

OPINION INDIVIDUELLE DE M. REZEK

Préséance logique des questions de compétence sur les questions d'immunités — Effet de l'exclusion des questions de compétence des conclusions finales du Congo — Territorialité et défense de certains biens juridiques comme règles élémentaires de compétence — Nationalité active et passive comme règles de compétence complémentaires — Exercice de la compétence pénale sans aucune circonstance de rattachement au for non encore autorisée en droit international — Système international de coopération pour la répression du crime.

1. Je suis persuadé que j'écris en ce moment une *opinion dissidente*, bien qu'elle doive être classée parmi les *opinions individuelles* du fait que son auteur a voté en faveur de l'ensemble du dispositif de l'arrêt. J'approuve, comme la majorité des membres de la Cour, tout ce qui est dit dans le dispositif, car le traitement de la question de l'immunité me paraît conforme à l'état du droit. Je regrette pourtant qu'une majorité ne se soit pas formée sur le point essentiel du problème posé à la Cour.

2. Aucune immunité n'est absolue, dans aucun ordre juridique. Toute immunité s'inscrit forcément dans un cadre donné, et aucun sujet de droit ne saurait bénéficier d'une immunité dans l'abstrait. Ainsi peut-on invoquer une immunité vis-à-vis d'une juridiction nationale donnée et non pas à l'égard d'une autre. De même, une immunité peut déployer ses effets vis-à-vis de juridictions internes, mais pas à l'égard d'une juridiction internationale. Dans le cadre d'un ordre juridique donné, une immunité peut être invoquée à l'encontre de la juridiction pénale mais pas de la juridiction civile, ou bien à l'encontre de la juridiction ordinaire mais pas d'un for spécial.

3. La question de la compétence précède donc nécessairement celle de l'immunité. Les deux questions ont en outre fait largement l'objet du débat, tant au niveau des pièces écrites que lors de la procédure orale, entre les Parties. Le fait que, dans ses conclusions finales, le Congo se soit limité à inviter la Cour à rendre une décision fondée sur l'immunité de son ancien ministre vis-à-vis du for interne de la Belgique ne justifie pas l'abandon par la Cour de ce qui constitue une prémisse inexorable à l'examen de la question de l'immunité. Il n'est ici aucunement question de *retenir l'ordre* des questions soumises à l'examen de la Cour mais d'observer l'ordre logique qui, en toute rigueur, s'impose. Autrement, on glisse vers un règlement par la Cour de la question de savoir si l'immunité existerait ou non *au cas où la justice belge serait compétente...*

4. En statuant au préalable sur la question de la compétence, la Cour aurait eu l'occasion de rappeler que l'exercice de la juridiction pénale

SEPARATE OPINION OF JUDGE REZEK

[Translation]

Logical priority of jurisdictional issues over issues of immunities — Effect of the exclusion of jurisdictional issues from the Congo's final submissions — Territoriality and the defence of certain legally protected interests as fundamental rules of jurisdiction — Active and passive nationality as supplementary bases of jurisdiction — Exercise of criminal jurisdiction in the absence of any factor of connection with the forum State not yet permitted under international law — International system of co-operation in the punishment of crime.

1. I am convinced that I am in the process of writing a *dissenting opinion*, even though it must be classified as a *separate opinion* because I voted in favour of the entire operative part of the Judgment. Like the majority of Members of the Court, I fully concur with the operative part, because I find the treatment of the question of immunity to be in conformity with the law as it now stands. I do, however, regret that no majority could be found to address the crucial aspect of the problem before the Court.

2. No immunity is absolute, in any legal order. An immunity must necessarily exist within a particular context, and no subject of law can enjoy immunity in the abstract. Thus, an immunity might be available before one national court but not before another. Similarly, an immunity might be effective in respect of domestic courts but not of an international one. Within a given legal order, an immunity might be relied upon in relation to criminal proceedings but not to civil proceedings, or vis-à-vis an ordinary court but not a special tribunal.

3. The question of jurisdiction thus inevitably precedes that of immunity. Moreover, the two issues were debated at length by the Parties both in their written pleadings and in oral argument. The fact that the Congo confined itself in its final submissions to asking the Court to render a decision based on its former Minister's immunity vis-à-vis the Belgian domestic court does not justify the Court's disregard of an inescapable premise underlying consideration of the issue of immunity. Here, the point is not to *follow the order* in which the issues were submitted to the Court for consideration but rather to respect the order which a strictly logical approach requires. Otherwise, we are impelled towards a situation where the Court is deciding whether or not there would be immunity in the event that *the Belgian courts were to have jurisdiction . . .*

4. By ruling first on the jurisdictional issue, the Court would have had the opportunity to point out that domestic criminal jurisdiction based

interne, sur la seule base du principe de la justice universelle, présente nécessairement un caractère subsidiaire et qu'il y a de substantielles raisons pour cela. D'abord, il est admis qu'aucun for n'est aussi qualifié pour conduire à son terme, comme il convient, un procès pénal, que celui du lieu des faits, ne serait-ce que par la proximité des preuves, la connaissance plus approfondie des inculpés et des victimes, la perception plus nette de toutes les circonstances du cadre délictueux. Ce sont des raisons d'ordre plus politique que pratique qui conduisent plusieurs systèmes internes à placer juste après le principe de la *territorialité* un autre fondement de compétence pénale qui s'affirme sans égard au lieu des faits, celui de la *défense de certains biens juridiques* particulièrement chers à l'Etat : la vie et l'intégrité du souverain, le patrimoine public, l'administration publique.

5. En dehors de ces deux principes élémentaires, la complémentarité devient la règle : dans la plupart des pays, l'action pénale est possible sur la base des principes de la *nationalité active* ou *passive*, lorsque l'on est en présence de crimes commis à l'étranger, ayant pour auteurs ou pour victimes des ressortissants de l'Etat du for, mais à la condition que, dans les cas susmentionnés, le procès n'ait pas eu lieu ailleurs, dans un Etat dont la compétence pénale s'imposerait tout naturellement, et que l'accusé se trouve sur le territoire de l'Etat du for, dont il est lui-même un ressortissant, ou bien que tel soit le cas de ses victimes.

6. L'activisme qui pourrait mener un Etat à rechercher hors de son territoire, par la voie d'une demande d'extradition ou d'un mandat d'arrêt international, une personne qui aurait été accusée de crimes définis en termes de droit des gens, mais *sans aucune circonstance de rattachement au for*, n'est aucunement autorisé par le droit international en son état actuel. C'est avec une forte dose de présomption qu'est posée la question de savoir si la Belgique ne serait pas « obligée » d'engager l'action pénale dans l'espèce. Ce qui n'est pas autorisé ne peut pas, à fortiori, être obligatoire. Le défendeur n'a pas apporté la preuve qu'il existe un seul autre Etat qui, dans de pareilles circonstances, aurait déjà donné libre cours à une action pénale, même si l'on fait abstraction du problème de l'immunité de l'inculpé. Il n'y a pas de « droit coutumier en formation » qui découle de l'action isolée d'un Etat ; il n'y a pas, à l'état embryonnaire, de règle coutumière en gestation, même si la Cour, en traitant la question de la compétence, acceptait de donner suite à la demande du défendeur qui la prie de ne pas enrayer le processus de formation du droit.

7. L'article 146 de la convention de Genève de 1949 (IV), sur la protection des personnes civiles en temps de guerre (article qui se trouve aussi dans les trois autres conventions de 1949), est, de toutes les normes du droit conventionnel existant, celle dont le texte serait le plus susceptible de conforter le point de vue du défendeur lorsqu'il fonde l'exercice de la juridiction pénale sur la seule base du principe de la compétence universelle. Cette disposition invite les Etats à rechercher, livrer ou juger les personnes inculpées des crimes prévus dans les conventions en cause. Néanmoins, à part le fait que le cas d'espèce échappe au strict champ

solely on the principle of universal justice is necessarily subsidiary in nature and that there are good reasons for that. First, it is accepted that no forum is as qualified as that of the *locus delicti* to see a criminal trial through to its conclusion in the proper manner, if for no other reasons than that the evidence lies closer to hand and that that forum has greater knowledge of the accused and the victims, as well as a clearer appreciation of the full circumstances surrounding the offence. It is for political rather than practical reasons that a number of domestic systems rank, immediately after the principle of *territoriality*, a basis of criminal jurisdiction of a different kind, one which applies irrespective of the *locus delicti*: the principle of the *defence of certain legal interests* to which the State attaches particular value: the life and physical integrity of the sovereign, the national heritage, good governance.

5. With the exception of these two basic principles, complementarity is becoming the rule: in most countries, criminal proceedings are possible on the basis of the principles of *active* or *passive nationality* where crimes have been committed abroad by or against nationals of the forum State, but on condition that those crimes have not been tried elsewhere, in a State where criminal jurisdiction would more naturally lie, and provided that the accused is present on the territory of the forum State, of which either he himself or his victims are nationals.

6. In no way does international law as it now stands allow for activist intervention, whereby a State seeks out on another State's territory, by means of an extradition request or an international arrest warrant, an individual accused of crimes under public international law but having *no factual connection with the forum State*. It required considerable presumption to suggest that Belgium was "obliged" to initiate criminal proceedings in the present case. Something which is not permitted cannot, *a fortiori*, be required. Even disregarding the question of the accused's immunity, the Respondent has been unable to point to a single other State which has in similar circumstances gone ahead with a public prosecution. No "nascent customary law" derives from the isolated action of one State; there is no embryonic customary rule in the making, notwithstanding that the Court, in addressing the issue of jurisdiction, acceded to the Respondent's request not to impose any restraint on the formative process of the law.

7. Article 146 of the Fourth Geneva Convention of 1949, on the protection of civilian persons in time of war, an article which also appears in the other three 1949 Conventions, is, of all the norms of current treaty law, the one which could best support the Respondent's position founding the exercise of criminal jurisdiction solely on the basis of the principle of universal jurisdiction. That provision obliges States to search for and either hand over or try individuals accused of the crimes defined by the relevant Convention. However, quite apart from the fact that the present case does not come within the scope, as strictly defined, of the 1949 Con-

d'application des conventions de 1949, M^{me} Chemillier-Gendreau a rappelé, pour comprendre le sens de la norme, l'enseignement d'un des plus notables spécialistes du droit pénal international (et du droit international pénal), le doyen Claude Lombois :

«Là où cette condition n'est pas formulée, on ne peut que la sous-entendre : comment un Etat pourrait-il rechercher un criminel sur un autre territoire que le sien ? Le livrer, s'il n'est pas présent sur son territoire ? Recherche comme livraison supposent des actes de contrainte, liés à des prérogatives de puissance publique souveraine, qui ont le territoire pour limite spatiale.»¹

8. Il est impératif que tout Etat se demande, avant d'essayer de faire avancer le droit des gens dans une direction qui va à l'opposé de certains principes qui régissent encore de nos jours les relations internationales, quelles seraient les conséquences de la conversion d'autres Etats, éventuellement d'un grand nombre d'autres Etats à une pareille pratique. Cela n'est pas sans raison que les Parties ont discuté devant la Cour la question de savoir quelle aurait été la réaction de certains pays européens si un juge du Congo avait inculpé leurs gouvernants pour des crimes supposés commis par eux ou sur leurs ordres en Afrique².

9. Une hypothèse encore plus adéquate pourrait servir de contrepoint au cas d'espèce. Il y a bien des juges dans l'hémisphère Sud, non moins qualifiés que M. Vandermeersch et comme lui imbus de bonne foi et d'un amour profond des droits de l'homme et des droits des peuples, qui n'hésiteraient point à lancer des actions pénales contre plusieurs gouvernants de l'hémisphère Nord au titre d'épisodes militaires récents, survenus tous au nord de l'équateur. Leur connaissance des faits n'est pas moins complète ni moins impartiale que celle que le for de Bruxelles entend posséder sur les événements de Kinshasa. Pourquoi ces juges font-ils preuve de retenue ? Parce qu'ils ont conscience de ce que le droit international n'autorise pas l'affirmation d'une compétence pénale dans un tel cadre. Parce qu'ils savent que leurs gouvernements nationaux, à la lumière de cette réalité juridique, n'appuieraient jamais, sur le plan international, de telles initiatives. Si l'application du principe de la compétence universelle ne présuppose pas la présence de la personne accusée sur le territoire de l'Etat du for, toute coordination devient impossible et c'est bien le système international de coopération pour la répression du crime qui s'effondre³. Il importe que le règlement, sur le plan interne, de questions de cet ordre et par conséquent la conduite des autorités de chaque Etat s'accordent avec l'idée d'une société internationale décentralisée, fondée sur le principe de l'égalité de ses membres et appelant nécessai-

¹ CR 2001/6, p. 31.

² CR 2001/6, p. 28 (M^{me} Chemillier-Gendreau); CR 2001/9, p. 12-13 (M. Eric David).

³ Notez, pour ce qui est du stade actuel du principe de la compétence universelle, que les Etats négociateurs du traité de Rome ont évité d'attacher à ce principe la compétence de la future Cour pénale internationale.

ventions, we must also bear in mind, as Ms Chemillier-Gendreau recalled in order to clarify the provision's meaning, the point made by one of the most distinguished specialists in international criminal law (and in the criminal aspects of international law), Professor Claude Lombois:

“Wherever that condition is not put into words, it must be taken to be implied: how could a State search for a criminal in a territory other than its own? How could it hand him over if he were not present in its territory? Both searching and handing over presuppose coercive acts, linked to the prerogatives of sovereign authority, the spatial limits of which are defined by the territory.”¹

8. It is essential that all States ask themselves, before attempting to steer public international law in a direction conflicting with certain principles which still govern contemporary international relations, what the consequences would be should other States, and possibly a large number of other States, adopt such a practice. Thus it was apt for the Parties to discuss before the Court what the reaction of some European countries would be if a judge in the Congo had accused their leaders of crimes purportedly committed in Africa by them or on their orders².

9. An even more pertinent scenario could serve as counterpoint to the present case. There are many judges in the southern hemisphere, no less qualified than Mr. Vandermeersch, and, like him, imbued with good faith and a deep attachment to human rights and peoples' rights, who would not hesitate for one instant to launch criminal proceedings against various leaders in the northern hemisphere in relation to recent military episodes, all of which have occurred north of the equator. Their knowledge of the facts is no less complete, or less impartial, than the knowledge which the court in Brussels thinks it possesses about events in Kinshasa. Why do these judges show restraint? Because they are aware that international law does not permit the assertion of criminal jurisdiction in such circumstances. Because they know that their national Governments, in light of this legal reality, would never support such action at international level. If the application of the principle of universal jurisdiction does not presuppose that the accused be present on the territory of the forum State, co-ordination becomes totally impossible, leading to the collapse of the international system of co-operation for the prosecution of crime³. It is important that the domestic treatment of issues of this kind, and hence the conduct of the authorities of each State, should accord with the notion of a decentralized international community, founded on the principle of the equality of its members and necessarily requiring the

¹ CR 2001/6, p. 31.

² CR 2001/6, p. 28 (Ms Chemillier-Gendreau); CR 2001/9, pp. 12-13 (Mr. Eric David).

³ As regards the current status of the principle of universal jurisdiction, note that the States which negotiated the Rome Treaty avoided extending this principle to the jurisdiction of the future International Criminal Court.

rement la coordination de leurs efforts. En dehors d'une telle discipline, toute politique adoptée au nom des droits de l'homme risque de desservir cette cause au lieu de la renforcer.

10. L'examen préalable de la question de la compétence aurait dû, à mon avis, dispenser la Cour de toute délibération sur la question de l'immunité. Je m'associe en tout cas aux conclusions de la majorité de mes collègues sur ce point. J'estime que le for interne de la Belgique n'est pas compétent, dans les circonstances de l'espèce, pour l'action pénale, faute d'une base de compétence autre que le seul principe de la compétence universelle et faute, à l'appui de celui-ci, de la présence de la personne accusée sur le territoire belge, qu'il ne serait pas légitime de forcer à comparaître. Mais je pense que, si la compétence de la justice belge pouvait être admise, l'immunité du ministre congolais des affaires étrangères aurait interdit l'engagement de l'action pénale ainsi que l'expédition par le juge, avec le soutien par le Gouvernement belge, du mandat d'arrêt international.

(Signé) Francisco REZEK.

co-ordination of their efforts. Any policy adopted in the name of human rights but not in keeping with that discipline threatens to harm rather than serve that cause.

10. In my view, if the Court had first considered the question of jurisdiction, it would have been relieved of any need to rule on the question of immunity. I do in any event adhere to the conclusions of the majority of my colleagues on this point. I find that under the facts and circumstances of the present case the Belgian domestic court lacks jurisdiction to conduct criminal proceedings, in the absence of any basis of jurisdiction other than the principle of universal jurisdiction and failing, in support of that principle, the presence on Belgian territory of the accused, whom it would be unlawful to force to appear. But I believe that, even on the assumption that the Belgian judicial authorities did have jurisdiction, the immunity enjoyed by the Congo's Minister for Foreign Affairs would have barred both the initiation of criminal proceedings and the circulation of the international arrest warrant by the judge, with support from the Belgian Government.

(Signed) Francisco REZEK.
