lesquelles nécessiteront un réquisitoire supplétif, dans les cas où il y aurait lieu de mettre en cause des personnes poursuivies dans le cadre de la « compétence universelle » et qui n'étaient pas présentes en France à la date du réquisitoire introductif ;

En outre, ce n'est que si, au cours de l'instruction, le juge découvre un obstacle à la poursuite de la procédure (notamment une immunité) à l'égard d'une personne, qu'il lui appartient de le déclarer par une ordonnance motivée.

B/ La portée des immunités invoquées par le Congo au regard du réquisitoire du 23 janvier 2002

3.16. Pour tenter d'échapper aux conséquences de ces constatations, le Congo fait valoir les arguments suivants :

1° le visa des pièces jointes dans le réquisitoire introductif équivaut à une analyse de celles-ci et, dès lors, celles-ci déterminent l'objet et l'étendue de la saisine du juge d'instruction¹⁶⁹ ;

2° une fois le juge d'instruction saisi, la saisine est irrévocable et, sauf à utiliser les voies de droit propres à corriger une erreur éventuelle, le procureur de la République ne peut restreindre ultérieurement son étendue¹⁷⁰ ;

3° le procureur de la République serait tenu de ne pas requérir l'ouverture d'une information si certaines des personnes mises en cause bénéficient d'une immunité¹⁷¹ ; et

4° les personnes qui sont visées par une plainte devraient être regardées comme visées par l'information et peuvent être entendues en tant que témoins assistés, ce qui les rendrait suspects d'avoir participé aux infractions en cause¹⁷².

¹⁶⁹ Mémoire, p. 22.

¹⁷⁰ Mémoire, p. 23.

¹⁷¹ Mémoire, p. 22.

¹⁷² Mémoire, pp. 23-24.

3.17. Outre qu'elle repose sur certaines erreurs techniques – ou sur des « adresses » de présentation qui ne peuvent faire illusion -, cette argumentation est viciée par deux erreurs de raisonnement fondamentales.

3.18. En premier lieu, toute l'argumentation de la République du Congo est sous-tendue par un postulat erroné, selon lequel le réquisitoire du procureur de la République de Meaux donnerait mission au juge d'instruction d'enquêter sur les agissements de *personnes* déterminées. Or, comme cela a été expliqué ci-dessus (A.), en matière de « compétence universelle », les deux éléments de la compétence du juge, à savoir la saisine *in rem* et la saisine *in personam* doivent être combinés.

3.19. Le juge d'instruction est d'abord saisi de faits, et ce sont ces faits qui délimitent son champ de compétence. En outre, il a pu s'estimer compétent s'agissant du seul cas du général Dabira, puisque celui-ci était présent dans le ressort judiciaire de Meaux au moment de l'engagement des poursuites pénales par le procureur de la République, seule hypothèse dans laquelle des poursuites peuvent être dirigées contre des ressortissants étrangers au titre de la « compétence universelle ».

3.20. En revanche, comme cela est rappelé ci-dessus¹⁷³, le magistrat instructeur ne pourrait instruire à l'encontre d'un autre ressortissant congolais qu'à la double condition que ce dernier se trouve sur le territoire national et que le juge d'instruction ait obtenu du procureur de la République de Meaux un réquisitoire supplétif nominatif visant expressément le nouveau mis en cause. On ne saurait soutenir que les mentions de noms dans la plainte simple initialement déposée, et qui concernaient des personnes qui ne se trouvaient pas sur le territoire national, suffisent à rendre le magistrat instructeur compétent pour instruire contre ces personnes. En l'absence de réquisitoire supplétif, le magistrat instructeur n'a pas compétence à leur égard.

3.21. En second lieu, le raisonnement de la République du Congo escamote une donnée juridique essentielle. L'État demandeur semble prétendre que, dans la mesure où des personnes sont visées dans une plainte, elles ne peuvent être entendues qu'en qualité de mis en examen ou de témoins assistés. Il en tire la conclusion que l'étendue de la saisine du

¹⁷³ Pars. 3.10 à 3.12.

magistrat instructeur est sans limite et méconnaît les règles relatives aux immunités¹⁷⁴. Toutefois, s'il est vrai que l'article 113-2 du code de procédure pénale prévoit qu'une personne nommément visée dans une plainte simple peut être entendue comme témoin assisté, et que, devant le juge d'instruction, elle est obligatoirement entendue en cette qualité si elle en fait la demande, le Congo oublie un préalable indispensable : ces dispositions ne sont applicables qu'à la condition que le magistrat instructeur soit compétent pour instruire à l'encontre de la personne mise en cause. En outre, même saisi d'un réquisitoire supplétif contre personne dénommée, le magistrat instructeur resterait libre, au regard des éléments du dossier, de choisir de la mettre en examen ou de la faire bénéficier des dispositions protectrices en matière de droits de la défense du statut de témoin assisté.

3.22. En outre, il est juridiquement infondé de soutenir, comme le fait le Congo¹⁷⁵, que le magistrat du parquet ne pouvait ouvrir une information judiciaire dès lors qu'une des personnes visées par la plainte simple pouvait se prévaloir d'une immunité reconnue tant par la coutume internationale qu'en droit interne français. Sans doute, la plainte visait-elle le Président Sassou Nguesso, mais le procureur de la République de Meaux n'a pas ouvert une information judiciaire contre ce dernier, ce qui eût été critiquable tant au regard des règles de rattachement territorial en matière de « compétence universelle » qu'en ce qui concerne les règles relatives à l'immunité. En revanche, il n'existait aucun obstacle de droit empêchant l'exercice de l'action publique à l'égard du seul protagoniste étranger visé par la plainte se trouvant sur le territoire national au moment de l'ouverture de l'information judiciaire, le général Dabira ; dès lors, rien n'empêchait le parquet de décider la mise en mouvement de l'action publique le 22 janvier 2002.

3.23. Il est important de souligner que le juge d'instruction n'a jamais instruit à l'encontre du Président Sassou Nguesso, ce qu'il aurait pu faire si l'on suit le raisonnement, erroné, de la République du Congo¹⁷⁶. Celui-ci aboutirait à des résultats totalement inacceptables. À le suivre, il suffirait qu'une plainte vise, parmi beaucoup d'autres, une personne couverte par une immunité pour qu'aucune instruction ne puisse être menée. Il en résulterait une sorte « d'immunité par contagion », toutes les personnes impliquées dans un fait illicite auquel une

¹⁷⁴ Mémoire, p. 24, par. 19.

¹⁷⁵ Mémoire, p. 24, par. 19.

¹⁷⁶ Mémoire, p. 24, par. 19.

personne bénéficiant d'une immunité pourrait avoir pris part se trouveraient alors à l'abri de toute enquête et de toute poursuite. Tel ne saurait, assurément, être le droit.

3.24. Certes, le procureur de la République n'est pas tenu de donner obligatoirement suite à une plainte (si elle n'est pas assortie de constitution de partie civile), mais il doit assurer l'application de la loi pénale¹⁷⁷ et il ne saurait certainement pas s'abstenir de déclencher des poursuites pour la seule raison que certaines des personnes mentionnées dans la plainte ne pourraient pas être poursuivies en raison de leur immunité.

3.25. Comme l'écrit Sir Arthur Watts : « ... *the grant of immunity to a head of State [does not] necessarily mean that the proceedings may not go ahead ; it means simply that they may not continue as regards that particular defendant, who is not subject to the jurisdiction of the forum State's courts. If there are other defendants, it will be a separate question whether there is any bar to the continuation of the proceedings against them* »¹⁷⁸.

3.26. Au bénéfice de ces observations, et pour répondre plus précisément à l'argumentation avancée par le Congo¹⁷⁹, il convient de noter que :

1°) S'il est exact que le visa des pièces jointes dans le réquisitoire introductif peut entraîner la détermination de l'objet et de l'étendue de la saisine *in rem* du juge d'instruction, cet élément relatif aux faits doit être complété par les éléments relatifs à la compétence du magistrat instructeur en matière de « compétence universelle » au regard du critère de rattachement territorial.

2°) S'il est exact que la saisine du juge d'instruction par un réquisitoire introductif est irrévocable, elle ne présume en rien de la compétence du magistrat instructeur en matière de « compétence universelle », s'agissant des ressortissants étrangers susceptibles d'être mis en cause.

3°) Il est, en revanche, juridiquement inexact d'affirmer que le procureur de la République était dans l'impossibilité d'ouvrir une information judiciaire au motif que des

¹⁷⁷ Cf. les articles 31 et 35 du code de procédure pénale.

¹⁷⁸ Sir Arthur Watts, « The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers », *R.C.A.D.I.* 1994-III, vol. 247, p. 54.

¹⁷⁹ Par. 16, *supra*.

personnes visées par la plainte bénéficiaient d'une immunité. Dès lors qu'au moins une personne susceptible d'être poursuivie se trouvait sur le territoire national et ne bénéficiait d'aucune immunité, le procureur de la République était en droit d'ouvrir une information judiciaire.

4°) Il n'est pas davantage exact de soutenir que les personnes visées par une plainte devraient ou pourraient être regardées comme suspectes d'avoir participé aux infractions en cause sous prétexte qu'elles sont susceptibles d'être entendues en qualité de témoin assisté. Elles ne pourraient en effet être entendues à ce titre qu'à la condition que le magistrat instructeur soit compétent à leur endroit.

3.27. À cet égard, le Congo fait erreur en suggérant que *l'éventualité* d'être entendu en tant que témoin assisté pourrait porter atteinte à de possibles immunités. Il est en effet de jurisprudence constante que la Cour se prononce sur des faits, non sur des virtualités : « La fonction de la Cour est de dire le droit, mais elle ne peut rendre des arrêts qu'à l'occasion de cas concrets dans lesquels il existe, au moment du jugement, un litige réel impliquant un conflit d'intérêts juridiques entre les parties »¹⁸⁰. Cette sage position doit d'autant plus trouver application en la présente espèce que, comme la France l'a souligné ci-dessus, si, en cours d'instruction, le juge d'instruction estimait devoir enquêter sur des faits attribuables à des ressortissants étrangers qui ne se trouvaient pas sur le territoire français au moment du réquisitoire introductif initial, il devrait obtenir un réquisitoire supplétif nominatif et que le procureur de la République ne pourrait le délivrer si la personne en cause bénéficie d'immunités ou ne se trouve pas sur le territoire français. Il pourrait aussi, de sa propre initiative, constater qu'il n'y a pas lieu à instruire en raison des immunités en question.

3.28. Il convient en effet de relever que l'éventualité sur laquelle se fonde l'État demandeur n'est nullement vérifiée: au moment de la requête du Congo devant la Cour internationale de Justice et jusqu'à la date à laquelle le présent contre-mémoire est rédigé, seul le général Dabira a été entendu en tant que témoin assisté. Or, comme la France le montrera ci-après (§ 2), celui-ci ne bénéficie d'aucune immunité dans le cadre de la présente affaire. En ce qui

¹⁸⁰ C.I.J., arrêt du 2 décembre 1963, *Cameroun septentrional*, Rec. 1963, pp. 33-34; v. aussi l'opinion individuelle de Sir Gerald Fitzmaurice jointe à cet arrêt, *ibid.*, p. 99 ou C.P.J.I., arrêt du 13 septembre 1928, *Usine de Chorzów (demande en indemnité – fond)*, série A, n° 17, p. 57 ou C.I.J., arrêts du 20 décembre 1974, *Essais nucléaires*, Rec. 1974, p. 272, par. 59, et p. 477, par. 62 ou du 25 septembre 1997, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, Rec. 1997, pp. 41-45, pars. 53-56; 6 novembre 2003, *Plates-formes pétrolières*, par. 93.

concerne la seule personne au nom de laquelle le Congo pourrait exiger le respect d'une immunité de juridiction, le Président Sassou Nguesso, non seulement aucun acte de ce genre n'a été pris, mais encore l'action menée par les juges d'instruction montre sans ambiguïté qu'ils sont pleinement conscients que l'immunité dont il bénéficie le met en principe à l'abri d'un tel acte¹⁸¹.

3.29. La thèse de la République du Congo est du reste contradictoire et paradoxale. Selon elle, du seul fait que leur nom serait mentionné dans une plainte visée par le réquisitoire introductif, les personnes concernées seraient « tenues pour suspectes d'avoir participé aux infractions en cause »¹⁸². Non seulement ceci n'est pas exact: une telle « suspicion » ne peut naître qu'une fois l'enquête menée ; mais encore la thèse congolaise aboutirait aux résultats suivants :

- du seul fait de refuser de prendre un réquisitoire introductif, le procureur de la République manifesterait sa conviction que la ou les personnes protégées par l'immunité ont commis les actes dénoncés ;

- du même coup, il donnerait crédit à la plainte et ce en l'absence de toute instruction crédible, neutre et objective.

3.30. La position de l'État demandeur est d'autant plus insoutenable qu'elle mésestime la portée des immunités qui peuvent être reconnues en vertu du droit international. Comme la Cour l'a rappelé avec force dans son arrêt du 14 février 2002 :

« ... l'immunité de juridiction dont bénéficie un ministre des affaires étrangères en exercice ne signifie pas qu'il bénéficie d'une *impunité* au titre des crimes qu'il aurait pu commettre, quelle que soit leur gravité. Immunité de juridiction pénale et responsabilité pénale individuelle sont des concepts nettement distincts. Alors que l'immunité de juridiction revêt un caractère procédural, la responsabilité pénale touche au fond du droit. L'immunité de juridiction peut certes faire obstacle aux poursuites durant un certain temps ou à l'égard de certaines infractions ; elle ne saurait exonérer la personne qui en bénéficie de toute responsabilité pénale »¹⁸³.

¹⁸¹ V. *infra*, pars. 3.55-3.56 et 3.66-3.73.

¹⁸² Mémoire, p. 23.

¹⁸³ Par. 62.

Bien que la Cour eût strictement limité la portée de son arrêt au cas d'espèce qui lui était soumis¹⁸⁴, ces constatations valent pour toutes les immunités, quelles que soient les personnes qui peuvent s'en prévaloir.

3.31. Dès lors, l'immunité dont jouit une personne investie de fonctions officielles la met, sans aucun doute, à l'abri de poursuites, mais non de « suspicions » : si celles-ci se trouvent fondées, elle peut, dans les conditions admises par le droit international¹⁸⁵, être appelée à répondre de ses actes.

3.32. Quoi qu'il en soit, comme la France l'a montré, le réquisitoire introductif du 23 janvier 2002 ne pouvait faire naître et n'a fait naître aucune suspicion à l'encontre de quiconque. *A fortiori*, il n'est pas constitutif de poursuites ou d'accusation. Il n'a pu porter et n'a porté aucune atteinte à d'éventuelles immunités dont le Congo pourrait se prévaloir.

§ 2 - Seul le Chef de l'État congolais est couvert par une immunité de juridiction

3.33. Selon le Congo, les procédures pénales contestées concerneraient quatre personnes au prétexte que celles-ci sont nommément désignées dans la plainte qui est à l'origine du réquisitoire introductif du procureur de la République de Meaux du 23 janvier 2003. Comme il a été rappelé ci-dessus¹⁸⁶, il s'agit du Président de la République, M. Sassou Nguesso, du ministre de l'intérieur, le général Oba, de l'inspecteur général des armées, le général Norbert Dabira et du commandant de la garde républicaine, le général Blaise Adoua.

3.34. Outre que ces mentions n'équivalent nullement à des poursuites¹⁸⁷ et que, parmi ces quatre personnes, seul M. Dabira a fait l'objet d'actes de procédure le visant à titre personnel, il convient de relever que le Congo ne fait, dans la partie juridique de ses développements, aucune mention ni de M. Adoua, ni de M. Dabira. Il reste que ceux-ci se trouvent, en ce qui concerne la question des immunités, dans la même situation que M. Oba, dont le demandeur

¹⁸⁴ Cf. le paragraphe 41 de l'arrêt: « Aux fins de la présente affaire, seules l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité d'un ministre des affaires étrangères en exercice doivent être examinées par la Cour ».

¹⁸⁵ V. *ibid.*, par. 61; v. aussi *infra*, pars. 3.43-3.47.

¹⁸⁶ Par. 3.3.

¹⁸⁷ V. § 1 *supra*.

affirme furtivement qu'il doit se voir « reconnaître (...) pour les faits qui ressortissent à l'exercice de ses fonctions de maintien de l'ordre public une immunité analogue à celle dont bénéficie, pour d'autres raisons, le ministre des affaires étrangères »¹⁸⁸. La même argumentation peut donc s'appliquer à ces trois personnes (A.).

3.35. En revanche, les règles qui leur sont applicables diffèrent de celles qui doivent trouver application en ce qui concerne M. Sassou Nguesso, Président de la République congolaise, qui, à ce titre, doit bénéficier de l'immunité reconnue aux chefs d'État étrangers (B.).

A/ Le Congo ne peut invoquer aucune immunité au bénéfice de MM. Adoua, Dabira et Oda

3.36. Malgré le caractère elliptique de l'argumentation de la République du Congo en ce qui concerne l'immunité qui devrait être reconnue au ministre de l'intérieur, qui tient en un bref paragraphe¹⁸⁹ et est liée au moyen relatif à la compétence universelle, il semble que celle-ci fait implicitement référence au raisonnement de la Cour dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, qui a donné lieu à l'arrêt du 14 février 2002.

3.37. Aux termes de cette décision,

« En droit international coutumier, les immunités reconnues au ministre des affaires étrangères ne lui sont pas accordées pour son avantage personnel, mais pour lui permettre de s'acquitter librement de ses fonctions pour le compte de l'État qu'il représente. Afin de déterminer l'étendue de ces immunités, la Cour devra donc d'abord examiner la nature des fonctions exercées par un ministre des affaires étrangères ».

Puis, ayant posé ce principe, la Cour détaille les fonctions très particulières d'un ministre des affaires étrangères :

« Celui-ci assure la direction de l'action diplomatique de son gouvernement et le représente généralement dans les négociations internationales et les réunions intergouvernementales. Les ambassadeurs et autres agents diplomatiques sont appelés à exercer leurs fonctions sous son autorité. Ses actes sont susceptibles de lier l'État qu'il représente, et un ministre des affaires étrangères est considéré, au titre des fonctions qui sont les siennes, comme doté des pleins pouvoirs pour agir au nom de l'État (voir par exemple l'alinéa *a*) du

¹⁸⁸ Mémoire, p. 35.

¹⁸⁹ Reproduit ci-dessus, par. 3.34.

paragraphe 2 de l'article 7 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités). Dans l'exercice de ses fonctions, il est fréquemment appelé à se déplacer à l'étranger et doit dès lors être en mesure de le faire librement dès que la nécessité s'en fait sentir. Il doit également demeurer en liaison constante avec son gouvernement ainsi qu'avec les missions diplomatiques que celui-ci entretient dans le monde entier, et pouvoir à tout moment communiquer avec les représentants d'autres États. La Cour fait en outre observer qu'un ministre des affaires étrangères, responsable de la conduite des relations de son État avec tous les autres États, occupe une position qui fait qu'à l'instar du chef de l'État et du chef du gouvernement il se voit reconnaître par le droit international la qualité de représenter son État du seul fait de l'exercice de sa fonction. Il n'a pas à présenter de lettres de créance : tout au contraire, c'est généralement lui qui décide des pouvoirs à conférer aux agents diplomatiques et qui contresigne leurs lettres de créance. Enfin, c'est auprès du ministère des affaires étrangères que les chargés d'affaires sont accrédités ».

Ce sont ces considérations, très exclusivement centrées sur les fonctions particulières du ministre des affaires étrangères, qui ont conduit la Cour à conclure :

« que les fonctions d'un ministre des affaires étrangères sont telles que, pour toute la durée de sa charge, il bénéficie d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totale à l'étranger. Cette immunité et cette inviolabilité protègent l'intéressé contre tout acte d'autorité de la part d'un autre État qui ferait obstacle à l'exercice de ses fonctions »¹⁹⁰.

3.38. Ces considérations ne sont transposables ni à un ministre *de l'intérieur*, ni à un chef de la garde républicaine, ni à un inspecteur général des armées. Pas davantage qu'un ministre de l'éducation nationale, ces personnes ne sont « exposées à des déplacements fréquents à l'étranger »¹⁹¹. Aucune de ces personnalités n'est, en principe, appelée à représenter l'État congolais à l'étranger, ni ne bénéficie, du fait de sa fonction, du droit de conclure des traités internationaux ou d'une quelconque dispense de présenter des pleins pouvoirs dans le cadre de négociations internationales.

3.39. Sans doute n'est-il pas exclu que l'une ou l'autre puisse participer à une mission diplomatique spéciale, voire la mener – encore que, compte tenu des fonctions qui sont les leurs, il est peu probable que cette situation se présente fréquemment ; et le Congo ne le prétend d'ailleurs pas. Mais, de toute manière, dans cette hypothèse, les personnes concernées bénéficieraient de la règle posée à l'article 21, paragraphe 2, de la Convention de New York

¹⁹⁰ *Ibid.*, pars. 53 et 54.

¹⁹¹ Cf. C.I.J., ordonnance du 8 décembre 2000, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (demande en indication de mesures conservatoires)*, Rec. 2000, p. 201, par. 72.

du 8 décembre 1969 sur les missions spéciales, à laquelle ni le Congo ni la France ne sont parties, mais qui n'en reflète pas moins le droit coutumier applicable en la matière¹⁹². Aux termes de cette disposition :

« 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 ».

3.40. La France ne conteste nullement que ces immunités lui seraient opposables dans l'hypothèse où l'une des trois personnalités concernées viendraient à prendre part à une mission spéciale. Dans ce cas, mais dans ce cas seulement, elles devraient bénéficier des immunités qui s'attachent à la qualité de représentant de l'État. Mais il s'agit là d'une situation exceptionnelle et dont ni la requête, ni le mémoire congolais ne prétendent qu'elle fait l'objet de la présente affaire. À la différence de la République démocratique du Congo dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*¹⁹³, le demandeur en la présente espèce n'allègue en effet pas que les procédures pénales litigieuses entravent de quelque manière que ce soit l'action diplomatique du Congo ou la conduite de ses relations internationales.

3.41. Bien au contraire, l'État requérant estime, expressément, que ces procédures, dans la mesure en tout cas où elles visent le ministre de l'intérieur, auraient un effet sur « le maintien de l'ordre public » *au Congo*¹⁹⁴. C'est là toute la différence avec l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de 2001 : il s'agissait alors d'un mandat d'arrêt dont la simple menace d'exécution à l'étranger compromettrait l'exercice, par le ministre des affaires étrangères de la R.D.C., de ses fonctions internationales ; il s'agit ici d'un réquisitoire introductif, dirigé contre « X », et dont on ne voit pas, de toute manière, en quoi il pourrait porter atteinte à l'exercice, par le ministre de l'intérieur du Congo, de ses fonctions en matière de maintien de l'ordre public qui, par définition, ne peuvent s'exercer que sur le territoire congolais et non à l'extérieur de ses frontières.

3.42. *Mutatis mutandis*, le même raisonnement est transposable au général Adoua, chef de la garde républicaine, et au général Dabira, inspecteur général des armées, étant entendu que,

¹⁹² Cf. Sir Arthur Watts, « The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers », *R.C.A.D.I.* 1994-III, vol. 247, p. 38.

¹⁹³ V. l'arrêt préc. du 14 février 2002, pars. 63-64.

s'agissant de ce dernier, il n'est pas contesté qu'il a, à la suite de sa présence temporaire en France (en l'absence de toute mission officielle), fait l'objet de l'annonce de sa mise en examen puis d'un mandat d'arrêt. Mais de tels actes ne se heurtent à aucune objection de nature juridique puisque l'intéressé ne peut se prévaloir d'aucune immunité tenant à ses fonctions.

B/ Le Congo peut invoquer une immunité de juridiction en faveur du Chef de l'État

3.43. Comme l'Agent de la République française l'a déclaré lors de l'examen de la demande en indication de mesure conservatoire de la République du Congo :

« Conformément au droit international, le droit français consacre le principe de l'immunité des chefs d'État étrangers. (...) Il n'existe pas de règles écrites découlant d'une législation relative aux immunités des États et de leurs représentants. C'est la jurisprudence des tribunaux français qui, se référant au droit international coutumier et procédant à son application directe, a affirmé avec clarté et avec force le principe de ces immunités »¹⁹⁵.

3.44. La Cour a pris note de ces déclarations dans son ordonnance du 17 juin 2003¹⁹⁶ et le Congo constate à son tour, dans son mémoire, que, « [l]a République française ayant fait connaître par son agent que le droit français reconnaît pleinement le principe de l'immunité des chefs d'État étrangers, ce point est hors contestation »¹⁹⁷.

3.45. Sauf à constater que ce principe, pleinement accepté par la France, aurait été violé – ce qui n'est pas le cas¹⁹⁸ – il n'existe donc pas de différend sur ce point entre les Parties : à la différence de MM. Adoua, Dabira et Oda, M. Sassou Nguesso bénéficie, du fait de ses hautes fonctions, d'une immunité de juridiction pénale, absolue en l'absence de traité contraire.

3.46. La chambre criminelle de la Cour de cassation a fait application récemment du « principe de l'immunité de juridiction des chefs d'État étrangers en exercice » dans son arrêt du 13 mars 2001. À cette occasion, la plus haute juridiction française de l'ordre judiciaire a

¹⁹⁴ Mémoire, p. 34.

¹⁹⁵ CR 2003/21, 28 avril 2003, p. 15, par. 32; v. aussi la plaidoirie du professeur Alain Pellet : « Une chose doit être claire d'emblée : la France ne nie en aucune manière que le président Sassou Nguesso bénéficie, en tant que chef d'un État étranger, 'd'immunités de juridiction, tant civiles que pénales' » (*ibid.*, p. 24, par. 13).

¹⁹⁶ Par. 13.

¹⁹⁷ Mémoire p. 35.

¹⁹⁸ V. section 2 ci-dessous.

rappelé 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 »¹⁹⁹. Applicable au Chef de l'État libyen – que concerne l'arrêt de 2001 -, ce principe l'est évidemment tout autant au Président de la République du Congo.

3.47. Comme l'a souligné l'Agent de la République française devant la Cour :

« ... il ressort avec beaucoup de clarté de cette décision que les juridictions françaises font application de la coutume internationale et, en particulier, du principe coutumier qui reconnaît aux chefs d'État étrangers une immunité de juridiction et d'exécution. Il n'est pas sans importance de rappeler que notre Cour de cassation a fait application de ce principe coutumier avant même que votre Cour ne se prononce solennellement sur la question dans l'arrêt qu'elle a rendu le 14 février 2002 dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, puisque le raisonnement retenu par vous dans cette affaire à propos d'un ministre des affaires étrangères vaut à fortiori pour un chef d'État. Il apparaît ainsi de façon évidente que le juge français, qui reconnaissait déjà le principe de l'immunité des chefs d'État étrangers, l'appliquera à l'avenir d'autant plus fermement qu'il a été réaffirmé avec force par la Cour internationale »²⁰⁰.

Section 2 - Aucune atteinte n'a été portée à l'immunité de M. Sassou Nguesso

3.48. Malgré une brève allusion à l'immunité dont bénéficierait le général Oba²⁰¹, le second moyen du Congo, fondé sur une prétendue violation de l'immunité d'un chef d'État étranger, ne concerne que M. Sassou Nguesso, Président de la République du Congo²⁰².

3.49. Dans sa requête, l'État demandeur se fondait déjà sur ce moyen, à l'appui duquel il invoquait principalement l'arrêt rendu par la Cour en 2002 dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*²⁰³. Par contraste, le mémoire congolais ne mentionne plus la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et se fonde exclusivement sur deux arrêts rendus par la Cour de

¹⁹⁹ Cour de cassation, chambre criminelle, Sections réunies, *S.O.S Attentats et B. Castelnau d'Essenault* (ci-après: « affaire *Kadhafi* »), *Bull.* n° 64, p. 218 - annexe V au mémoire; v. aussi les conclusions de l'avocat général, M. Launay reproduites in annexe V.

²⁰⁰ CR 2003/21, p. 16, par. 33.

²⁰¹ V. *supra*, par. 3.34.

²⁰² *Ibid.* pp. 35-39.

²⁰³ Requête pp. 7-8.

cassation française respectivement le 13 mars 2001 relativement à l'immunité de juridiction reconnue au Chef de l'État libyen²⁰⁴ et le 10 octobre de la même année au sujet des effets de l'immunité dont bénéficie le Président de la République française²⁰⁵. Cette inflexion s'explique probablement par le fait que la République du Congo a réalisé qu'il n'existait pas de divergence de vues entre les parties quant à l'applicabilité du principe de l'immunité de juridiction des chefs d'État étrangers. « En revanche », comme elle l'écrit à juste titre, « c'est sur la question de savoir s'il a été respecté par les autorités françaises en l'espèce qu'elle s'oppose à la position de la République française »²⁰⁶.

3.50. Ce moyen se décompose en deux branches. En premier lieu, l'État demandeur fait valoir qu'il aurait été porté atteinte à l'immunité de M. Sassou Nguesso du fait que l'ouverture d'une information contre X ait été requise à la suite d'une plainte visant celui-ci nommément (§ 1). En second lieu, les juges d'instruction auraient « manifesté leur intention d'instruire à la charge de SE le Président de la République du Congo en tentant de recueillir sa déposition écrite par une utilisation illégale de la procédure prévue par l'article 656 du code de procédure pénale » (§ 2).

§ 1 - Le réquisitoire introductif du procureur de la République de Meaux ne porte pas atteinte à l'immunité de juridiction du Président de la République du Congo

3.51. Il ne paraît pas utile de s'attarder longuement sur la première branche du moyen. Comme la France l'a montré ci-dessus²⁰⁷, par lui-même un réquisitoire introductif n'est pas susceptible de porter atteinte à l'immunité de quiconque. Pour tenter d'établir le contraire, le Congo invoque deux arguments.

3.52. En premier lieu, il fait valoir que l'interdiction de décerner un réquisitoire contre personne non dénommée alors que le chef d'État a été nommément visé par une plainte figurant au nombre des pièces jointes à ce réquisitoire serait justifiée par le fait que « cette personne, qui peut exiger de n'être entendue par le juge d'instruction qu'en qualité de témoin

²⁰⁴ V. note 199, *supra*.

²⁰⁵ Cour de cassation, chambres réunies, *Bull.* n° 206, p. 660.

²⁰⁶ Mémoire p. 36.

²⁰⁷ Section 1, § 1.

assisté, est, de ce fait, officiellement suspecte »²⁰⁸. Outre les raisons générales qui s'opposent à un tel raisonnement²⁰⁹, celui-ci est particulièrement mal fondé s'agissant d'un chef d'État étranger que le droit français met à l'abri de tout risque d'être obligé de témoigner dans quelque procédure que ce soit.

3.53. Il résulte en effet des dispositions du premier alinéa de l'article 656 du code français de procédure pénale que :

« La déposition écrite d'un représentant d'une puissance étrangère est demandée par l'entremise du ministre des affaires étrangères. *Si la demande est agréée*, cette déposition est reçue par le premier président de la cour d'appel ou par le magistrat qu'il aura délégué ».

3.54. Sous réserve de l'applicabilité de cette disposition – que la France établira de manière plus précise ci-après²¹⁰ –, il apparaît donc que tous les représentants d'un État étranger (y compris et en premier lieu son chef) sont soumis à un régime dérogatoire du droit commun. Celui-ci ne saurait donc fournir un argument à l'appui de la thèse congolaise : en admettant même que le seul fait de *pouvoir* exiger d'être entendu à titre de témoin assisté fasse peser sur la personne concernée une quelconque « suspicion » – ce que la France conteste formellement²¹¹ –, il n'en saurait être question en l'espèce et aucun acte d'instruction n'a été pris qui puisse donner à penser le contraire : pour rechercher le témoignage de M. Sassou Nguesso, les juges d'instruction ont agi en vertu de l'article 656 du code de procédure pénale et nullement de l'article 113-2 de ce même code. Ce faisant, les juges chargés de l'instruction, loin de violer l'immunité de juridiction du chef de l'État congolais ont, au contraire, manifesté leur conviction qu'il devait en bénéficier.

3.55. Le second argument de la partie demanderesse n'est pas mieux fondé. Selon le Congo, l'interdiction de délivrer le réquisitoire contesté résulterait « implicitement mais nécessairement » de l'arrêt de principe rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation dans l'affaire *Kadhafi*²¹². Selon le Congo :

²⁰⁸ Mémoire p. 36.

²⁰⁹ V. *supra*, pars. 3.27 à 3.32.

²¹⁰ Pars. 3.64-3.71.

²¹¹ V. *supra*, *ibid.*

²¹² Mémoire, p. 36.

« Il est capital d'observer que, dans cette affaire, aucun acte de poursuite ou d'instruction visant nommément le chef de l'État libyen n'avait été accompli avant que le procureur de la République ne prenne ses réquisitions de non informer. Seule la plainte avec constitution de partie civile le dénommait. Or, en présence d'une telle plainte, le procureur de la République pouvait fort bien ne décerner qu'un réquisitoire introductif contre X et rien n'obligeait le juge d'instruction à mettre en examen le chef d'État en cause, qu'il pouvait se contenter d'entendre comme témoin assisté »²¹³.

3.56. Sur ce dernier point, il faut noter que la partie congolaise fait erreur : contrairement à ce qu'elle affirme à tort, pas plus que dans l'affaire *Kadhafi*, il n'est ici question ni de mettre en examen le chef d'État en cause, ni de l'entendre comme témoin assisté – simplement parce que ceci n'est pas possible en droit français²¹⁴.

3.57. Au surplus et surtout, cette présentation, pour adroite qu'elle soit, ne peut occulter les grandes différences existant entre les faits de l'affaire *Kadhafi* et ceux de la présente espèce. Il convient en particulier de noter que la plainte avec constitution de partie civile dont il s'agissait dans l'affaire *Kadhafi* visait exclusivement le chef de l'État libyen²¹⁵ ; comme l'immunité de principe de celui-ci ne faisait aucun doute, la seule incertitude concernait la question de savoir si l'une des exceptions au principe de l'immunité était applicable ; la Cour de cassation a tranché par la négative²¹⁶. Les circonstances de la présente espèce sont toutes différentes : d'une part, la plainte a été déposée sans constitution de partie civile ; d'autre part, elle vise d'autres personnes que le chef de l'État congolais ce qui a d'importantes conséquences²¹⁷.

3.58. Contrairement à ce qu'affirme la République du Congo, on ne saurait donc « lire cet arrêt comme impliquant que la seule existence d'une plainte (avec constitution de partie civile ou non, peu importe) visant nommément un chef d'État étranger interdit au procureur de la République de requérir d'informer, même contre X »²¹⁸. Il établit tout au plus que, lorsqu'une plainte vise exclusivement un chef d'État étranger, la décision du procureur de ne pas prendre de réquisitoire introductif n'est pas juridiquement contestable si, du moins, aucune exception à l'immunité de juridiction du chef d'État concerné ne peut être invoquée.

²¹³ *Ibid.*, p. 37.

²¹⁴ V. *supra*, pars. 3.52 et 3.53.

²¹⁵ V. les conclusions précitées (note 199) de l'avocat général M. Launay, *in* annexe V.

²¹⁶ V. l'arrêt préc., *ibid.*

²¹⁷ V. *supra*, pars. 3.22 à 3.24.

²¹⁸ Mémoire, p. 37.

3.59. En la présente espèce, la situation est inverse à celle prévalant dans l'affaire *Kadhafi* : il ne s'agit pas d'un refus d'adopter un réquisitoire introductif visant nommément un chef d'État étranger mais de la décision d'en prendre un contre X ; la plainte initiale (sans constitution de partie civile) ne mentionne M. Sassou Nguesso que parmi d'autres personnes qui, pour leur part, ne bénéficient pas de l'immunité de juridiction.

§ 2 - L'invitation à témoigner adressée au Président de la République du Congo ne porte pas atteinte à son immunité de juridiction

3.60. Selon le Congo, « il serait interdit au juge d'instruction d'entendre le chef de l'État [congolais] comme témoin assisté »²¹⁹. Cette affirmation n'est pas contestable. Mais ce n'est pas du tout de cela qu'il s'agit: M. Sassou Nguesso *n'a pas été* entendu comme témoin assisté ; il n'est pas prévu qu'il le soit et il ne *pourrait l'être* puisque, conformément aux dispositions de l'article 656 du code de procédure pénale, les représentants d'une puissance étrangère ne peuvent qu'être invités à faire une déposition écrite et ils ne sont nullement tenus de déférer à cette invitation.

3.61. Pour cette même raison, l'idée selon laquelle le recours à la procédure de l'article 656 « constituerait une tentative de fraude au droit qu'a une personne visée nommément par une plainte d'exiger de n'être entendue par le juge d'instruction qu'en tant que témoin assisté »²²⁰ est dénuée de tout fondement. Les représentants des puissances étrangères relèvent d'une problématique toute différente: contrairement aux ressortissants français et aux étrangers ne représentant pas leur pays²²¹, ils n'ont aucune obligation de témoigner; et leur refus de donner suite à une demande de déposition écrite qui peut leur être adressée par le juge d'instruction par l'entremise du ministre des affaires étrangères n'a aucune conséquence. Il s'agit là, assurément, d'une protection au moins équivalente à celle résultant de l'article 113-2.

²¹⁹ *Ibidem*.

²²⁰ Mémoire, p. 38.

²²¹ Cf. l'article 109 du code de procédure pénale; v. *infra*, par. 3.66.

3.62. En outre, en la présente occurrence, le Congo est d'autant moins fondé à invoquer une violation de l'immunité de juridiction du Président Sassou Nguesso que, s'il est exact que les juges d'instruction saisis du dossier ont adressé au ministre français des affaires étrangères une demande tendant à recueillir la déposition écrite de celui-ci, le ministre n'a donné, de l'aveu du Congo lui-même, « aucune suite à cette demande »²²².

3.63. L'État demandeur invoque cependant deux autres arguments à l'appui de la seconde branche de son second moyen. D'une part, il se réclame d'une jurisprudence concernant le Président de la République française qu'il serait possible d'appliquer par analogie aux chefs d'État étrangers (A.). D'autre part, il se fonde sur une raison, qu'il présente comme « péremptoire »²²³, consistant à dire qu'un chef d'État « n'est pas 'un représentant' d'une puissance étrangère au sens de l'article 656 [du code de procédure pénale], il est l'organe suprême de cette puissance »²²⁴ (B.). Ni l'un, ni l'autre de ces arguments ne saurait emporter la conviction.

A/ La jurisprudence applicable au Président de la République française

3.64. Le Congo invoque, avec une certaine insistance²²⁵, un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation en date du 10 octobre 2001, aux termes duquel :

« le Président de la République [française] ne peut, pendant la durée de son mandat, être entendu comme témoin assisté, ni être mis en examen, cité ou renvoyé pour une infraction quelconque devant une juridiction pénale de droit commun ; (...) il n'est pas davantage soumis à l'obligation de comparaître en tant que témoin prévue par l'article 101 du code de procédure pénale, dès lors que cette obligation est assortie par l'article 109 dudit code d'une mesure de contrainte par la force publique et qu'elle est pénalement sanctionnée »²²⁶.

3.65. Selon l'État demandeur, « ce qui vaut pour le président de la République vaut, par analogie, pour les chefs d'État étrangers »²²⁷. La France nourrit, pour le moins, des doutes sérieux quant à la possibilité de procéder par analogie: les motifs de l'immunité d'un chef d'État au regard du droit interne d'une part, du droit international d'autre part ne sont pas

²²² Mémoire, p. 17.

²²³ *Ibid.*, p. 38.

²²⁴ *Ibidem.*

²²⁵ *Ibid.*, pp. 37-38.

²²⁶ 10 octobre 2001, *Bull.* n° 206, p. 660.

²²⁷ Mémoire, p. 38.

identiques ; au surplus, les règles constitutionnelles prévoient en général des procédures spéciales permettant la poursuite du chef de l'État lorsque celui-ci manque gravement aux devoirs de sa charge ou commet des crimes graves²²⁸.

3.66. Il n'est cependant pas utile d'entrer dans ce débat. Il résulte en effet des termes mêmes de l'arrêt précité que l'impossibilité de recueillir le témoignage du Président de la République française tient à ce que, en vertu de l'article 109 du code de procédure pénale, le refus d'un témoin de comparaître, « est assorti (...) d'une mesure de contrainte par la force publique et qu'[il] est pénalement sanctionné (...) ». Or tel n'est pas le cas d'un refus de témoigner opposé par une personne à laquelle une demande a été adressée en vertu de l'article 656 du même code: elle se borne à ouvrir une *faculté* de témoigner que le représentant de l'État étranger demeure entièrement libre de décliner ; et un tel refus n'est assorti d'aucune sanction pénale et d'aucune mesure de contrainte²²⁹.

3.67. Ce mécanisme, qui repose sur l'entière liberté de la personne à laquelle la demande est adressée, est pleinement compatible avec les dispositions du paragraphe 2 de l'article 31 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 :

« L'agent diplomatique n'est pas obligé de donner son témoignage ».

Il s'en déduit, conformément à l'interprétation généralement admise, que s'il n'est pas obligé de *donner* son témoignage, rien, en revanche, n'interdit de le lui *demander*²³⁰.

B/ Le chef d'un État est un représentant de cet État

3.68. Pour tenter d'échapper aux conséquences de cette analyse, le Congo invoque une raison qu'il qualifie de « péremptoire » et qui tiendrait à ce qu'un chef d'État étranger ne serait pas « un représentant » d'une puissance étrangère, mais « l'organe suprême de cette puissance »²³¹.

²²⁸ Pour la France, v. l'article 68 de la Constitution.

²²⁹ V. *supra*, pars. 3.53-3.54.

²³⁰ V. Jean Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, Bruylant, Bruxelles, 1994, pp. 319-320.

²³¹ Mémoire, p. 38.

3.69. La France ne conteste nullement qu'un chef d'État en est l'organe suprême. Mais cette qualité n'exclut nullement qu'il représente l'État dont il est le chef; bien au contraire, c'est en cette qualité qu'il le représente. Et s'il n'est pas douteux que les dispositions de l'article 656 sont applicables aux membres des missions diplomatiques et à certains membres d'un poste consulaire, il n'en résulte pas qu'elles ne soient pas applicables à un chef d'État (ou à un ministre des affaires étrangères) d'une puissance étrangère.

3.70. Telle est du reste la pratique constante des autorités judiciaires françaises, en parfaite cohérence avec le droit international. Ainsi dans ses conclusions dans l'affaire *Kadhafi*, l'avocat général Launay, après avoir rappelé que « [l]e régime juridique de l'immunité de juridiction des chefs d'État étrangers s'identifie, dans ses grandes lignes, à celui prévu par la Convention de Vienne du 18 avril 1961 au bénéfice du personnel diplomatique », a justifié cette immunité par « l'identification de l'État à son représentant »²³². De même, dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, la Cour a « fait observer qu'un ministre des affaires étrangères, responsable de la conduite des relations de son État avec tous les autres États, occupe une position qui fait qu'à l'instar du chef de l'État ou du chef du gouvernement il se voit reconnaître par le droit international la qualité de représenter son État du seul fait de sa fonction »²³³.

3.71. Cette qualification s'impose avec d'autant plus de force en l'espèce que le problème posé à la Cour n'est pas de savoir si les juges d'instruction ont fait une application correcte des dispositions de l'article 656 du code français de procédure pénale – la Cour n'est pas juge de l'interprétation et de l'application du droit français²³⁴ – mais si la demande des juges d'instruction français, formulée en application de cette disposition et que le ministre des affaires étrangères n'a pas transmise au Président Sassou Nguesso, est conforme ou non au droit international et si elle porte atteinte à l'immunité de juridiction dont celui-ci bénéficie. De l'avis de la République française, la réponse à cette question est indiscutablement négative pour l'ensemble des raisons exposées ci-dessus.

²³² Conclusions précitées, note 199, annexe V.

²³³ Arrêt du 14 février 2002, par. 53. V. aussi, par exemples, l'article 7, paragraphe 2.a) de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, l'article 21 de la convention de 1969 sur les missions spéciales ou l'article 1^{er} de la convention de 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale.

²³⁴ Cf. C.P.J.I., arrêt du 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, série A, n° 7, p. 19; avis consultatif du 4 février 1932, *Traitement des nationaux polonais à Dantzig*, série A/B, n° 44, p. 24.

3.72. Au terme de cet examen, il apparaît que le second moyen invoqué pour la République du Congo ne peut qu'être rejeté :

i/ le réquisitoire du procureur de la République du 23 janvier 2002 n'a pas eu pour effet – et n'aurait pu avoir pour effet – d'établir la compétence du juge d'instruction de Meaux pour instruire à l'égard de ressortissants congolais ne se trouvant pas sur le territoire français au moment de son adoption en l'absence de réquisitoire supplétif nominatif délivré ultérieurement ;

ii/ M. Dabira, seule personne visée par la plainte – à laquelle renvoie le réquisitoire du 23 janvier 2002 – à se trouver en territoire français à cette date ne bénéficie d'aucune immunité de juridiction ;

iii/ il en va de même de MM. Oba et Adoua, qui, en tout état de cause, ne pourrait faire l'objet d'actes d'instruction que si le procureur de la République prenait un réquisitoire supplétif nominatif dans l'hypothèse où ils seraient présents en France hors du cadre d'une mission diplomatique officielle ; au surplus, les demandes de la République du Congo en ce qui les concerne sont sans objet en ce qu'elles visent une situation purement éventuelle ;

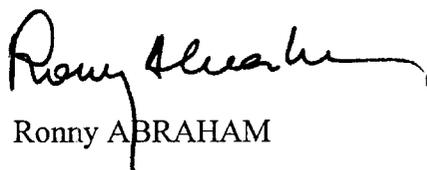
iv/ en revanche, la République française ne conteste pas que le Président Sassou Nguesso bénéficie des immunités reconnues aux chefs d'État étrangers qui, dans les circonstances de l'espèce, sont absolues ;

v/ il n'y a nullement été porté atteinte par l'invitation à témoigner adressée par les juges d'instruction au Ministère français des Affaires étrangères, et à laquelle, en vertu de règles claires du code français de procédure pénale, M. Sassou Nguesso n'aurait eu, de toute manière, aucune obligation de donner suite si elle lui était parvenue.

CONCLUSIONS

Pour les raisons exposées dans le présent mémoire, la République française prie la Cour internationale de Justice de bien vouloir rejeter les demandes de la République du Congo.

Paris le 11 mai 2004,



Ronny ABRAHAM

Agent de la République française

ANNEXES

- Annexe I Notification de l'adhésion du Congo à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 (31 juillet 2003)
- Annexe II - Lettre du Général de brigade Norbert Dabira au Chargé d'Affaire de l'Ambassade de France au Congo (9 septembre 2002)
- Instruction du Ministre Délégué à la Présidence de la République du Congo, Chargé de la Défense nationale (9 septembre 2002)
- Annexe III - Note verbale de l'Ambassade de la République du Congo en France (5 février 2004)
- Lettre du Chef adjoint du Protocole du Ministère français des Affaires étrangères à M. Cook, officier de police judiciaire (5 février 2004)
- Annexe IV Documents transmis à la Cour internationale de Justice par l'agent de la République du Congo (21 mai 2003)
- Annexe V Conclusions de l'Avocat général dans l'affaire *Procureur général près la Cour d'appel de Paris c/ Association SOS Attentats et Mme Béatrice de Boery ép. Castelnau d'Essenault* (« affaire Kadhafi ») (27 février 2001)