

Conclusions additionnelles

POUR :

1. Madame **Samiha Abbas Hijazi**, de nationalité libanaise (pas de passeport, document 5496895/90), ayant sa résidence actuelle à Beyrouth, Al-Horch, près de l'école autrichienne
2. Monsieur **Abd el Nasser Alameh**, de nationalité libanaise (Passeport No 0473395), ayant sa résidence actuelle à Beyrouth/ Sabra/ ruele El Dik
3. Madame **Ouadha Hassan el-Sabeq**, de nationalité palestinienne (Document spécial pour réfugiés, no 205963), ayant sa résidence actuelle à Beyrouth / Bir Hassan
4. Monsieur **Mahmoud Younes**, de nationalité palestinienne (Document spécial pour réfugiés, no 217163), ayant sa résidence actuelle à Beyrouth / Camp de Chatila
5. Madame **Fadi Ali El Doukhi**, de nationalité palestinienne (Document spécial pour refugiés 686 24), ayant sa résidence actuelle à Saida /Camp Miyeh Miyeh
6. Madame **Amina Hasan Mohsen**, de nationalité palestinienne, (Document spécial pour réfugiés 912/4969), ayant sa résidence actuelle à Saida/rue El- Hamtari, complexe hiba
7. Madame **Sana Mahmoud Sersaoui**, de nationalité palestinienne (Document spécial pour réfugiés, 76/6931), ayant sa résidence actuelle à Beyrouth, Sabra, Ali el Bacha / Immeuble Houssi
8. Madame **Nadima Youssef Said Naser**, de nationalité palestinienne (pas de passeport, document 602/ 7382), ayant sa résidence actuelle à Beyrouth, Sabra/Immeuble Gaza numéro 1
9. Madame **Mouna Ali Hussein**, de nationalité palestinienne (Document spécial pour réfugiés 214057), ayant sa résidence actuelle à Beyrouth, Sabra, Immeuble Ghazza numéro 1
10. Madame **Chaker Abd-el-Ghani Tatat**, de nationalité palestinienne (pas de passeport, document 842/2992), ayant sa résidence actuelle à Beyrouth, Sabra, Quartier Al-Bacha
11. Monsieur **Akram Ahmad Hussein**, de nationalité palestinienne (Document spécial pour réfugiés, 902/9265), ayant sa résidence actuelle à Beyrouth, Camp de Chatila

12. Madame **Bahija Zrein**, de nationalité palestinienne (Document 108642), ayant sa résidence actuelle à Beyrouth, Sabra, Allée El-Dik
13. Monsieur **Muhammad Ibrahim Faqih**, de nationalité libanaise (passeport libanais no 322903), ayant sa résidence actuelle à Beyrouth, Bir Hasan
14. Monsieur **Mohammed Chawkat Abou Roudeina**, de nationalité palestinienne (Document spécial pour réfugiés 161877), ayant sa résidence actuelle à Beyrouth, camp de Chatila
15. Monsieur **Fady Abdel Qader El Sakka**, de nationalité palestinienne (pas de passeport, document 471/1144), ayant sa résidence actuelle à Beyrouth / Camp de Chatila
16. Monsieur **Adnan Ali al-Mekdad**, de nationalité libanaise (pas de passeport), ayant sa résidence actuelle à Chatila Station El Rihab
17. Madame **Amale Hussein**, de nationalité palestinienne (pas de passeport), ayant sa résidence actuelle à Beyrouth / Camp de Chatila
18. Madame **Noufa Ahmad el-Khatib**, de nationalité libanaise, ayant sa résidence actuelle à Beyrouth / Bir Hassan
19. Monsieur **Najib Abd-el-Rahman Al-Khatib**, de nationalité palestinienne (pas de passeport), ayant sa résidence actuelle à Beyrouth, camp de Chatila
20. Monsieur **Ali Salim Fayad**, de nationalité libanaise (pas de passeport), ayant sa résidence actuelle à Beyrouth/al-Horch - Entrée sud de Sabra
21. Monsieur **Ahmad Ali el-Khatib**, de nationalité libanaise, ayant sa résidence actuelle à Beyrouth / région de Bir Hassan
22. Madame **Nazek Abdel-Rahman al-Jammal**, de nationalité libanaise (pas de passeport), ayant sa résidence actuelle Beyrouth / Sabra/ Ruelle al-Dik
23. Monsieur **Khalil Hammo**, de nationalité palestinienne, ayant sa résidence actuelle à 2590 Berlaar, Markt 76/B2

Représentés par leurs conseils : Maître Luc Walleyn, avocat à 1030 Bruxelles, rue des Palais 154, Maître Michaël Verhaeghe, avocat à 3090 Overijse, Waversesteenweg 60 et Maître Chibli Mallat, avocat à Beyrouth (Liban)

Et élisant tous domicile chez Me Luc Walleyn, en son cabinet précité.

CONTRE :

1. Monsieur **Ariel Sharon**, de nationalité israélienne, Premier ministre de l'Etat d'Israël, résidant à l'étranger mais ayant fait élection de domicile en l'étude de Me Adrien MASSET, à 4650 HERVE, rue Bê Pâki 16
- Inculpé**

2. Monsieur **Amos Yaron**, de nationalité israélienne, directeur au Ministère de la Défense d'Israël, résidant à l'étranger, mais ayant fait élection de domicile en l'étude de Me Adrien MASSET, à 4650 HERVE, rue Bê Pâki 16

Inculpé

Tous les deux représentés par leur conseil Maître Adrien Masset, avocat à 4650 HERVE, rue Bê Pâki 16

3. X

EN PRESENCE DE :

Monsieur le Procureur Général près la Cour d'Appel de Bruxelles

Cour d'Appel de Bruxelles

Chambre des Mises en Accusation

Pen. 1632/01

Vu l'arrêt du 6.3.2002 ;

Vu la note de Monsieur le Procureur Général;

Vu les conclusions pour les inculpés Sharon et Yaron du 24 avril 2002 ;

I. INCIDENCE SUR L'AFFAIRE SABRA ET CHATILA DE L'ARRET DE LA C.I.J. DU 14 FEVRIER 2002.

1. L'ARRET DE LA C.I.J. N'A PAS D'EFFET JURIDIQUE DIRECT

Un arrêt de la C.I.J. n'a pas d'effet juridique direct sur un tribunal interne.

La Cour Internationale de Justice a pour mission d'arbitrer des litiges entre Etats, et non pas d'influencer leur droit interne, ce en quoi elle se distingue fondamentalement d'institutions comme la Cour de Justice de l'Union Européenne ou de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. A juste titre, Monsieur l'Avocat Général rappelle que la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice ne constitue pas à proprement parler une source de droit international.

L'article 59 du Statut précise en effet que

"La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé".

Cela implique que rien dans l'arrêt du 14 février 2002 ne peut être considéré comme ayant un effet direct dans une autre cause. L'arrêt ne pourrait pas davantage être considéré comme un précédent.

Dans sa note, monsieur l'Avocat Général déduit cependant une certaine force contraignante de l'article 38-1d) du Statut de la Cour qui dit littéralement que :

"La Cour applique :

- d) Sous réserve de la disposition de l'article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit".

La notion de "décision judiciaire" de l'article 38-1d) du Statut de la Cour ne semble pas faire référence à la propre jurisprudence de la Cour elle-même, mais bien aux décisions judiciaires intervenues dans les pays signataires du Statut, en tant que preuve de l'*opinio iuris* des Etats.

La jurisprudence occupe donc dans l'article 38 une place identique à celle de la doctrine des différents pays comme moyen de déterminer les règles de droit, et cela **après** les conventions, la coutume internationale et les principes généraux de droit.

Certes, la notion de "décision judiciaire" de l'article 38 ne semble pas exclure les décisions judiciaires prises par la Cour elle-même, mais la référence à l'article 59 en limite malgré tout

fortement la portée. Par ailleurs, la question qui se pose n'est pas celle de savoir si la Cour Internationale de Justice doit tenir compte de sa propre jurisprudence, mais bien celle de savoir si les tribunaux internes doivent la suivre.

Le point de vue de Monsieur l'Avocat Général selon lequel on pourrait déduire de l'article 38-1d) que les arrêts de la Cour jouissent d'une "*primauté sur les autres interprétations jurisprudentielles ainsi que sur les interprétations doctrinales*" ne trouve non seulement pas d'appui dans le texte de l'article 38, mais est au contraire explicitement en contradiction avec celui-ci.

La Cour le confirme d'ailleurs expressément dans ses conclusions :

77. La Cour ne voit aucune autre mesure de réparation à prescrire : elle ne saurait en particulier indiquer, dans un arrêt statuant sur un différend entre le Congo et la Belgique, quelles en seraient les implications éventuelles pour des Etats tiers, et ne saurait par suite accueillir sur ce point les conclusions du Congo.

Une recherche exhaustive dans la jurisprudence sur ce point doit conclure que "la rareté de la jurisprudence qui concerne directement l'Article 38 illustre bien sa mise en œuvre satisfaisante. En effet, dans la jurisprudence combinée des deux cours (la CIJ et son prédécesseur, la Cour Permanente de Justice Internationale) dans les cas litigieux, il n'y a que de rares références directes à l'Article 38."²

Plus récemment encore, un auteur a explicité la relativité des décisions de la CIJ comme suit :

"Il est surprenant pour un grand nombre de chercheurs Anglo-Américains qui ne sont pas spécialisés en l'un ou l'autre champ du droit international d'apprendre qu'il n'y a pas de système de précédents en droit international. Ces spécialistes agissent dans une surabondance de précédents. Aux Etats Unis jusqu'en 1997, il y avait dans la common law plus de quatre millions de cas publiés. Au Royaume-Uni, la force de la règle du précédent est telle que les Cours d'appel suivent la pratique des opinions écrites qui tiennent compte de tous les précédents cités par les avocats à la Cour, et distinguent soigneusement chaque précédent qui n'est pas suivi..."

Comme juristes du droit international, nous fonctionnons dans les spécialités qui ne connaissent pas la doctrine du précédent,... [qui] n'est pas simplement étrangère au droit international, mais est expressément désavouée par les sources presque sacrées des champs fondamentaux du Droit International Public,... comme les articles 38.1 et 59 des statuts de la Cour Internationale de Justice, et section 102, Restatement (third) du Foreign Relations Law of the United States."³

Après avoir cité l'article 38.1, l'auteur remarque que cet article "partage en deux les candidats aux sources du Droit International":

*"-les accords internationaux, le droit international coutumier, et les Principes Généraux, qui forment la loi même, au premier degré (first tier).
-les décisions juridiques et la doctrine écrite, qui ne forment pas la loi elle-même mais plutôt des moyens de déterminer ce qu'est la loi, au second degré (second tier)..."*⁴

Cette position est confirmée par le *Restatement* (la Codification non-officielle de la loi aux Etats-Unis) :

*"Le droit international provient de deux sources premières, la coutume et la convention internationale, et une source secondaire, les principes généraux de droit qui sont communs aux systèmes juridiques dans le monde. L'omission de la doctrine du précédent en dit long. La doctrine du précédent ne peut être considérée comme dérivée de ces sources reconnues."*⁵

Il faut conclure que ce qui doit être pris en compte éventuellement par la Belgique n'est donc pas l'arrêt en tant que tel, mais la coutume internationale que cet arrêt est censé appliquer. Rappelons qu'avant l'arrêt du 14 février, la doctrine considérait en général qu'un état avait au moins le droit, sinon l'obligation, de refuser toute immunité en cas de poursuites pour des crimes internationaux, comme le résumait encore K. Kittchaisaree dans un ouvrage récent :

*"Les Etats n'ont pas d'obligation en droit international d'accorder une immunité d'Etat ou une immunité diplomatique à des criminels internationaux. Les deux arrêts Pinochet de la Chambre des Lords britannique refusant l'immunité à un 'ancien' chef d'Etat pour crimes d'importance internationale, mais pas à un chef d'Etat en poste, ne reflètent pas la position du droit international. Il s'agissait seulement d'une cour anglaise interprétant les clauses de la loi anglaise en question."*⁶

Encore plus récemment, une étude consacrée à la présente affaire au sein de l'école supérieure d'études internationales de l'Université de Columbia à New York, note que

*"Le rejet de la compétence sur la base de l'immunité d'un chef d'Etat équivaudrait non seulement au rejet des tendances en progrès en droit international, mais aussi à un échec moral...La théorie de "la dénivellation" de la coutume [développée par Frederic Kirgis] montre qu'une manifestation suffisamment importante de l'*opinio juris* rend la pratique des Etats irrelevante (et vice-versa)".*⁷

La position des concluants sur l'absence d'effet direct des décisions de la Cour n'implique pas qu'ils estiment que la Cour n'aurait aucune autorité et ne les empêche nullement d'invoquer la jurisprudence de cette juridiction (ou de la CPJI) sur d'autres points (notamment la jurisprudence *Lotus* et les décisions relatives à la Convention sur le génocide).

L'autorité de la jurisprudence de la Cour est notamment celle de la coutume internationale. Cette coutume peut cependant évoluer, sinon la pratique des états et l'*opinio iuris* resteraient toujours statiques. L'autorité d'une décision de la Cour dépend aussi de la mesure dans laquelle elle est suivie. La jurisprudence *Lotus* est une référence dans la doctrine depuis près d'un siècle. La décision du 14/2 est une décision qui n'a pas été prise unanimement par la Cour, et qui se heurte

déjà à beaucoup de critiques dans la doctrine. Son autorité définitive dépendra aussi de la mesure dans laquelle les tribunaux nationaux la suivront.

2. PORTÉE LIMITÉE DE LA CHOSE JUGÉE : L'INTERPRÉTATION DE L'ARRÊT SE FAIT À PARTIR DE SON DISPOSITIF

A supposer, *quod non*, qu'un ressortissant israélien en sa position actuelle de chef de gouvernement puisse invoquer la décision du 14 février 2002 en sa faveur, l'autorité de la chose jugée des arrêts de la Cour Internationale de Justice ne s'attache en principe qu'au *dispositif* de l'arrêt. La Cour permanente a énoncé ce principe dans un avis consultatif du 16 mai 1925 relatif à l'affaire du service postal polonais à Dantzig⁸. La Cour Internationale de Justice l'a rappelé lorsqu'elle a incidemment observé, dans un arrêt de 1959, qu'*« exécuter une décision, c'est mettre à exécution le dispositif de celle-ci »*⁹.

Cette position est partagée par la doctrine¹⁰, même si certains auteurs y ajoutent que la force juridique bénéficie également aux éléments de l'exposé qui relèvent des motifs *indispensables* pour justifier le dispositif¹¹.

Il s'ensuit donc que la portée exacte de l'arrêt YERODIA du 14 février 2002 ne saurait s'analyser à partir des seuls motifs, mais par contre à partir du dispositif qui délimitera et conditionnera à son tour la valeur et la pertinence des motifs de l'arrêt.

Sur le fond du litige, l'arrêt du 14 février 2002 contient le dispositif suivant :

« *Dit que l'émission, à l'encontre de M. Abdoulaye Yerodia Ndombasi, du mandat d'arrêt du 11 avril 2000, et sa diffusion sur le plan international, ont constitué des violations d'une obligation juridique du Royaume de Belgique à l'égard de la République démocratique du Congo, en ce qu'elles ont méconnu l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité dont le ministre des affaires étrangères en exercice de la République démocratique du Congo jouissait en vertu du droit international ;*
 (...)

Dit que le Royaume de Belgique doit, par les moyens de son choix, mettre à néant le mandat d'arrêt du 11 avril 2000 et en informer les autorités auprès desquelles ce mandat a été diffusé ; »

L'autorité de l'arrêt s'attache ainsi à la règle que la délivrance ainsi que la diffusion d'un mandat d'arrêt sont des violations de l'immunité et de l'inviolabilité telles qu'accordées à certaines personnes en vertu de leurs fonctions officielles.

Les deux parties du dispositif sont indissociables, la mesure de réparation ordonnée par la Cour étant la conséquence de la violation constatée. Ainsi, la mesure de réparation détermine la portée exacte de ce que la Cour a voulu entendre sous la règle de droit international par rapport à l'immunité et à l'inviolabilité qu'elle invoque.

Il importe dès lors de vérifier d'abord la motivation de cette mesure, avant d'examiner les autres motifs de la Cour. D'autre part, toute interprétation des motifs est conditionnée par le dispositif de l'arrêt.

Dans l'arrêt du 14.02.2002, la Cour a motivé la mesure ordonnée de la façon suivante :

"75. La Cour a déjà conclu ci-dessus (voir paragraphes 70 et 71) que l'émission et la diffusion, par les autorités belges, du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 avaient méconnu l'immunité du ministre des affaires étrangères en exercice du Congo et, plus particulièrement, violé l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité dont jouissait alors M. Yerodia en vertu du droit international. Ces actes ont engagé la responsabilité internationale de la Belgique. La Cour estime que les conclusions auxquelles elle est ainsi parvenue constituent une forme de satisfaction permettant de réparer le dommage moral dont se plaint le Congo.

76. Cependant, ainsi que la Cour permanente de Justice internationale l'a dit dans son arrêt du 13 septembre 1928 en l'affaire relative à l'Usine de Chorzów :

*«[I]l principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte **illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis**» (C.P.J.I. série A n°17, p. 47).*

Or, dans le cas d'espèce, le rétablissement de «l'état qui aurait vraisemblablement existé si [l'acte illicite] n'avait pas été commis» ne saurait résulter simplement de la constatation par la Cour du caractère illicite du mandat d'arrêt au regard du droit international. Le mandat subsiste et demeure illicite nonobstant le fait que M. Yerodia a cessé d'être ministre des affaires étrangères. Dès lors la Cour estime que la Belgique doit, par les moyens de son choix, mettre à néant le mandat en question et en informer les autorités auprès desquelles ce mandat a été diffusé'

77. La Cour ne voit aucune autre mesure de réparation à prescrire ... "

Ce raisonnement s'analyse logiquement comme suit :

1. la Cour se dote d'une obligation, même d'office, de rechercher tous les actes qui sont à considérer comme illégaux sous l'angle de sa décision principale ;
2. cette obligation vise notamment l'effacement de ces actes afin de « *rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis* » ;

3. selon la Cour, le retrait du mandat d'arrêt suffit pour arriver à cet état original qui n'était pas entaché de violation. La Cour y ajoute même qu'elle ne voit « *aucune autre mesure de réparation à prescrire* » ;

Il s'ensuit que la Cour n'a pas considéré que l'instruction pénale en tant que telle était un acte contraire à la règle de l'immunité et de l'inviolabilité, sinon elle aurait dû ordonner non seulement le retrait du mandat d'arrêt, mais de toute acte d'instruction. Toute interprétation des motifs de l'arrêt devra nécessairement tenir compte de cet élément essentiel.

Il reste à souligner qu'il ne s'agit certainement pas d'un 'oubli' ou d'une interprétation erronée des règles de la procédure pénale belge. Au paragraphe 47 de l'arrêt, la Cour a clairement fait mention de la position du Congo, à savoir « *qu'aucune poursuite pénale ne peut être engagée à l'encontre d'un ministre des affaires étrangères devant une juridiction étrangère aussi longtemps qu'il exerce ses fonctions (...)* ». Or cette poursuite pénale n'est nullement mise en cause dans l'arrêt. De plus, la Cour a été amplement informée par les parties sur la procédure pénale belge. Enfin, la distinction entre les poursuites pénales et certains actes comme un mandat d'arrêt a également été soulignée dans l'opinion séparée des juges Higgins-Kooijmans-Buerenthal qui sont d'avis qu' « **entreprendre une enquête sur la base de laquelle un mandat d'arrêt serait émis par la suite ne constitue pas en soi une violation de ces principes.** »¹² (par. 59 de leur opinion, cfr. aussi infra section 3.1). Rien qu'en évoquant cette distinction entre une instruction criminelle et un mandat d'arrêt, cette opinion séparée démontre bien que le sujet a fait l'objet du délibéré de la Cour Internationale de Justice et la décision de limiter les mesures ordonnées au mandat d'arrêt a bel et bien été prise en parfaite connaissance de cause.

Cette conclusion s'impose d'autant plus que l'instruction criminelle se distingue fondamentalement des actes qui sont accomplis dans son cadre. L'instruction criminelle se poursuit en règle de façon continue à partir de la saisine du juge d'instruction jusqu'au moment où les juridictions de l'instruction mettent formellement fin à cette saisine, et constitue une opération complexe avec des mesures et devoirs nombreux et nuancés. Un mandat d'arrêt par contre vise une action spécifique dans le cadre de cette instruction. Vu sous l'angle de la règle de l'immunité/inviolabilité telle que reconnue par la Cour Internationale de Justice, l'on ne peut donc assimiler l'instruction criminelle à un mandat d'arrêt.¹³

Dans leurs conclusions, M.Sharon et M.Yaron tentent d'expliquer la portée limitative à travers la règle qui interdit la Cour de statuer *ultra petita*. Ils estiment que la Cour ne pouvait se prononcer qu'en ce qui concerne le mandat d'arrêt en tant qu'acte isolé et qu'elle ne pouvait donc apprécier la légalité de l'instruction à la lumière du droit international.

Tout d'abord, cette position n'est pas compatible avec l'attitude de la Cour même dans la détermination des mesures à ordonner, telles qu'énoncées déjà plus haut. En effet, la Cour souligne son devoir d'ordonner des mesures de restauration/réparation, même en l'absence d'une demande des parties à la cause. En d'autres termes, la Cour se dote clairement d'un devoir de statuer –même *ultra petita* s'il échec- dès qu'elle estime que le droit international requiert une mesure de restauration de l'ordre violé. En vertu de ce principe, expressément soulevé d'office par la Cour, elle aurait parfaitement pu ordonner la Belgique de retirer non seulement le mandat d'arrêt mais également d'annuler l'instruction judiciaire.

Dans l'analyse de l'opinion dissidente du juge AL-KHASAWNEH, M.Sharon et M.Yaron paraissent même adopter une position radicalement opposée à celle qu'ils plaident dans le contexte de l'analyse de la saisine de la Cour Internationale. En effet, ils interprètent cette opinion dissidente à la page 31 de leurs conclusions comme étant la confirmation que la Cour Internationale s'est aussi clairement prononcée sur l'illégalité de l'exercice de juridiction et que la règle d'immunité telle qu'avancée par cette Court couvre donc non seulement des mesures d'exécution (comme le mandat d'arrêt) mais également l'exercice pur et simple d'une juridiction (comme l'instruction judiciaire).

De deux choses, l'une : soit la Cour s'est prononcée (également) par rapport à l'instruction judiciaire, soit elle s'est limitée à la question du mandat d'arrêt. Dans la première hypothèse, l'absence de mesures par rapport à l'instruction démontre à suffisance et en elle-même l'absence d'illégalité de l'instruction en tant que telle. Dans la deuxième hypothèse, l'on ne pourrait pas, comme le font les inculpés, déduire de l'arrêt que l'instruction est contraire au droit international.

Les concluants réfèrent au mémorandum du Congo devant la CIJ, dans lequel est exposé à la page 10, n° 14 :

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

Or, l'exercice de la compétence telle qu'instaurée par la loi du 16 juin 1993, dans l'affaire Yerodia, ne se limitait pas à l'émission d'un mandat d'arrêt mais portait de toute évidence aussi sur l'instruction qui en était à la base. L'absence de mesures de restauration par rapport à cette

instruction demeure donc significative. Elle indique que la Cour Internationale de Justice ne considère pas comme illégale en droit international, la simple existence d'une instruction criminelle à l'encontre d'une personne bénéficiant d'une immunité coutumière telle que définie par la Cour.

3. L'ARRÊT DE LA C.I.J. CONFIRME QUE LA PORTÉE DE L'IMMUNITÉ POUR LES CRIMES DE GUERRE ET LES CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ EST LIMITÉE.

La C.I.J. considère que le chef du gouvernement devrait, tout comme le Ministre des Affaires Etrangères, jouir dans les autres Etats d'une immunité de juridiction pénale. La Cour ne précise cependant pas l'étendue de cette immunité, comme le rappelle d'ailleurs Monsieur l'Avocat Général.

Dans le paragraphe 60, la Cour n'entend pas définir ce qu'elle entend par immunité et inviolabilité, mais répond à l'argument de l'impunité :

"L'immunité de juridiction peut certes faire obstacle aux poursuites pendant un certain temps ou à l'égard de certaines infractions ; elle ne saurait exonérer la personne qui en bénéficie de toute responsabilité pénale".

Le paragraphe 55 in fine, cité également par Monsieur l'Avocat Général, ne contient pas davantage une définition, mais souligne au contraire que l'immunité joue dans la mesure où le Ministre des Affaires Etrangères se rend dans un autre pays :

"le simple fait qu'en se rendant dans un autre Etat ou qu'en traversant celui-ci un Ministre des Affaires étrangères puisse être exposé à une procédure judiciaire...".

Le paragraphe 54 est le seul dans lequel la Cour tente plus ou moins de donner une définition de l'immunité :

"Les fonctions d'un Ministre des Affaires Etrangères 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 Etat qui ferait obstacle à l'exercice de ses fonctions."

3.1 L'ARRÊT CONFIRME LA POSSIBILITÉ DE "COMMENCER UNE ENQUÊTE JUDICIAIRE."

Rien dans ce paragraphe ne semble suggérer qu'une simple instruction puisse faire obstacle à l'exercice de la fonction de Ministre des Affaires Etrangères, par extension à celle d'un Premier Ministre.

Les concluants ne suivent donc pas l'interprétation de Monsieur l'Avocat Général selon laquelle il serait "*indiscutable*" que la Cour entendrait "*donner à la notion d'immunité la portée la plus*

étendue possible, et que les conséquences sur la régularité de la présente procédure, devraient être déterminées en fonction des règles qui gouvernent dans notre droit interne les immunités les plus rigoureuses ".

Tout d'abord, les concluants répètent le principe de la délimitation de toute interprétation des motifs de l'arrêt à la lumière de son dispositif (cf. supra), ce qui en l'espèce s'oppose déjà à toute interprétation selon laquelle le simple fait d'une enquête pénale contre une personne bénéficiaire d'une immunité coutumière serait contraire au droit international.

Deuxièmement, il n'y pas de définition précise de cette immunité coutumière. La Cour internationale n'a pas précisé de façon claire et exhaustive ce qu'il faut entendre comme étant une action contraire à cette immunité. Vu l'allégation de la nature coutumière de celle-ci, l'on doit également être très prudent avec des analogies. Des analogies peuvent éventuellement être utiles pour une réflexion générale sur la problématique mais ne sauraient devenir des critères pour l'interprétation, comme l'a fait M. le Procureur-Général dans sa note (n°10) en référant aux "*règles qui gouvernent, dans notre droit interne, les immunités les plus rigoureuses*". Cette position semble confondre le caractère absolu qu'attache la Cour internationale à l'immunité en question et d'autre part l'évaluation d'une action concrète comme étant une violation de cette immunité, qui s'analyse avant tout à partir du dispositif de l'arrêt lui-même.

Et si analogie il faut, il paraît plus logique de s'inspirer de l'immunité diplomatique¹⁴ (plutôt que de celle du Roi, d'un parlementaire, d'un ministre fédéral, communautaire ou régional) pour déterminer le contenu de l'immunité d'un Premier Ministre étranger. On ne doit cependant pas perdre de vue que, si l'immunité accordée à certains diplomates est absolue, elle est néanmoins modérée par le fait que l'Etat peut toujours refuser d'agréer un diplomate, et que le diplomate peut être déclaré "*persona non grata*" même pendant la durée de sa fonction, alors que l'Etat n'a aucune influence sur la représentation d'un autre Etat par un de ses dirigeants, sauf s'il l'invite sur son territoire.

Les règles prévalant pour les diplomates devraient donc probablement être respectées lors de visites officielles, pendant lesquelles le Chef d'Etat, Premier Ministre ou Ministre des Affaires Etrangères agissent en quelque sorte comme diplomates *ad hoc*. C'est également ce que prévoit la Convention de New-York du 8.12.1969 sur les missions spéciales. Reste à savoir quelle devrait être l'immunité d'un dirigeant étranger qui reste dans son pays, et dont l'exercice de la fonction n'est pas influencé par une instruction menée dans un autre pays ?

Les Juges Higgins, Kooijmans et Buerghental, dans leur opinion individuelle conjointe, plaident explicitement pour un concept limité de l'immunité :

*"Eu égard à l'aversion du monde entier envers ces crimes, de telles immunités doivent être reconnues de manière restrictive (with restraint), surtout lorsqu'il y a des raisons de croire que des crimes ont été commis qui sont universellement condamnés par des conventions internationales."*¹⁵

A supposer que la décision du 14 février 2001 entraîne une obligation générale de la Belgique à l'égard d'autres Etats que le Congo, et notamment à l'égard d'Israël, *quod non*, telle obligation ne pourrait pas dépasser le cadre de la décision de la C.I.J. elle-même.

Sous cet angle, seule la délivrance d'un mandat d'arrêt ou une autre mesure de contrainte à l'égard d'un Chef d'Etat, Premier ministre ou Ministre des Affaires Etrangères pourrait donc être considérée comme une violation du droit international par l'Etat belge : cela est confirmé expressément, pour les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, par les juges Higgins, Kooijmans et Buerghental, dans leur opinion concordante:

*"Si le but poursuivi par la désignation de certains actes comme crimes internationaux est de permettre l'établissement d'une compétence large pour juger ceux qui les commettent, il n'y a pas de règle de droit international (et certainement pas le principe aut dedere) qui rend illégal des actes ouverts de coopération dans le but d'assurer leur présence dans l'Etat qui exerce une juridiction..."*¹⁶

*"Commencer une enquête sur la base de laquelle un mandat d'arrêt pourrait être émis par la suite ne viole pas en soi ces principes [d'immunité et d'inviolabilité.]"*¹⁷

3.2 L'IMMUNITÉ ET L'INVOLABILITÉ SONT RESTREINTES QUANT À LA FONCTION ET AUX ACTES QU'ELLES COUVRENT

Là encore, l'opinion conjointe des trois juges Higgins, Kooijmans et Buerghental confirme la tendance au sein de la Cour d'accepter l'immunité, même pour certains crimes internationaux, mais d'en restreindre la portée. Un chef d'Etat n'est pas assimilable à un chef de gouvernement qui n'est pas assimilable à un Ministre des Affaires Etrangères, surtout dans une situation de crimes graves où le droit international semble s'éloigner à grands pas des immunités traditionnelles du 19^{ème} siècle. Dans une interprétation littérale, on pourrait dans cette lignée refuser toute assimilation d'un actuel Premier Ministre, comme dans l'affaire Sabra et Chatila, à un Ministre des Affaires Etrangères. On retrouve cette tendance à la restriction quand les juges abordent la question des actes couverts par l'immunité.

Sir Alan Watts (déjà conservateur au vu des développements ultérieurs du droit international) avait développé dans son cours à l'Académie Internationale de La Haye la doctrine selon laquelle "la

*question est de savoir," pour les chefs d'Etat comme pour les Chefs de gouvernement ou les Ministres des Affaires Etrangères, "si leurs actes criminels peuvent être jamais considérés comme des actes officiels, et si, par conséquent, on doit considérer qu'ils ont été commis uniquement en leur capacité personnelle.*⁴⁸ On retrouvera cette question dans la réserve exprimée dans l'opinion conjointe des juges Higgins, Kooijmans et Buerghental:

*"85. Il est de plus en plus proclamé dans la doctrine que les crimes internationaux graves ne peuvent être considérés comme des actes officiels parce qu'ils ne sont ni des fonctions normales de l'Etat ni des fonctions que seul l'Etat (par opposition à un individu) peuvent remplir. Ce point de vue est renforcé par la réalisation croissante que les motifs relatifs à l'Etat ne constituent pas le critère approprié pour déterminer ce qui constitue des actes publics de l'Etat [avec références à la jurisprudence Eichmann et Pinochet]."*⁴⁹

Si une partie de la majorité des juges prônent une immunité restreinte pour les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, une autre restriction de taille n'a pas été traitée dans l'arrêt du 14 février 2002, celle visée conventionnellement par le crime de génocide, dont est également inculpé

M. Ariel Sharon suite à la qualification unanime des massacres de Sabra et Chatila par l'Assemblée Générale des Nations Unies, le 16 décembre 1982, "*d'acte de génocide.*"²⁰

4. LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE LAISSE INTACTE SA JURISPRUDENCE SUR L'INTERPRÉTATION DE LA CONVENTION RELATIVE À LA PRÉVENTION ET LA RÉPRESSION DU CRIME DE GÉNOCIDE

Monsieur l'Avocat Général soulève la question relative à la prévention de génocide, qui entraîne une absence d'immunité non seulement en vertu de la loi mais également en vertu de l'article IV de la Convention pour la prévention et la répression de crimes de génocide du 9 décembre 1948.

Dans son arrêt du 14 février 2002, la C.I.J. a motivé sa décision en constatant que :

"Elle n'est pas parvenue à déduire de cette pratique [des Etats] l'existence en droit international coutumier, d'une exception quelconque à la règle consacrant l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité des ministres des affaires étrangères en exercice, lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité".

La Cour ne pouvait rechercher une telle exception que dans le droit coutumier lui-même, puisque le principe selon lequel l'immunité ne peut pas faire obstacle à des poursuites du chef de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité n'est pas repris dans les conventions de Genève, ni dans une autre convention liant les parties.

Dans l'actuelle procédure, la situation est fondamentalement différente, puisque l'exception à l'immunité n'est pas déduite d'une coutume, effectivement peu claire et en évolution, mais d'une convention internationale ratifiée tant par la Belgique que par Israël.

Monsieur l'Avocat Général met l'article IV de la Convention en relation avec l'article VI qui attribue compétence pour juger les personnes accusées de génocide aux tribunaux de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis et à la Cour pénale internationale dont la création était prévue par la Convention ; il suggère que l'exclusion de l'immunité prévue par cette convention ne pourrait seulement être invoquée que lorsque la personne accusée de ces crimes est poursuivie devant les tribunaux de l'Etat où le crime a été commis.

Il est pourtant généralement admis que la Convention sur le génocide n'exclut nullement la compétence d'autres juridictions que celles énumérées dans la convention elle-même.

Dans leur opinion séparée, les Juges Higgins, Kooijmans et Buerghental renvoient aux travaux préparatoires de la Convention sur le génocide dont il résulte déjà que l'article VI n'exclut nullement la compétence d'un pays dont un ressortissant était suspecté d'avoir commis un tel

crime à l'étranger (malgré l'absence d'une telle référence dans le texte). Ils ajoutent que la doctrine penche en faveur de l'acceptation d'une compétence universelle pour génocide :

*"Récemment, la doctrine a suggéré que l'Article VI n'empêche pas un Etat d'exercer une compétence universelle **dans un cas de génocide.**"²¹*

La doctrine admet en règle générale que l'article VI n'instaure une obligation que pour l'Etat sur le territoire duquel un génocide a été commis, mais n'exclut nullement la faculté pour d'autres Etats d'exercer une compétence universelle. C'est d'ailleurs la position qu'a adopté également Monsieur l'Avocat Général dans son réquisitoire²². L'exercice d'une compétence universelle pour des faits de génocide fait également l'objet d'une pratique étatique (notamment la jurisprudence israélienne dans les affaires *Eichmann et Demanjuk*). Rien ne permet de soutenir qu'en cas d'exercice d'une telle compétence, les autres dispositions de la Convention du 9 décembre 1948 ne seraient plus d'application.

Une lecture extensive de la Convention est suggérée par la C.I.J. elle-même dans son arrêt du 11 juillet 1996 dans l'affaire Bosnie-Herzégovine c/ Yougoslavie²³. Quand la Cour parle des obligations imposées par la Convention (dont l'obligation de poursuivre), elle considère que ces obligations ne sont pas limitées territorialement :

"Les droits et obligations consacrées par la Convention sont des droits et obligations erga omnes. La Cour constate que l'obligation qu'a ainsi chaque Etat de prévenir et de réprimer les crimes de génocide, n'est pas limitée territorialement par la Convention"²⁴.

C'est la position d'ailleurs prise par la CIJ dans l'Affaire *Réserves à la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide*, dans laquelle la Cour a insisté sur l'importance universelle de la répression du génocide et l'obligation qui encombe à tous les Etats de poursuivre les responsables:

"Dans une telle convention, les Etats contractants n'ont pas d'intérêts propres ; ils ont tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention."²⁵

Les confluants ne partagent pas le point de vue de Monsieur l'Avocat Général selon lequel " *le contexte dans lequel la Cour s'est prononcée dans l'affaire précitée, ainsi que la nature de l'objection préliminaire qu'elle a rencontrée, paraissent exclure qu'elle ait pu viser l'exercice de poursuites du chef de génocide en l'absence de tout lien de rattachement entre les faits ou leur auteur et l'Etat du for* ".

Il est exact que l'action de la Bosnie-Herzégovine ne visait pas directement des poursuites pénales. La Cour s'est prononcée cependant sur sa compétence en se référant notamment à

l'article IV de la Convention, qui envisage la commission d'un acte de génocide par des "gouvernants" ou des "fonctionnaires"²⁶. On peut en déduire que l'éventualité de poursuites pénales contre ces gouvernants ou fonctionnaires n'était donc pas absente du raisonnement qui a abouti à l'arrêt de la Cour du 11 juillet 1996.

On voit d'ailleurs mal comment la Convention sur le génocide pourrait avoir un effet *erga omnes* quand'il s'agit d'une action entre Etats, et pas quand il s'agit d'une action pénale contre les personnes responsables de ce même crime...

De deux choses l'une, soit on interprète les arrêts de la Cour Internationale de Justice strictement, mais dans ce cas, l'arrêt du 14 février 2002 n'a aucune incidence sur la présente procédure, soit on tente de rechercher au-delà du *dictum* de la Cour, les principes de droit international sous-jacents dont celle-ci fait application.

Il résulte clairement de l'arrêt de 1996 que la C.I.J. donne une interprétation très large à la Convention de 1948. La Cour rappelle notamment son avis de 1951 sur les réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide :

"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"²⁷.

Dans l'avis précité, la C.I.J. avait également rappelé que certains principes du droit international doivent être assouplis quand il s'agit de l'application de la Convention sur le génocide, notamment en ce qui concerne le droit de faire des réserves à une convention, et ce à cause de son caractère particulier, qu'on qualifierait aujourd'hui de *ius cogens*²⁸.

Le raisonnement de Monsieur l'Avocat Général conduirait par contre à considérer que M. SHARON ne pourrait pas invoquer une immunité quelconque s'il était poursuivi par une juridiction libanaise, ni même si la Belgique était confrontée à une demande d'extradition de la part du Liban, mais que cette immunité empêcherait une simple constitution de partie civile devant un juge d'instruction belge. Une telle interprétation ne paraît pas compatible avec les termes de l'arrêt du 11 juin 1996.

Il faut enfin souligner la position des tribunaux espagnols sur le sujet dans la jurisprudence *Pinochet*, accusé de crime de génocide (ce qui n'était pas le cas dans la jurisprudence anglaise ou celle en France à l'égard de Khaddafi) :

"Le fait que les parties [à la Convention sur le Génocide] n'aient pas accordé le droit de poursuivre le crime dans chacune des juridictions nationales n'empêche pas l'établissement, par un Etat partie à la Convention, de cette forme de juridiction pour un crime d'une

*magnitude couvrant le monde entier, et qui affecte directement la communauté internationale, l'humanité entière, ainsi que l'entend la Convention elle-même.*²⁹

Les seules exceptions que les tribunaux espagnols aient soulevées à l'exercice de leur compétence relevaient de l'exercice de cette compétence dans l'Etat où le génocide avait été perpétré ou par un tribunal international.³⁰ L'immunité, bien sûr, est écartée par l'Article IV de la Convention. Dans sa déclaration comme représentant de l'Etat d'Israël dans la procédure qui a conduit à l'Avis Consultatif *Réserves à la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide*, M. ROSENNE classifie cet article comme "*normatif*", et donc "*établissant des règles et des mesures qui font autorité (they establish rules or authoritative standards)*".³¹

4.1 APPRÉCIATION SPECIFIQUE A LA LUMIERE DE LA LOI ISRAELIENNE SUR LA PREVENTION ET LA REPRESSION DU CRIME DE GENOCIDE

Plus ample argument à ce sujet provient du fait que l'Etat d'Israël lui-même a levé toute immunité pour ses gouvernants et fonctionnaires poursuivis pour des actes de génocide, sans préciser que ce principe se limiterait aux poursuites devant des juridictions israéliennes. Cette instance est confortée par la remarque de M. ROSENNE que l'Etat d'Israël considère que cette partie normative de la Convention "*n'est limitée en aucun cas aux Parties contractantes ou aux personnes sous leur juridiction ou sur leur territoire.*"³² Cette prise de position explique les jurisprudences israéliennes *Eichmann* et *Demjanjuk*, souvent citées dans cette affaire, et qui offrent des précédents convaincants et par ailleurs louables.

En janvier dernier, Dr Eyal Gross, professeur de droit international à l'université de Tel Aviv, tirait les conclusions suivantes:

"It is under this Belgian law that the present law case against Sharon is taking place in Brussels. The Belgian law is clear on the issue of immunity i.e. the lack of one, despite Sharon's being a Prime Minister...It should be mentioned that the prime international precedent on this issue was created in Israel - specifically, in the Eichmann trial.

A precedent of retroactive jurisdiction was established when the Israeli courts assumed the right to judge a person for acts committed long before the Israeli "Law for Exacting Justice Upon the Nazis and their Collaborators" was enacted, indeed before Israel itself was created. The Belgians (and many others) rely upon the Israeli verdicts in the Eichmann Trial, in particular that of the Supreme Court. (There is a significant difference between the two courts which Eichmann faced: the Jerusalem District Court, which condemned him in the first place, emphasized the Jewish aspect, i.e. Eichmann's victims being mainly Jewish and the right of Israel as a Jewish state to judge him; the Supreme Court, in rejecting Eichmann's appeal, emphasized on the contrary the universal aspect - the right and duty of

any state to punish the perpetrators of genocide, whether or not that state had any direct connection to the case.

You may say: how can you make such a comparison? Well, I am not comparing Sharon to Eichmann; still, from the judicial point of view, the Eichmann trial remains the most prominent relevant international precedent, and it was created by Israel. Israel was also an active participant in the creation of universal jurisdiction by enacting its "Law on the Crime of Genocide" under which any perpetrator of genocide - say, from Rwanda - could have been judged by an Israeli court, without Israel having any direct relation to the case.³³

L'article 4 de la loi israélienne sur la prévention et la répression du crime de génocide du 29 mars 1950 précise en effet :

"Une personne coupable d'un crime jugé par la présente loi, sera punie, même s'il s'agit d'un dirigeant légalement responsable, un membre d'une assemblée législative, un fonctionnaire public ou une personne privée".

Dans l'arrêt du 14 février 2002, la C.I.J. a souligné que les immunités d'un 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'Etat qu'il représente"³⁴

La Cour précise explicitement que certains gouvernants

"ne bénéficient plus de l'immunité de juridiction à l'étranger si l'Etat qu'ils représentent ou ont représenté, décide de lever cette immunité"³⁵

C'est précisément ce qu'a fait l'Etat d'Israël en adoptant la loi du 29 mars 1950, en tout cas pour les personnes accusées d'actes de génocide.

6. L'ARRET DE LA C.I.J. CONFIRME LA COMPETENCE UNIVERSELLE DES TRIBUNAUX BELGES

A première vue, la Cour Internationale de Justice ne s'est pas prononcée sur le moyen soulevé à l'origine de l'affaire par le Congo mais non maintenu lors des débats de fond. Alors qu'elle reconnaît que logiquement l'examen du point par rapport à la compétence universelle devrait précéder l'examen sur la question de l'immunité, la Cour s'est néanmoins bornée à ce dernier élément (cf. § 45-46 de l'arrêt).

Il n'en découle pas une absence d'enseignement à tirer de l'arrêt sur le point de la compétence universelle. Bien au contraire : même si aucun élément du dispositif ni des motifs pertinents ne permet de déduire à cet égard une décision ayant force de chose jugée – là encore on se heurterait à l'article 59 -, il n'en reste pas moins que l'ensemble de l'arrêt et les opinions individuelles mènent à la constatation que la majorité des juges s'est prononcée *obiter* en faveur de la compétence universelle des tribunaux belges pour les crimes internationaux les plus graves.

Seule une minorité a rallié, timidement, le rejet de cette compétence telle qu'avancée par le juge Guillaume, président de la Cour.³⁶

Dans l'affaire Yerodia, 11 des 16 juges –dont le Président– ont émis des opinions individuelles. Dans la mesure où elles s'expriment sur la question, ces opinions permettent de connaître leur position par rapport à la compétence universelle et donc le choix prononcé si le sujet de la compétence universelle avait été maintenu dans l'arrêt.

M. le Procureur Général a indiqué dans sa note du 26 mars 2002 que les juges Van Den Wyngaert, Oda et Koroma se sont prononcés en faveur d'une juridiction universelle ('*in absentia*') pour les crimes en question, mais pour ce qui concerne la position des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal cette même note de M. Le Procureur Général semble reposer sur une lecture partielle de leur opinion. Leur conclusion, en § 59 de leur opinion est claire :

*"59. Si; comme nous estimons que c'est le cas, un Etat peut choisir d'exercer une compétence criminelle universelle *in absentia*, il faut qu'il assure aussi certains gardes-fous. Ceux-ci sont indispensables pour éviter des abus et pour s'assurer que la lutte contre l'impunité ne mette en péril les relations stables entre Etats."*³⁷

MM. Sharon et Yaron analysent à tort ce paragraphe comme une condamnation de la législation belge. Indépendamment de la question de l'immunité, sur laquelle ces juges rejoignent la majorité, il se limitent à prôner le respect de certaines conditions pour que les poursuites n'affectent pas l'équilibre entre la lutte contre l'impunité et les bonnes relations entre états. De telles conditions ne doivent pas nécessairement être imposées par la loi. En l'espèce, et sous réserve des développements ailleurs sur la question de l'immunité, ces conditions sont respectées:

- L'état poursuivant devrait laisser à l'état de la personne poursuivie la possibilité de poursuivre elle-même: dans le cas d'espèce, il n'y a manifestement aucune volonté de la part de l'état d'Israël de poursuivre.
- Les poursuites ne doivent pas être l'initiative du gouvernement, mais d'un procureur ou juge d'instruction indépendant. On ne voit vraiment pas comment on pourrait lire dans cette position un appel à instaurer un « filtre », bien au contraire, puisque ces juges indiquent explicitement que des poursuites ne mettent pas en cause les relations inter-étatiques, si elles sont initiées par des victimes.
- Enfin de telles poursuites doivent être limitées aux crimes les plus atroces. Cette condition ne demande pas de commentaires.

On ne peut donc certainement pas conclure que les trois juges condamnent les lois de 93-99 pour non-conformité au droit international.

Dans son opinion individuelle, le juge Al-Khasawneh ne s'est pas prononcé explicitement sur la question de la compétence universelle, mais ses arguments par rapport à la position de l'arrêt concernant l'impunité de personnes bénéficiant d'une immunité et d'une inviolabilité laissent clairement sous-entendre que le juge Al-Khasawneh n'est pas opposé à une compétence universelle ou au moins qu'il ne partage pas la position très restrictive sur ce plan du Président de la Cour M. Guillaume.

Il en résulte de ce qui précède que 6 et probablement 7 des 11 juges dont les positions individuelles sont connues, admettent le principe d'une compétence universelle *in absentia*. Cette conclusion n'est pas affaiblie par certaines conditions exigées par certains d'entre eux.

D'autre part, seuls les juges Guillaume, Ranjeva et Rezek se sont prononcés contre cette compétence universelle *in absentia*. Le juge Bula-Bula cite en effet un nombre de positions dans la doctrine³⁸, mais il n'adopte pas expressément une position juridique lui-même. Néanmoins, l'on peut déduire implicitement d'autres considérations générales de son opinion individuelle³⁹ qu'il n'est pas en faveur d'une telle compétence universelle.

En fin de compte, le principe d'une compétence universelle *in absentia*, comme faculté pour un Etat, est expressément soutenu par 6 juges contre 3, dont le président de la Cour. En plus, l'on peut déduire implicitement encore un juge en faveur et un juge en défaveur de ce principe, portant ainsi le total à 7 pour et 4 contre. Comme il a été dit plus haut, il aurait suffi pour le Président d'avoir 7 autres juges se ralliant à sa position, qui aurait alors fait partie de l'arrêt de la Cour.

Comme ce n'est clairement pas le cas, ceci démontre qu'au moins encore 2 juges n'ayant pas publié leur opinion individuelle, n'ont pas accepté la position du président de la Cour, portant le nombre des juges en opposition avec cette dernière position à 9 juges au moins.

Notons que le président était partisan d'une condamnation de la compétence universelle dans les motifs de l'arrêt, estimant que cela n'aurait pas nui au principe de l'*ultra petita* :

« la Cour ne pouvait statuer sur ce point dans le dispositif de son arrêt. Elle aurait pu cependant aborder tel ou tel aspect de la question de la compétence universelle dans les motifs de sa décision(...). Une telle démarche eut été logique. La compétence des tribunaux est une question sur laquelle ceux-ci doivent se prononcer avant de s'interroger sur l'immunité des justiciables... »

En d'autres termes, le président regrette que la Cour ne l'ait pas suivi sur ce point. Le juge Ranjeva, également adversaire de la compétence universelle, admet cependant que les règles du

droit sont en pleine évolution sur ce point (par.9) et accepte qu'une majorité ait décidé de s'abstenir d'aborder la question dans l'arrêt. Cela lui permet d'affirmer que « *la question reste ouverte au regard du droit* » (par.2). Par contre, la position avancée par M. Guillaume que "que ni le droit conventionnel, ni le droit coutumier international, ne prévoient la possibilité pour un Etat de donner compétence universelle à ses tribunaux en l'absence de l'auteur de l'infraction sur son territoire"⁴⁰ et que "le droit international n'admet pas la compétence universelle; il admet encore moins la compétence universelle par défaut"⁴¹, qui aurait constitué une rupture avec la jurisprudence de l'arrêt "Lotus", a donc été rejetée par une majorité de 9 des 16 juges de la Cour. Cette majorité des juges considère donc que l'exercice par la Belgique de la compétence universelle pour les crimes internationaux les plus graves⁴² sans lien de rattachement au for, et en l'absence de l'auteur de l'infraction sur son territoire, est conforme au droit international, ou qu'au minimum, il n'y a pas lieu de la condamner.

MM. Sharon et Yaron prétendent à tort que l'opinion du président aurait plus de poids que celle des juges qui ne l'ont pas suivi. Les arguments avancés ne résistent pas à l'examen :

- sa voix est prépondérante en cas d'égalité : manifestement cela n'a pas été le cas
- il est élu par ses pairs : ceci n'influence pas le poids de son opinion
- il est de nationalité française et connaît donc bien le système juridique belge : avec cet argument, il faudrait donner plus de poids au juge ad hoc belge...
- il a siégé dans d'autres affaires qui touchent le domaine pénal : ceci est aussi le cas pour les autres juges.

Dans leurs conclusions après réouverture des débats, MM. Sharon et Yaron se trompent en voulant déduire au contraire de l'opinion individuelle du juge Rezek qu'une majorité des juges (9 sur 16 !) aurait estimé qu'une compétence universelle pour des crimes internationaux doit être rejetée. Cette analyse étonnante résulte en fait d'une mauvaise lecture de cette opinion, que son auteur lui-même qualifie de « *dissidente* » (al.1), précisément sur la question de la compétence universelle, ce qui prouve bien qu'elle n'est nullement conforme à celle de la majorité.

Quand le juge Rezek écrit

« ...dispenser la Cour de toute délibération sur la question de l'immunité. Je m'associe en tous cas aux conclusions de la majorité de mes collègues sur ce point. J'estime que le for de la Belgique n'est pas compétent,...Mais je pense que, si la compétence de la justice belge pouvait être admise, l'immunité ... aurait interdit l'engagement de l'action.... ».

il confirme évidemment qu'il est d'accord avec la majorité sur le point de l'immunité, tout en étant dissident sur celui de la compétence. Il commence d'ailleurs par dire explicitement

« Je regrette pourtant qu'une majorité ne se soit pas formée sur le point essentiel du problème posé à la Cour » (par. 1).

7. RÉFLEXIONS FINALES À PROPOS DES VIOLATIONS DU DROIT INTERNATIONAL.

L'Etat d'Israël n'a pas fait de déclaration relative à l'acceptation de la juridiction de la Cour conformément à l'article 36, 2 du Statut de la C.I.J. et ne pourrait donc pas soumettre un litige avec la Belgique à la Cour autrement qu'avec l'accord de la Belgique.

Depuis son existence, l'Etat d'Israël a toujours refusé de soumettre à l'arbitrage de la Cour Internationale de Justice des litiges avec d'autres Etats, notamment avec l'Etat du Liban dont certains confluants sont ressortissants, ou avec l'Autorité Palestinienne, à l'égard desquels il a commis des violations autrement plus importantes que celles alléguées maintenant à l'égard de la Belgique, violations qui ont donné lieu à plusieurs condamnations par le Conseil de Sécurité. Ce sont d'ailleurs de telles violations qui font l'objet de la présente instruction.

Néanmoins, la Chambre des Mises en Accusation pourrait se poser la question de savoir si un éventuel mandat d'arrêt contre Monsieur Ariel SHARON aurait amené la C.I.J. à la même conclusion que celle à laquelle elle est arrivée dans l'affaire YERODIA, si par hypothèse Israël soumettait un tel litige à la Cour.

Les faits reprochés à M. YERODIA étaient des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité commis à l'égard de civils ressortissants de son propre pays, et non à l'égard d'Etats avec lesquels le Congo se trouvait en état de guerre. L'instruction ouverte contre Ariel SHARON et consorts concerne des crimes qui ont été commis au Liban en 1982, non pas à l'égard de victimes israéliennes, mais palestiniennes et libanaises, dans le cadre d'une guerre d'agression condamnée à plusieurs reprises par les Nations Unies.

Quand la C.I.J. doit juger une violation du droit international commise par un Etat, elle peut prendre en considération le fait que cette violation est intervenue en réaction à une autre violation commise par l'Etat requérant.

Un Etat directement lésé peut prendre des "contre-mesures"⁴³ qui seraient normalement considérées comme une violation du droit international. D'autres Etats aussi peuvent le faire si l'obligation violée dans le cas d'espèce était une obligation envers la communauté internationale dans son ensemble. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction Light and Power Company Ltd*, la Cour a cité à titre d'exemple d'obligations pouvant donner lieu à des contre-mesures de la part d'autres Etats, "*la mise hors la loi des agressions et du génocide*" ainsi que "*les principes et les*

*règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale"*⁴⁴.

Dans le cas hypothétique d'un litige israélo-belge, la C.I.J. devrait donc examiner si un mandat d'arrêt délivré contre une personne bénéficiant normalement d'une immunité internationale, mais accusée de génocide, répond aux règles de proportionnalité qui conditionnent la prise de contre-mesures de la part d'un autre Etat. A fortiori pourrait être posée la question de savoir si une simple instruction judiciaire pour de tels faits est une mesure disproportionnée par rapport à la violation commise par l'Etat demandeur.

Durant sa 53^{ème} session en 2001, la Commission du Droit International des Nations Unies a adopté un projet d' "Articles sur la responsabilité de l'Etat pour faits internationalement illicites"⁴⁵, qui prévoit notamment :

- que des contre-mesures à raison d'un fait internationalement illicite ne sont pas illicites (article 22)
- qu'un autre Etat que celui directement lésé peut invoquer la responsabilité de l'Etat responsable si l'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble (article 48.1.b).

La C.D.I. cite dans son commentaire des exemples de "contre-mesures" violant des conventions internationales ou la coutume internationale mais non illicites en réaction à une violation grave du droit international, parmi lesquelles:

- le "Comprehensive anti-Apartheid Act" aux Etats-Unis qui suspendait les droits d'atterrissement des compagnies aériennes sud-africaines sur le territoire américain, en violation de l'accord aérien de 1947 entre les Etats-Unis et l'Afrique du Sud, et ce comme mesure destinée à conduire le gouvernement sud-africain à mettre fin à l'Apartheid.
- le gel des avoirs irakiens par les Etats membres de la Communauté européenne et les Etats-Unis après l'invasion du Koweit le 2.8.1990.
- la suspension du traité bilatéral entre les Pays-Bas et le Suriname par les Pays-Bas après un coup d'état militaire en 1980.

Certes, en vertu du même projet, il devrait être mis fin aux contre-mesures dès que l'Etat responsable s'est acquitté des obligations qui lui incombent en raison du fait internationalement illicite (article 53). Les concluants estiment cependant que ce n'est nullement le cas pour ce qui concerne la responsabilité des dirigeants de l'Etat d'Israël pour les crimes commis durant l'invasion au Liban en 1982 en général, et le massacre de Sabra et Chatila en particulier, notamment parce

que ces obligations incluent celles de poursuivre et de juger les auteurs et d'indemniser les victimes.

Dès lors que ces dirigeants ont violé et violent encore systématiquement les résolutions des Nations Unies et que ces dirigeants ont, en particulier au Liban dans l'affaire qui nous occupe, commis un crime d'agression auquel s'ajoute "la responsabilité personnelle" des inculpés, selon les termes de la commission Kahane,⁴⁵ dans un crime qualifié d'acte de génocide par l'Assemblée générale des Nations Unies, la C.I.J. n'adopterait pas nécessairement la même attitude à l'égard de la Belgique qu'à l'égard du Congo en cas de violation de l'immunité du chef de gouvernement de l'Etat d'Israël⁴⁶.

8. EN DROIT BELGE, UNE EVENTUELLE CONTRADICTION ENTRE LA LOI ET LA COUTUME INTERNATIONALE (QUI N'A PAS LE CARACTERE DE *IUS COGENS*) EST A RESOUDRE PAR LE LEGISLATEUR.

Dès lors que l'instruction impliquant Monsieur SHARON est conforme à la législation interne, la question se pose de savoir quelle attitude la Cour devrait adopter dans l'hypothèse où elle constaterait une contradiction entre une loi interne et une coutume internationale.

Les concluants renvoient sur ce point au paragraphe 66 de leurs conclusions principales (p. 55).

Le fait qu'une législation interne soit susceptible d'être en contradiction avec une obligation internationale de la Belgique, n'implique pas automatiquement que cette législation doive être considérée comme inexistante ou qu'elle ne puisse plus être appliquée par les tribunaux, sous réserve des conséquences de la ratification du Statut de la Cour Internationale de Justice et de la déclaration faite par la Belgique relative à l'exécution d'une décision de la Cour dans un dossier précis ; ces instruments en effet lient également les cours et tribunaux. Cela ne vaut cependant pas pour l'interprétation que la Cour pourrait donner de la "coutume internationale" ou pour certains *obiter dicta*.

9. CONCLUSIONS GÉNÉRALES

L'arrêt Yerodia de la Cour Internationale de Justice fera sans aucun doute encore couler beaucoup d'encre. Les premières réactions, telles que manifestées lors de deux colloques internationaux, l'un à Bruxelles organisé par Amnesty International les 11-12-13 mars et l'autre par la K.U.Leuven le 29 mars, démontrent quand même déjà l'insatisfaction profonde de la vaste majorité des

spécialistes dans ce domaine (professeurs, avocats, chercheurs, juges et membres du parquet). Dans un article à paraître prochainement, Stef Vandeginste partage ce sentiment lorsqu'il appelle l'arrêt Yerodia "*une opportunité ratée pour le droit international*".⁴⁷ L'on peut encore s'attendre à plusieurs réactions du même genre.

Ceci ne facilite pas la tâche de la Cour dans la présente affaire. Face à une décision non encore "digérée" par la doctrine internationale, il n'est pas aisé d'arriver d'ores et déjà à des conclusions définitives. Une chose est certaine : la présente affaire aussi fera de la jurisprudence et aura donc une influence importante sur le développement futur du droit international humanitaire.

Tout compte fait, deux approches différentes peuvent être identifiées. Soit on considère que la volonté du législateur belge doit être respectée avant tout, auquel cas il y a lieu d'interpréter l'arrêt de la C.I.J. à la lumière de la lutte contre l'impunité des crimes internationaux.⁴⁸ Soit on utilise l'occasion fournie par l'arrêt de la C.I.J. pour faire reculer davantage l'évolution du droit humanitaire, au développement duquel tant la législation que la jurisprudence belge ont contribué de façon significative.

Un exemple d'interprétation de l'arrêt du 14/2 au sens d'une impunité généralisée est bien celle de MM. Sharon et Yaron qui, confondant toujours immunité et privilège de juridiction, estiment que l'immunité internationale fonctionnelle d'une autre personne mise en cause dans un crime contre l'humanité dossier devrait protéger l'ensemble des auteurs de ce crime contre toute poursuite, voire de toute instruction.

Les concluants invitent la Cour à choisir la première approche pour la simple raison qu'elle est la seule à offrir une perspective réaliste par rapport à l'objectif final du droit international humanitaire :la fin de la culture persistante de l'impunité et la protection de la dignité de l'être humain tout comme celle de l'humanité en tant que telle. Il suffit de voir ce qui se passe aujourd'hui en Palestine pour apprécier les terribles conséquences de l'impunité.

II. INCIDENCE DES TRAVAUX PREPARATOIRES DE LA LOI DU 18 JUILLET 2001 (ARTICLE12bis TpCIC) ET DE L'ARRET DU 16 AVRIL 2002 DANS L'AFFAIRE YERODIA.

10. SUR L'ARTICLE 12BIS TpCIC

Ainsi une majorité des juges de la CIJ s'est-elle prononcée *obiter* en faveur de la compétence universelle sans nécessité de lien de rattachement au for pour les crimes internationaux les plus graves. A ce sujet, et en ce qui concerne la question soulevée par la Chambre des Mises en Accusation sur l'incidence des travaux préparatoires de la loi du 18.7.2001, les concluants se rallient d'abord au premier point de la note de M. le Procureur Général du 26.03.2002, dans lequel est exposé clairement que l'article 12 TpCIC n'est pas une règle générale applicable à toutes les dispositions de compétence extraterritoriale, tout en y ajoutant :

1° Le législateur a voulu remplacer le système existant de l'article 12bis TpCIC par une disposition générique, afin d'éviter la nécessité de légiférer chaque fois que le droit international oblige la Belgique à exercer un nouveau type de compétence extraterritoriale en matière pénale.

Le législateur a voulu créer ainsi une catégorie résiduaire et automatique, certes générale, mais non pas exclusive. Sinon, il aurait dû abroger ou modifier toute une série de dispositions pénales dans des lois spéciales, comme la loi du 2 septembre 1985 (répression du terrorisme), la loi du 2 juin 1973 (répression de la capture illicite d'aéronefs), et la loi du 16 juin 1993.

2° L'objectif visé par le législateur se limite à incorporer les dispositions *impératives* du droit international *conventionnel*. Ce constat mène à deux conclusions importantes :

Tout d'abord, et comme il l'a déjà été exposé dans les premières conclusions des concluants (para. 50 pages 45-46), le droit pénal international conventionnel affirme systématiquement la liberté des Etats parties aux conventions d'aller au-delà des obligations qu'elles contiennent. L'article 12bis TpCIC se limite à refléter ce que la Belgique *doit faire*, sans aucune restriction par rapport à ce que la Belgique *veut faire* ou *peut faire*. Dans ce dernier domaine, le législateur reste tout à fait libre de prévoir d'autres compétences extraterritoriales ou encore d'aller plus loin que les obligations qui découlent du droit international conventionnel. Cette liberté se manifeste dans tous les domaines : incrimination, définition d'auteurs et complices, procédure, ...

Le Ministre de la Justice a expressément souligné la différence entre le projet de loi (devenu l'article 12bis) et un autre projet de loi déposé en même temps (concernant la lutte contre le terrorisme), tout en insistant sur le fait que le deuxième est le reflet de "*la volonté du Gouvernement d'étendre la compétence de ses tribunaux au-delà de ses obligations internationales*"⁴⁹.

Deuxièmement, l'article 12bis TpCIC ne peut transposer en droit positif interne une obligation qui découle du droit international coutumier, en particulier donc le *ius cogens*. Aussi bien le texte⁵⁰ que les travaux préparatoires⁵¹ sont très clairs au sujet de cette application limitée de l'article 12bis TpCIC. Il s'ensuit que les crimes qui font partie de ce *ius cogens* coutumier ne peuvent être visés par l'article 12bis. S'agissant néanmoins aussi d'une obligation de droit international, une législation spéciale demeure nécessaire comme instrument de droit positif interne.

Le crime contre l'humanité est typiquement l'un des crimes du *ius cogens* coutumier puisqu'il n'existe aucune convention internationale qui comprenne une incrimination organique et générale⁵². Le seul fait qu'il existe une convention pour d'autres crimes, comme les crimes de guerre, ne signifie pas pour autant que le *ius cogens* soit complètement "absorbé" par une telle convention. S'agissant par définition et par nature d'une source de droit *évolutive* (ce qui est reconnu expressément dans l'article 11 du Statut de la C.P.I.), l'on ne pourrait accepter une assimilation totale sur ce plan. En particulier en ce qui concerne certaines conventions plus "âgées", le *ius cogens* coutumier peut se révéler une importante source de droit additionnelle à la convention.

Ces considérations suffisent largement pour démontrer la nécessité de lois spéciales comme celle de 1993 et donc pour affirmer que l'article 12bis TpCIC n'a pas été conçu ni "outilé" pour rencontrer tous les cas de compétence extraterritoriale dans la sphère du droit international.

3° Si, par hypothèse, l'article 12bis TpCIC devait être interprété comme s'appliquant également aux dispositions de la loi du 16 juin 1993 qui impliquent une compétence universelle *in absentia* (ce qui supposerait donc qu'une telle compétence serait imposée par une convention internationale, quod non), la conséquence absurde en serait que l'incorporation de cette obligation dans le titre préliminaire la rendrait inopérante. Dans cette hypothèse, l'article 12bis serait une violation de l'obligation internationale que le législateur était censé incorporer dans le droit interne. Une lecture de la loi qui la rendrait inopérante n'a aucun sens.

En ordre tout à fait subsidiaire : l'article 12bis TpCIC a été introduit par la loi du 18 juillet 2001, publiée au Moniteur belge le 1^{er} septembre 2001 et entrée en vigueur le 11 septembre 2001. La

plainte avec constitution de partie civile a été déposée le 18 juin 2001. Monsieur le Procureur du Roi a requis une instruction par un réquisitoire du 28 juin 2001.

Même si l'on pouvait encore considérer les passages des travaux préparatoires, cités dans l'arrêt de la Cour du 6 mars 2002, comme l'expression d'une volonté du législateur de créer une règle générale –quod non– il n'en reste pas moins qu'une telle volonté demeure le résultat de la nouvelle disposition de l'article 12bis TpCIC, à moins, comme le craint le juge Bula-Bula dans l'arrêt Yerodia, que la justice belge ne soit "mort-née".⁵³ La loi ne pouvait donc pas influencer la recevabilité d'actes de procédure intervenus avant son entrée en vigueur.

Les développements dans les conclusions des inculpés par rapport à la prétendue contradiction dans l'attitude des concluants vis-à-vis de l'application de la loi pénale dans le temps, reposent sur une mauvaise analyse des arguments et est, partant, dénuée de pertinence. En effet, l'application temporelle de l'article 12bis TpCIC n'a rien à voir⁵⁴ avec des règles du *ius cogens*, contrairement aux dispositions des lois de 93-99 relatives à la prescription ou encore par rapport à l'incrimination de certains crimes internationaux en droit international (coutumier). Comme les concluants ont souligné dans leurs premières conclusions, la formalisation de ces dernières règles en droit positif belge n'était que la confirmation de leur pré-existence en droit international⁵⁵. D'ailleurs, même le principe de l'application immédiate d'une nouvelle loi de procédure, avancé en effet par les concluants dans leurs premières conclusions⁵⁶, ne signifie pas que la validité des actes de procédure accomplies sous l'empire d'une ancienne loi puisse être mise en question sous l'angle d'une nouvelle loi de procédure⁵⁷. Sur ce plan aussi donc, il n'y a ni de contradiction, ni de plaidoirie '*de la chose et son contraire*'⁵⁸ ...

A titre surabondant, les concluants signalent qu'ils ont obtenu la preuve que depuis les faits, monsieur Ariel SHARON s'est déjà retrouvé sur le territoire de la Belgique, et ce dans une qualité autre que celle de Premier Ministre,..

Les concluants déposent une copie d'un article paru dans le journal *La Libre Belgique* du 28/2-01/3/1987, qui réfute clairement la négation formelle à la page 6 des conclusions additionnelles pour Monsieur SHARON. Ce dernier a bel et bien été en Belgique à ce moment, en sa qualité de ministre de l'industrie et de commerce⁵⁹ et a même organisé une conférence de presse à l'issue de sa visite en Belgique qui a duré 3 jours. Il a aussi donné une interview à un journaliste de *La Libre Belgique* et à la télévision flamande (VRT-Ter Zake). Les concluants ont pu lire un article similaire dans le journal *le Soir* de la même époque, mais n'ont malheureusement pas pu obtenir une copie⁶⁰.

Quoi qu'il en soit, M. Sharon peut difficilement continuer à nier qu'il a été présent en Belgique fin février 1987. A la lumière de la jurisprudence de la Chambre de Mises en Accusation par rapport à l'application concrète de l'article 12 TpCIC, notamment la jurisprudence qui se dégage d'un arrêt très récent dans l'affaire dite des 'amants diaboliques'⁶¹, il faut donc en conclure –en ordre tout à fait subsidiaire- que la condition de l'article 12 TpCIC a en tout cas été remplie dans le chef de M.Sharon.

11. SUR L'ARTICLE 12 TPCIC ET L'ARRÊT DE LA COUR DU 16 AVRIL 2002 DANS L'AFFAIRE YERODIA.

Les arguments nouveaux développés pour M.Sharon et M.Yaron par rapport à la structure de la loi du 17 avril 1878 sont basés sur le postulat que cette loi (le Titre Préliminaire du Code d'Instruction Criminelle) s'applique à toutes dispositions de compétence pénale extra-territoriale.

Comme les concluants l'ont déjà suffisamment souligné dans leurs premières conclusions, ce postulat est incompatible avec le texte de l'article 12, qui limite clairement son champ d'application aux '**infractions dont il s'agit dans le présent chapitre**'.

En effet, la loi du 17 avril 1878 n'est qu'une des exceptions – autorisées par l'article 4 du Code Pénal- au principe de territorialité. Dans le rapport de M. J.-J.HAUS au nom de la commission du Gouvernement en 1849, la référence à des lois particulières était même explicite :

"En parlant des infractions commises en Belgique, il était tout naturel de faire mention des délits commis en pays étranger. Pour ne pas citer, dans le code pénal, une loi particulière et des articles du code d'instruction criminelle, qui sera sans doute révisé à son tour, la commission s'est bornée à dire que les infractions commises hors du territoire du Royaume pourront être punies en Belgique et d'après les dispositions des lois Belges, dans les cas déterminés par la loi (art.4)"⁶².

La règle de l'article 12 est d'ailleurs précisément le résultat d'une telle loi particulière et exceptionnelle : la condition de la présence sur le territoire trouve son origine dans une loi du 30 décembre 1836 sur la répression des crimes et délits commis par des Belges à l'étranger⁶³. L'article 1er de cette loi disposait :

"Tout belge qui se sera rendu coupable, hors du territoire du royaume, d'un crime ou d'un délit contre un belge, pourra, s'il est trouvé en Belgique, y être poursuivi, et il y sera jugé et puni conformément aux lois en vigueur dans le royaume".

Les travaux préparatoires à la loi de 1836 indiquent que cette condition de présence était d'ordre purement pratique et certainement pas une question de principe⁶⁴.

La doctrine⁶⁵ enseigne également que le chapitre II de la loi du 17 avril 1878 n'exclut pas du tout la coexistence avec d'autres législations particulières qui dérogent à la règle générale de l'article 4 du Code Pénal.

Les confluants n'ont pas pu faire un examen exhaustif de toutes les lois qui ont coexisté depuis l'adoption de la loi du 17 avril 1878. Leur nombre peut pourtant être estimé à plus de 15⁶⁶. Toutes ces lois confirment leur propre identité à côté de celle de la loi du 17 avril 1878.

A la lumière de la présente discussion, les lois suivantes sont intéressantes :

- La loi du 3 juillet 1893 portant répression des crimes et délits de traite d'esclaves, en exécution de l'acte général de la conférence de Bruxelles⁶⁷. L'article 7 de cette loi contient une disposition de compétence extraterritoriale dans les termes suivants :

“Le Belge qui aura commis hors du territoire du Royaume une des infractions dont il s’agit aux articles qui précèdent pourra, s’il est trouvé en Belgique, y être poursuivi, bien que l’autorité belge n’ait reçu aucune plainte ou avis officiel de l’autorité étrangère. L’étranger coauteur ou complice de l’infraction pourra, s’il est trouvé en Belgique, y être poursuivi conjointement avec le Belge inculpé ou après la condamnation de celui-ci.”.

En reprenant la même condition que celle qui figure à l'article 12 TpCIC, le législateur de 1893 ne partait donc clairement pas de la supposition, avancée dans les conclusions pour M.Sharon et M.Yaron, que la loi de 1878 était automatiquement applicable à raison de son caractère général sur le plan de la compétence extra-territoriale.

- La loi du 20 septembre 1903 sur les lettres de mer; article 19, §1 :

“Tout individu, belge ou étranger, qui aura commis, hors du territoire du royaume, un délit prévu par la présente loi, pourra être poursuivi en Belgique.”.

Cet exemple est même encore plus parlant que le précédent dans la mesure où aucune référence n'est faite à la condition d'être trouvé en Belgique. Dans la théorie de M.Sharon et M.Yaron, l'article 12 TpCIC devrait donc s'appliquer en l'espèce. Or, les travaux préparatoires⁶⁸ ainsi que la doctrine⁶⁹ et la jurisprudence⁷⁰ s'opposent à une telle interprétation de la loi de 1903.

- La loi du 12 mai 1927 sur les réquisitions militaires; article 43 :

“Tout individu belge ou étranger qui aura commis hors du territoire du Royaume l’infraction prévue par l’article précédent” pourra être poursuivi devant tout tribunal correctionnel belge.”.

Tout comme la loi de 1903 précitée, le législateur confirme ici la spécificité de la loi de 1927 par rapport aux infractions visées par le chapitre II du TpCIC. La doctrine⁷² confirme que

cette compétence extraterritoriale s'exerce sans que soit nécessaire la présence de l'inculpé sur le territoire du Royaume.

- La loi du 5 mai 1948 approuvant les conventions entre la Belgique et la France et la Belgique et les Pays-Bas en vue de régler la visite douanière et le contrôle des passeports opérés en commun par les services des deux pays. Cette loi de 1948 est intéressante puisqu'elle concerne des faits visés par l'article 4 du Code Pénal, même si ce type de compétence extraterritoriale se réalise à travers une assimilation dite de 'territoire fictif'. Par rapport aux gares-frontières françaises, l'article 2 dispose par exemple que les infractions "*qui y seraient commises ou relevées seraient réputées l'avoir été sur le territoire de la commune de la gare-frontière belge la plus proche sur la section de chemin de fer qui relie les deux gares.*"⁷³. La loi ne contient aucune référence à la condition de présence sur le territoire telle qu'exprimée par l'article 12 TpCIC. Cette condition ne saurait s'appliquer, d'autant plus qu'elle serait contraire au but recherché, à savoir la répression de personnes qui presque par définition-même ne se trouvent pas sur le territoire.

La compétence universelle consacrée par la loi du 1993, modifiée en 1999 est également incompatible avec ladite condition ainsi qu'avec la volonté claire du législateur.

L'argument dans les conclusions pour M.Sharon et M.Yaron par rapport aux titres des chapitres du TpCIC n'est pas non plus pertinent. Pour les motifs déjà évoqués plus haut, le TpCIC n'est pas une loi exclusive dans le domaine de la compétence extra-territoriale, bien au contraire.

De deux choses l'une : soit on soutient que le TpCIC est la seule 'loi' dans le sens de l'article 4 du Code Pénal, soit on accepte la co-existence d'autres lois particulières à côté du TpCIC. Dans le deuxième cas et à défaut de dispositions qui règlent l'ordre entre la loi de 1878 et les lois particulières⁷⁴, il faut mettre à pied d'égalité toutes les lois qui font exception à l'article 4 du Code Pénal. En d'autres termes : les dispositions du TpCIC n'ont pas une force de loi supérieure à celles des lois particulières.

De plus, il ressort des travaux préparatoires du TpCIC que le but du législateur était en effet de codifier les lois particulières existantes à ce moment⁷⁵, même s'il n'a visiblement pas tout à fait atteint ce but⁷⁶. Ce travail de codification ne concerne évidemment que les législations particulières existantes en 1878 et n'a nullement limité la faculté pour le législateur d'en prévoir de nouvelles dans le futur. Les lois citées plus haut en sont la preuve. Les conditions comme la présence sur le territoire étant liées aux compétences visées par ce travail de codification ne concernent donc pas les lois particulières futures.

Par rapport aux principes d'interprétation, il importe aussi de rappeler la règle générale que les titres des chapitres n'ont pas un contenu juridique : *rubrica non est lex*⁷⁷.

Enfin, l'interprétation de M.Sharon et M.Yaron de la phrase de l'article 12 “*la poursuite des infractions dont il s'agit dans le présent chapitre*” comme étant une référence à toutes les situations de compétence extra-territoriale n'est en tout cas pas conforme au texte même de cette phrase, qui réfère clairement aux cas énumérés dans les articles 6 à 10ter TpCIC, à savoir les “infractions dont il s'agit dans le présent chapitre”⁷⁸.

Les nouveaux arguments de M.Sharon et M.Yaron sont par ailleurs basés sur l'arrêt rendu le 16 avril 2002 par la Chambre des Mises en Accusation de Bruxelles dans l'affaire Yerodia et Cs.

Cet arrêt est également construit sur le postulat que

« *les articles 6 à 14 de la loi du 17 avril 1878 s'appliquent, sauf dérogations expresses, à tous les crimes et délits commises hors du territoire du royaume, en ce inclus ceux visés par la loi du 16 juin 1993 (...)* »⁷⁹.

L'inexactitude de ce postulat, aussi bien par rapport au texte de l'article 12 que par rapport à la structure de la loi du 17 avril 1878, a déjà été démontrée à suffisance.

En ce qui concerne plus spécifiquement l'arrêt du 16 avril 2002, les concluant ajoutent encore les remarques suivantes :

a) - la distinction entre la compétence des juridictions belges et la recevabilité de l'action publique ne permet pas, comme fait l'arrêt à la page 5, premier alinéa, d'en déduire que l'article 12 TpCIC serait une règle générale applicable aux cas de compétence instaurée par des lois spéciales, telle que la loi du 16 juin 1993.

Tout d'abord, cette interprétation est incompatible avec le texte de l'article 12, limitant son application aux crimes et délits visés dans le chapitre II du TpCIC.

Ensuite, cette interprétation va à l'encontre de la volonté du législateur par rapport notamment à l'autonomie des lois à la lumière de l'article 4 du Code Pénal. Comme il a été démontré plus haut dans cette partie, cette volonté ressort clairement des lois du 03.07.1893, 20.09.1903 et 12.05.1927. Les concluants ont déjà cité la doctrine et la jurisprudence consacrant cette volonté.

Troisièmement, l'argumentation de texte avancée dans l'arrêt par rapport à ce point-ci n'est pas convaincante : l'intitulé du chapitre II (« *de l'exercice de l'action publique ...* ») ne permet pas de classer l'article 12 comme étant une disposition qui « *concerne, non pas la compétence des jurisdictions belges, mais bien la recevabilité de l'action publique* ».

Enfin, l'arrêt contient une contradiction interne sur ce plan : dans le premier alinéa à la page 5 de l'arrêt, l'article 12 est déclaré applicable à toute exercice de compétence extra-territoriale sur base de la considération précitée qu'il concerne la recevabilité de l'action publique et non pas la compétence; mais dans le deuxième alinéa de la même page 5, l'arrêt formule le postulat selon lequel les articles 6 à 14 de la loi du 17 avril 1878 seraient applicables dans tous ces cas, même régis par des lois spéciales. Or, les articles 6 à 10ter du TpCIC concernent bel et bien des règles de compétence.

Par rapport à cette problématique, les concluant renvoient expressément à leurs premières conclusions, dans lesquelles ils ont notamment exposé que les conditions pour l'exercice d'une compétence extra-territoriale sont liées et subordonnées à cette compétence même (conclusions, pages 25-26, n°20).

b) – à tort, l'arrêt du 16 avril 2002 prétend ne pas interpréter les articles 12 TpCIC et 7 de la loi du 16 juin 1993 (arrêt, page 6, premier alinéa : « *Attendu que les dispositions légales susvisées sont claires et ne sont donc susceptibles d'aucune interprétation* ; »).

Si l'on estime, comme l'ont fait déjà depuis le début des débats les concluants, que l'article 7 de la loi du 16 juin 1993 est clair et n'est susceptible d'aucune interprétation, on doit s'en tenir au texte de cet article, qui ne contient aucune limitation par rapport à l'exercice de la compétence universelle. A défaut de référence à une condition comme celle concernant la présence de l'auteur présumé, l'inclusion d'une telle condition revient à ajouter une disposition que le législateur n'a pas prévue, ce qui n'est pas admis.

Si l'on estime, comme le font également les concluants, que l'article 12 TpCIC est clair et n'est susceptible d'aucune interprétation, il faut également se limiter au texte de cet article, qui ne permet pas d'appliquer la condition en question sur les infractions non visées par le chapitre II du TpCIC. Pour ce faire, il faudrait disposer d'un texte comme celui de l'article 28 du même TpCIC disposant, par rapport à la problématique de la prescription :

« *Les articles précédents sont applicables dans toutes les matières prévues par les lois particulières.* ».

Il est d'ailleurs à noter que cette distinction quand même fondamentale dans le texte de deux dispositions différentes (article 12 et article 28) de la même loi du 17 avril 1878 n'a visiblement pas frappé la Cour alors que larrêt renvoie néanmoins à un autre endroit à la relation entre l'article 8 de la loi du 16 juin 1993 et l'article 21 du TpCIC. Ce dernier argument, développé à l'appui de la thèse que l'article 7, alinéa 2 de la loi 16 juin 1993 constitue une dérogation expresse à la règle générale de l'article 7, §2 TpCIC, revient en réalité à démontrer le contraire : l'article 8 de la loi du 16 juin 1993 doit en effet déroger à l'article 21 TpCIC, parce que l'article 28 TpCIC rend explicitement cet article applicable aux matières prévues par les lois spéciales. L'article 7, alinéa 2 de la loi du 16 juin 1993 par contre ne fait que confirmer de façon surabondante l'absence de toute limitation de la compétence (cfr. premières conclusions, page 27, n°23).

Si enfin, l'on estime qu'il faut quand-même interpréter le texte des articles en question, il importe d'avoir égard en premier lieu à la volonté du législateur, aussi bien par rapport à l'article 12 TpCIC (cfr. supra et premières conclusions, p.36-38, n° 33-37) que par rapport à l'article 7 de la loi du 16 juin 1993 (cfr. premières conclusions, page 27, n°23).

Cette volonté du législateur est également soulignée par le professeur Van den Wyngaert qui ne se contredit nullement dans ses écrits académiques et son opinion dissidente. Le paragraphe dans son œuvre « Strafrecht en Strafprocesrecht », qui se trouve dans la version 1998 à la p. 577, ne traite pas de la relation spécifique entre l'art. 12 et la loi de 1993, mais des compétences extra-territoriales en général. En commentant explicitement la loi de 1993 à la p.131, cette même édition réfère au commentaire que l'auteur a publié avec Andries, David et Verhaeghen⁸⁰, qui est tout à fait clair sur ce point⁸¹.

En ce qui concerne l'éventuelle influence de l'article 12bis, tel que modifié par la loi du 18 juillet 2001, les concluants réfèrent à une autre partie des présentes conclusions, consacrée à ce thème.

A CES CAUSES,

PLAISE A LA CHAMBRE DES MISES EN ACCUSATION

Donner aux concluants l'avantage de leurs conclusions principales.

Bruxelles, 15 mai 2002,

Pour les concluants, leurs conseils,

Chibli Mallat

Luc Walleyn

Michaël Verhaeghe

Pièces annexées :

1. Copie d'un article dans la Libre Belgique du 28/2-01-3-1987
2. Copie de l'arrêt du 16.04.2002 de la Cour d'Appel de Bruxelles, Chambre des Mises en Accusation, rendu dans l'affaire dite Yerodia

¹

² Shabtai ROSENNE, *The Law and Practice of the International Court*, 1920-1996 (3ème éd. 1997), p.1593 : "the sparsity of direct jurisprudence on Article 38 illustrates its satisfactory operation. Indeed, in the combined jurisprudence of the two Courts [the ICJ and its predecessor, the Permanent Court of International Justice] in contentious cases, there are only a few direct references to Article 38."

³ Raj BHALA, "The Myth about Stare Decisis and International Trade Law (Part One of a Trilogy)", 14 Am. U. Int'l L. Rev. 845 (1999), pp.863-4 : "It comes as a shock to a very large number of Anglo-American scholars who do not specialize in one or another field of international law to learn there is no system of precedent in international law. Those scholars, operating in a domestic context, struggle with a surfeit of precedent... In the United States, as of 1997 there were over four million reported common law precedents. In the United Kingdom, such is the grip of stare decisis that appellate courts follow the practice of writing opinions that take account of all precedents cited by advocates to the court, and distinguishing carefully each precedent not followed... Yet, we international legal scholars operate in specialties that know no doctrine of stare decisis... The doctrine of stare decisis is not simply foreign to international law, it is expressly disavowed by the near-sacred sources of the foundational field, public international law. One need look only to Articles 38.1 and 59 of the Statute of the International Court of Justice ("ICJ Statute"), and Section 102 of the Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States to read the denials." (Notes de bas de page omises)

⁴ BHALA, id., p.865 : "Article 38.1 bifurcates candidates for sources of international law. International agreements, customary international law, and general principles are in "tier one." They are the law itself. Judicial decisions, along with scholarly writings, are in "tier two." These decisions are not the law itself, but rather a means for determining what the law is, i.e., mere evidence of the law."

⁵ BHALA, id : "International law arises from two primary sources, custom and international agreement, and one secondary source, general legal principles common to the world's major legal systems. The omission of stare decisis is telling. Moreover, stare decisis cannot be said to spring from any of these recognized sources." (Section 102 du Restament)

⁶ Kriangsak KITTCHAISAREE, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2001, 259-260, § 9.2: "Official Capacity: Hence, States have no obligation under international law to grant State or diplomatic immunity to international criminals. The two judgments of the British House of Lords in *Pinochet* denying immunity to a 'former' Head of State for crimes of international concern, but not to an incumbent Head of State, does not reflect the position of international law. It was only an English court constructing the relevant provisions of the English law in question."

⁷ "The "sliding scale" theory of custom, argues that a strong enough showing of *opinio juris* makes state practice irrelevant (and vice versa). Frederic L. Kirgis, *Custom on a Sliding Scale*, 81 AM. J. INT'L L. 146. Kirgis' sliding scale theory is based on the decision of the International Court of Justice in *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* in which the ICJ found customary duties on the nonuse of force based entirely on *opinio juris* without any reference to state practice." Heidi Altman (Columbia School of

International and Public Affairs, Columbia University), "Head of State Immunity: the Case against Ariel Sharon", Avril 2002 (à paraître)

⁸ Arrêt du 16.05.1925, Série B, n°11, en particulier pages 29-30 : « (...) il est certain que les motifs contenus dans une décision, tout au moins dans la mesure où ils dépassent la portée du dispositif, n'ont pas force obligatoire entre les Parties intéressées. »

⁹ Arrêt du 21.03.1959, affaire *Interhandel*, Receuil, 1959, p.28.

¹⁰ ROUSSEAU, *Droit international public*, Paris, Sirey, Tome V, p.472 ; DE VISSCHER, Ch., *Aspects récents du droit procédural de la Cour Internationale de Justice*, Paris, Pedone, 1966, p.179-180.

¹¹ DAILLER, P. & PELLET, A., *Droit International Public*, L.G.D.J., 1999, p.869.

¹² « Commencing an investigation on the basis of which an arrest warrant may later be issued does not of itself violate those principles. » (paragraph 59).

¹³ De surcroît, il ressort de l'arrêt du 14 février 2002 que l'évaluation de la légalité d'un acte ou d'une action est fondamentalement liée à la fonction occupée par la personne concernée. Etant par définition variable dans le temps, il apparaît tout à fait logique de ne viser, comme la Cour l'a fait, que les actes précis effectués au cours d'une instruction et non pas l'instruction en tant que telle, qui peut s'étendre sur une période suffisamment longue pour que se produisent des changements dans les fonctions visées.

¹⁴ Dans leurs conclusions (page 31) , M.Sharon et M.Yaron s'opposent à cette comparaison et invoquent à l'appui de leur thèse l'opinion dissidente du juge Al-Khasawneh. Les concluant estiment que cette analyse de l'opinion en question repose sur une mauvaise lecture voir une mauvaise traduction, dans la mesure où les termes utilisés 'immunity from both jurisdiction and enforcement' réfèrent à la compétence d'une part et les mesures de contrainte d'autre part. Or, M.Sharon et M.Yaron eux-mêmes ne cessent d'insister sur le fait que la question de la compétence (plus même : aussi la question de l'instruction judiciaire) n'était pas soumise à l'appréciation de la Cour, sous peine de violer l'interdiction de statuer *ultra petita*.

¹⁵ "In view of the worldwide aversion to these crimes, such immunities have to be recognised with restraint, in particular when there is a reason to believe that crimes have been committed which has been universally condemned in international conventions".

¹⁶ para 54: "If the underlying purpose of designating certain acts as international crimes is to authorize a wide jurisdiction to be asserted over persons committing them, there is no rule of international law (and certainly not the aut dedere principle) which makes illegal co-operative overt acts designed to secure their presence within a State wishing to exercise jurisdiction."

¹⁷ para.59: "...[C]ommencing an investigation on the basis of which an arrest warrant may later be issued does not of itself violate these principles [of immunity and inviolability]."

¹⁸ Alan WATTS, "The Legal Position in International Law of Heads of State, Heads of Governments, Foreign Ministers," Académie de Droit International, *Recueil des Cours*,247, 1994, p.56 (chefs d'Etat), p.111 (chefs de gouvernement, ministres des affaires étrangères).

¹⁹para. 85: "It is now increasingly claimed in the literature that serious international crimes cannot be regarded as official acts because they are neither normal State functions nor functions that a State alone (in contrast to an individual) can perform. This view is underscored by the increasing realization that State-related motives are not the proper test for determining what constitutes public State acts."

²⁰ Plainte du 18 juin 2001, p.9.

²¹ "In recent years it have been suggested in the literature that article VI does not prevent a state from exercising universal jurisdiction in a genocide case". (para.21)

²² Réquisitoire du 28 septembre 2001, page 6.

²³ Affaire relative à l'application de la Convention sur la prévention et la répression des crimes de génocide, Arrêt du 11 juillet 1996, R.G. 91.

²⁴ Arrêt § 31.

²⁵ Réserves à la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide, C.I.J. 28.5.1951 . R.G. N° 12, p. 23.

²⁶ Ibidem, §32.

²⁷ Affaire Bosnie-Herzégovine c/ Yougoslavie, 11 juillet 1996, paragraphe 31 et avis du 28 mai 1951, C.I.J., Recueil 51 page 23.

²⁸ « obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel », Avis 28.5.1951, p. 22.

²⁹ Audiencia Nacional, décision du 5 novembre 1998 : "Que las Partes Contratantes no hayan acordado la persecución del delito por cada uno de sus jurisdicciones nacionales no impide el establecimiento, por un Estado parte, de esa clase de jurisdicción para un delito de trascendencia en todo el mundo y que afecta a la comunidad internacional directamente, a la humanidad toda, como el propio Convenio entiende." Cité par Julio BARBOZA, "International Criminal Law," Académie de Droit International, *Recueil des Cours*,278, 1999, p.173.

³⁰ Id., pp.173-74.

³¹ Déclaration de Mr Shabtai ROSENNE, II.iv.1951, in C.I.J., *Réerves à la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide*, (28 Mai 1951), Mémoires, Plaidoiries et Documents, p.337.

³² L'exposé exhaustif de M. ROSENNE mérite d'être cité plus longuement : « *That is why the Israel Crime of Genocide (Prevention and Punishment) Law, 1950, specifically provides that the law shall come into force on the date of its publication in the Official Record (which was 7th April, 1950) and shall remain in force whether or not the Convention comes into force or remains in force... For genocide is a crime under international law and, therefore, the State is under a duty to prevent and punish it, just as it is under a duty to prevent and punish other acts which are crimes jure gentium, such as piracy.* » ("C'est pour cela que la loi israélienne sur le génocide stipule expressément que la loi sera effective au jour de sa publication dans le Journal Officiel (le 7 avril 1950) et restera en vigueur *indépendamment du fait que la Convention soit effective ou le demeure...* Car le génocide est un crime en droit international et l'Etat a par conséquent le devoir de le prévenir et de le punir, comme il est de son devoir de prévenir et de punir d'autres actes qui sont des crimes *jure gentium*, comme la piraterie.") Id., p.337-338.

³³ Dans un colloque à Tzavta Hall, Tel-Aviv, le 9 janvier 2002 : (traduction) "C'est sous cette loi belge que présentement le cas de Sharon est en cours d'étude à Bruxelles. La loi belge est claire en matière d'immunité - pas d'immunité, bien que Sharon soit premier ministre... Il faut noter que le premier précédent international en la matière a été créé par Israël - spécialement dans le procès d'Eichmann. Un précédent de juridiction rétroactive fut établi quand les tribunaux israéliens prirent le droit de juger une personne pour des actes commis bien avant la promulgation de la loi israélienne dite "Loi pour faire justice des nazis et de leurs collaborateurs", en fait avant même la création de l'Etat d'Israël. Les belges (et bien d'autres) prennent exemple des verdicts dans le procès d'Eichmann, en particulier celui rendu par la Haute Cour de Justice. Il existe une différence significative entre les deux tribunaux devant lesquels comparut Eichmann : le tribunal de district de Jérusalem qui le condamna en premier lieu, a mis l'accent principalement sur l'aspect juif, les victimes d'Eichmann étant principalement juives, et le droit d'Israël en temps qu'Etat juif à le juger. La Cour Suprême, en rejetant l'appel d'Eichmann, a mis l'accent à l'opposé sur le caractère universel - le droit et le devoir de n'importe quel Etat de punir les auteurs de génocide, que cet Etat ait ou non un lien direct avec le cas à juger.

Vous pouvez dire: comment pouvez vous faire une telle comparaison? En fait, je ne compare pas Sharon à Eichmann; cependant, d'un point de vue purement légal, le procès d'Eichmann reste le plus pertinent précédent international en vue, et il a été créé par Israël. Israël a aussi participé activement à la création d'une juridiction universelle promulguant sa "Loi sur le crime de génocide" sous le coup de laquelle tout responsable d'un génocide - disons du Rwanda- aurait pu être jugé par un tribunal israélien, sans qu'Israël n'ait aucun lien direct avec l'affaire."

³⁴ Paragraphe 53.

³⁵ Paragraphe 61.

³⁶ La Cour Internationale de Justice était composée de 16 juges dont 2 juges ad hoc, désignés par chacune des parties. Le nombre total des votes était de 16. En cas de partage des voix, la voix du Président ou de celui qui le remplace est prépondérante (article 55.2 du Statut de la Cour). Ceci signifie concrètement que le Président a le pouvoir de faire basculer le vote dans le sens de son opinion, au cas où 7 autres juges au moins rejoignent la position du Président.

³⁷ "*59. If, as we believe to be the case, a State may choose to exercise a universal criminal jurisdiction in absentia, it must also ensure that certain safeguards are in place. They are absolutely essential to prevent abuse and to ensure that the rejection of impunity does not jeopardize stable relations between States.*" Il est à noter encore que ces garde-fous auxquels font référence les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal ne concernent pas des éléments de rattachement avec le for, mais uniquement des garanties par rapport au respect des immunités ainsi qu'au constat qu'une poursuite pénale n'a pas eu lieu dans l'état dont l'accusé est un ressortissant sous le contrôle d'un juge ou un procureur indépendant de l'Etat.

³⁸ cfr. § 83 de son opinion individuelle : "Il suffit maintenant de signaler quelques vues doctrinales qui montrent peut-être l'ampleur de la controverse sur la question (...)".

³⁹ cfr. les § 105 et 108 de son opinion individuelle.

⁴⁰ opinion individuelle de M. Guillaume, § 13.

⁴¹ idem, § 16.

⁴² hors le crime de génocide, qui n'est pas directement traité dans l'affaire Yerodia, cf. infra section 5

⁴³ Voir notamment P.. ALLAND, *Justice privée et ordre juridique international, Etude théorique des contre-mesures en droit international public*, Paris Pédone 1994.

⁴⁴ C.I.J. arrêt du 5.1.1970, Barcelona Traction Light and Power Company Ltd, 2^{ème} phase, C.I.J. recueil 1970, ISBN 92-I-070339-1, page 32 § 33.

⁴⁵ Report of the International law commission on the work of its 53rd session, Official report of the general assembly 56th session, supplément n° 10 (A/56/10-,chp.IV.E.1).

⁴⁶Dans l'hypothèse d'un litige Belgique – Israël, la C.I.J. pourrait, par ailleurs, examiner si des ressortissants de l'Etat d'Israël, en l'occurrence le Premier Ministre actuellement en exercice, pourraient bénéficier de l'immunité dans une situation où l'Etat d'Israël ne peut se prévaloir d'avoir "les mains propres", dès lors que les obligations imposées notamment par la Convention sur le Génocide n'ont pas été respectées. Dans son avis dissident, la juge belge avait rappelé l'importance de cette doctrine en droit international (Opinion dissidente, par. 35).

⁴⁷Vandeginste, S. "De uitspraak van het Internationaal Gerechtshof in de zaak Yerodia van 14 februari 2002: veel vragen, weinig antwoorden" à paraître dans Zoeklicht. Heidi Altman, op.cit., supra n.6, p. 30: "Granting immunity to sitting Heads of State sends the message that they will be granted leave by the international community to commit war crimes, crimes against humanity, and even genocide throughout their time in office. What atrocities might be avoided, what crimes prevented, if sitting Heads of State knew that they would be held accountable by the international community for their own actions? » (Accorder l'immunité à des chefs d'Etat en poste qu'ils sont autorisés par la communauté internationale à commettre des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité et même des génocides tout au long de leur mandat. Quelles atrocités seraient évitées, quels crimes prévenus, si des chefs d'Etat en poste savaient qu'ils seraient tenus responsables par la communauté internationale pour leurs actions propres ?")

⁴⁸ La Belgique n'est pas du tout le seul pays au monde avec sa législation sur la compétence universelle. Comme il a été souligné lors du colloque international de Bruxelles des 11-12-13 mars 2002, plusieurs autres pays l'ont également acceptée ou sont en train de le faire. Le Gouvernement allemand par exemple a introduit une proposition de loi tout à fait similaire à la loi belge, ainsi que le note le juge Van Den Wyngaert. Le cas de la Grande Bretagne est d'une certaine manière plus radical et moins réfléchi : un assassinat ne donnerait pas lieu à l'arrestation de l'assassin en Angleterre suivant la jurisprudence *Pinochet II*, mais un cas de torture le permettrait... La Nouvelle Zélande, le Canada, l'Espagne, la Suisse, les Etats-Unis, tous ces pays connaissent des formes de juridiction universelle (the long-arm of the law de la jurisprudence anglo-saxonne), sans qu'aucune n'ait la dimension réfléchie et n'offre l'excellente synthèse du droit international pénal que connaît la Belgique.

⁴⁹ Note du Ministre de la Justice, annexe au rapport de la Commission de la Justice à la Chambre, Doc. Parl. Chambre, 2000-2001, doc 50-1178/002, p. 6, n° 3.

⁵⁰ Article 12bis (version 2001) : "Les juridictions belges sont compétentes pour connaître des infractions commises hors du territoire du Royaume **et visées par une convention internationale liant la Belgique, lorsque cette convention lui impose**, de quelque manière que ce soit, de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice des poursuites."

⁵¹ Exposé des motifs, Doc. Parl. Chambre 2000-2001, doc 50-1178/001, p. 3, n° 2 : "La Belgique a ratifié et s'apprête à ratifier un nombre important de conventions des Nations Unies en matière de droit international pénal. Ces **conventions** contiennent toutes des règles obligatoires d'extension de compétence (...)"

⁵² La Convention de Rome sur le Statut de la Cour pénale Internationale n'est pas encore entrée en vigueur.

⁵³ "Il convient de souligner aussi que les poursuites contre M. Ariel Sharon, suivies attentivement de par le monde, auraient été suspendues, au bas mot, que la Belgique cherche en faveur de ce dernier une porte de sortie honorable à coup d'arguties juridiques, que depuis les plus hautes autorités politiques se sont répandues en conférences dans les universités (ULB) pour dénoncer soudainement les absurdités de cette loi, que l'un des conseils de la Belgique a révisé sa doctrine d'enseignement à l'issue des plaidoiries de novembre 2001 dans le sens d'un rattachement territorial sine qua non. Telle est la loi belge à l'épreuve des rapports de force internationaux. On peut parier que les poursuites initiées à la suite d'une plainte de "justiciables impénitents" contre M. A. Sharon sont mort-nées". (para.80 de l'opinion individuelle de M. Bula Bula.)

⁵⁴ A tort d'ailleurs, les conclusions pour M.Sharon et M.Yaron qualifient, à la page 6, l'article 12 bis TpCIC comme étant une disposition juridique rétrospective. Les travaux préparatoires ne soutiennent nullement une telle qualification. De surcroît, on ne peut pas soutenir que la volonté du législateur de 2001 permet d'expliquer, voir même altérer, la volonté du législateur en 1993 dans ce domaine.

⁵⁵ Cfr. premières conclusions, pages 90 et suivants.

⁵⁶ Cfr. premières conclusions, pages 94-95.

⁵⁷ Cfr. Cass., 17.06.1971, Arr.Cass., 1971, 1047 ; Cass., 22.11.1984, Arr.Cass., 1984-1985, 413 ; Cass., 29.04.1993, Arr.Cass., 1993, 417. La Cour d'Arbitrage applique également la règle que la recevabilité d'un acte de procédure doit être évaluée à la lumière de la loi applicable au moment où cet acte est posé : Cour Arb., 20.12.1985, M.B., 21.01.1986 ; Cour Arb., 22.01.1986, M.B., 08.02.1986.

⁵⁸ Conclusions additionnelles Sharon et Yaron, page 6.

⁵⁹ Une fonction qui ne tombe pas dans la catégorie visée par l'arrêt de la CIJ (accordant une immunité coutumière aux seuls chefs d'Etats, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères).

⁶⁰ L'article dans le Soir du 28/2-1-3-1987 se termine avec le paragraphe suivant : « *M.Sharon était venu à Bruxelles pour assister à la réunion de la Chambre de Commerce CEE-Israël, créée en juillet dernier. Au cours de son séjour, il a rencontré les ministres Verhofstadt et De Croo ainsi que le commissaire européen Claude Cheysson.* »

⁶¹ Bruxelles (Ch.Mises), 09.11.2000, R.D.P.C., 2001, 761-769. Particulièrement intéressantes sont les considérations suivantes dans cet arrêt : « *Attendu que s'il est vrai que le seul fait pour l'inculpé S. d'avoir été extradé ne peut répondre à l'exigence légale d'avoir été trouvé en Belgique, la doctrine interprète, toutefois, largement cette condition en telle sorte qu'il suffit que l'inculpé ait été présent en Belgique postérieurement à la perpétration de l'infraction, même s'il a quitté le territoire avant les premiers actes de procédure (...); qu'en d'autres termes, il faut et il suffit qu'après l'infraction dont il est soupçonné, l'inculpé soit venu en Belgique et y ait été rencontré ou trouvé, son impunité, en cas de culpabilité, étant une cause de danger, de désordre et de scandale (FRANCHIMONT, JACOBS et MASSET, Manuel de procédure pénale, 1064); Attendu qu'il ressort de l'instruction des éléments pertinents permettant de considérer que l'inculpé S. et la coïnculpée M. ont séjourné conjointement en Belgique après les faits qui leur sont reprochés;*

Qu'il y a lieu notamment de s'en référer à cet égard aux déclarations de X. et Y.; Attendu qu'il s'ensuit que les poursuites intentées à charge de l'inculpé S. en Belgique sont tout à fait recevables; »

⁶² HAUS, J.J., Premier rapport correspondant aux chapitres I, II et III du projet, comprenant le système pénal, publié in : NYPELS, J.S.G., *Législation criminelle de la Belgique ou commentaire et complément du Code Pénal Belge*, Bruylant, 1867, Tome 1er, p.27.

⁶³ Bull.Off. n° LXV; *Pasinomie*, 1836, p.296-303 (avec extraits des travaux préparatoires).

⁶⁴ Dans le rapport de la section centrale du 19.11.1836, M. Liedts exposait : “*Nos lois, soit qu'elles ordonnent, soit qu'elles défendent, obligent tous les Belges en quelque lieu qu'ils résident; une absence momentanée ne saurait les soustraire à cette obligation, et tant qu'ils n'ont pas abdiqué la qualité de Belge, la force des lois répressives les poursuit comme leur ombre. Si un Belge qui se trouve en pays étranger, viole envers un de ses compatriotes les dispositions de nos lois pénales, il n'est pas moins coupable que si le délit avait eu lieu en Belgique. Ce n'est pas un principe de justice, mais la force des choses qui s'oppose à ce qu'il soit immédiatement poursuivi et puni; si le coupable revient dans le pays, l'obstacle physique cesse, et la justice reprend son cours ordinaire.*” (Pasinomie, 1836, p.297).

⁶⁵ THEYS, M., *De l'exercice de l'action publique à raison des crimes ou des délits commis hors du territoire du royaume*, in : Les Nouvelles, Procédure Pénale, Tome 1er, 1946 : “*Les lois sur la matière. Dans notre droit pénal positif, c'est dans le chapitre II de la loi du 17 avril 1878 (...) que sont inscrites, en ordre principal, les dérogations au principe territorial autorisées par l'article 4 du Code Pénal. En outre, quelques lois particulières (...) permettent de poursuivre en Belgique certains délits déterminés commis hors du pays.*”

TROUSSE, P.E., *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, in : Les Nouvelles, Droit Pénal, Tome I, Vol.I, p.118-119, n° 403 : l'auteur cite l'article 4 du Code Pénal et poursuit : “*En principe donc, c'est l'impunité en Belgique des infractions commises en dehors des frontières. Mais à ce principe, il y a des exceptions formulées par la loi. Ces exceptions font l'objet, en ordre principal, des articles 6 à 14 de la loi du 17 avril 1878 (...). On peut citer en outre, l'article 7 de la loi du 3 juillet 1893 portant répression des crimes et délits de traite d'esclaves, l'article 2 de la loi du 26 mai 1914 sur la traite des blanches, l'article 2 de la loi du 20 juin 1923 réprimant la provocation à l'avortement et la propagande anti-conceptionnelle (...).*”

TULKENS, F. & VAN DE KERCHOVE, M., *Introduction au droit pénal*, Story, 1998, p.220 : “*Si, en ce qui concerne les infractions internationales, à défaut d'une disposition générale dans le Code pénal, la compétence des tribunaux nationaux est dans certains cas déterminée par une disposition figurant dans les cas de compétence extra-territoriale énumérés aux articles 6 à 14 de la loi du 17 avril 1878 (...), dans d'autres cas, elle est déterminée par la loi qui ratifie ou met en oeuvre une convention internationale. (...)*” (souligné par les confluants).

Traient également le TpCIC comme une application non exclusive de la faculté offerte par l'article 4 du Code Pénal : DUPONT, L. & VERSTRAETEN, R., *Handboek Belgisch Strafrecht*, Leuven, 1990, p.150, n°220; VANHOUDT, C.J. & CALEWAERT, W., *Belgisch Strafrecht*, I, Gent, 1968, p.217, n° 429.

⁶⁶ La contribution de M.THEYS dans *Les Nouvelles* (o.c.) fait déjà mention de 13 lois dans la période 1878 – 1945. A cela s'ajoutent les lois du 02.06.1973 et du 02.09.1985, ainsi que l'arrêté royal du 13.07.1984, cités déjà dans les premières conclusions des confluants (cfr. page 34, n° 31).

⁶⁷ *Moniteur Belge*, 08.07.1893; *Pasinomie*, 1893, p.210-211.

⁶⁸ Exposé des motifs, *Doc.Parl.Chambre*, séance du 12.02.1903, n°92.

⁶⁹ THEYS, M., o.c., p.233, n° 87 : “*L'article 19 permet de poursuivre en Belgique le Belge ou l'étranger qui a commis hors du territoire belge un délit prévu par cette loi. L'inculpé ne doit pas être trouvé en Belgique.*”;

VANHOUDT, C.J. & CALEWAERT, W., *Belgisch Strafrecht*, I, Gent, 1968, p. 224, n° 446 : “*De dader moet zelfs niet op het Belgisch grondgebied vertoeven.*” [traduction libre : “L'auteur ne doit même pas se trouver sur le territoire belge.”]

⁷⁰ Bruxelles, 08.06.1910, *Pas.*, 1910, II, 247.

⁷¹ Il s'agit notamment du refus de satisfaire à une réquisition régulièrement faite par les autorités compétentes.

⁷² THEYS, M., o.c., p.234, n° 93 : “*L'inculpé ne doit pas être trouvé en Belgique. Tout tribunal correctionnel belge sera compétent.*”

⁷³ *Moniteur Belge*, 25.06.1948; *Pasin.*, 1948, p.287-289.

⁷⁴ Comme est le cas par exemple en matière de prescription : l'article 28 du TpCIC dispose clairement que les règles du TpCIC par rapport à la prescription “*sont applicables dans toutes les matières prévues par les lois particulières.*”. Contrairement aux règles du chapitre II du même TpCIC, le législateur a ainsi voulu exprimer son intention d'établir un ‘droit commun’ en matière de prescription. Cfr. le rapport Thonissen à la Chambre sur le point de cet article 28 TpCIC : “*Les articles qui précèdent renferment le droit commun. Ils recevront leur application dans tous les cas où les lois spéciales ne contiennent pas de règles particulières sur la prescription des actions.*” (*Doc.Parl.Chambre*, session 1876-1877, p.321). L'absence d'une même règle dans le chapitre II du TpCIC ne peut signifier que deux choses : soit le législateur n'a pas pensé à sa faculté de promulger encore de lois spéciales en matière de compétence extra-territoriale, soit il s'est réservé implicitement cette faculté et cette liberté en l'absence d'un “droit commun” formalisé. Dans les deux situations, il est clair qu'il n'a pas dérogé au mécanisme prévu par l'article 4 du Code Pénal et que partant il a confirmé l'autonomie des lois spéciales en la matière.

⁷⁵ Rapport de la Commission de révision du Code d'Instruction criminelle, *Doc.Parl.Chambre*, session de 1876-1877, p.166 : “*Le second chapitre détermine les cas et les conditions de l'exercice de l'action publique en Belgique, à raison des crimes ou des délits commis hors du territoire du royaume. Il correspond aux lois suivantes : Code d'Instruction criminelle, article 5 et 6. Loi du 30 décembre 1836. Loi du 15 mars 1874 sur les extraditions, articles 8 et 9, et loi du 8 janvier 1841, sur le duel, article 13.*”

⁷⁶ Les dispositions de la loi du 31.12.1851 sur les consulats et la juridiction consulaire, toujours en vigueur au moment de la rédaction du TpCIC, n'ont par exemple pas été reprises dans la loi de 1878.

⁷⁷ DUPONT, L., *Beginselen van strafrecht*, Acco, Leuven, 2000-2001, p.50, n° 103. Pour une application implicite de cette règle : Anvers, 08.09.1981, *R.W.*, 1982-1983, 579, note Smets.

⁷⁸ Il est signaler encore que la proposition de loi présentée à la Chambre en 1877 référait aux ‘crimes et délits’ (cfr. rapport Thonissen à la Chambre, *Doc.parl.Chambre*, 1876-1877, p.311 : “*Sauf les cas prévus aux §§2 et 3 de l'article 5 et à l'article 9, la poursuite des crimes ou des délits dont il s'agit dans le présent chapitre n'aura lieu que si l'inculpé se trouve en Belgique.*”). Les termes ‘crimes et délits’ ont enfin été remplacés par le terme ‘infraction’, pour des raisons de pure forme.

⁷⁹ Bruxelles, C.M.A., 16.04.2002, non encore publié, page 5, alinéa 2.

⁸⁰ C. Van den Wyngaert, *Strafrecht en Strafprocesrecht*, p. 131, noot 450.

⁸¹ Andries, Van den Wyngaert, David et Verhaeghen. *Commentaire de la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves au droit international humanitaire*. R.D.P. 1994, p.1173.