

OPINION DISSIDENTE DE M^{ME} VAN DEN WYNGAERT

[Texte original français]

Immunités au regard du droit international coutumier — Non applicables à un ministre des affaires étrangères — Principe de l'obligation de rendre compte, à l'échelle internationale, de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité — Rôle de la société civile dans la formation de l'opinio juris — Impunité — Compétence extraterritoriale dans le cas de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité — Compétence universelle à l'égard de tels crimes — Application du critère du Lotus à de tels crimes — Compétence normative — Statut de Rome de la Cour pénale internationale — Principe de la complémentarité — Fait internationalement illicite — Compétence d'exécution — Mandats d'arrêt (internationaux) — Remèdes susceptibles d'être recherchés devant la Cour internationale de Justice — Abus d'immunités et boîte de Pandore.

TABLE DES MATIÈRES

| | <i>Paragraphes</i> |
|--|--------------------|
| I. REMARQUES PRÉLIMINAIRES | 1-7 |
| II. LA QUESTION DES IMMUNITÉS | 8-39 |
| 1. Il n'existe aucune règle de droit international coutumier conférant l'immunité aux ministres des affaires étrangères en exercice | 11-23 |
| 2. Les ministres des affaires étrangères en exercice ne bénéficient d'aucune immunité de juridiction vis-à-vis des autres Etats lorsqu'ils sont accusés de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité | 24-38 |
| a) La distinction entre l'immunité en tant qu'exception de procédure et l'immunité en tant que défense au fond n'est pas pertinente en l'espèce | 29-33 |
| b) La proposition de la Cour selon laquelle l'immunité ne conduirait pas nécessairement à l'impunité est erronée | 34-38 |
| 3. Conclusion | 39 |
| III. LA COMPÉTENCE UNIVERSELLE | 40-67 |
| 1. La compétence universelle pour les crimes de guerre et crimes contre l'humanité est compatible avec le critère du <i>Lotus</i> | 48-62 |
| a) Le droit international n'interdit pas aux Etats d'exercer une compétence universelle à l'égard des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité | 52-58 |
| b) Le droit international permet aux Etats d'exercer une compétence universelle à l'égard des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité | 59-62 |

DISSENTING OPINION OF JUDGE VAN DEN WYNGAERT

[English Original Text]

Immunities under customary international law — Not applicable to Minister for Foreign Affairs — Principle of international accountability for war crimes and crimes against humanity — Role of civil society in the formation of opinio juris — Impunity — Extraterritorial jurisdiction for war crimes and crimes against humanity — Universal jurisdiction for such crimes — “Lotus” test applied to such crimes — Prescriptive jurisdiction — Rome Statute for an International Criminal Court — Complementarity principle — Internationally wrongful act — Enforcement jurisdiction — (International) arrest warrants — Remedies before the International Court of Justice — Abuse of immunities and Pandora’s box.

TABLE OF CONTENTS

| | <i>Paragraphs</i> |
|---|-------------------|
| I. INTRODUCTORY OBSERVATIONS | 1-7 |
| II. IMMUNITIES | 8-39 |
| 1. There is no rule of customary international law granting immunity to incumbent Foreign Ministers | 11-23 |
| 2. Incumbent Foreign Ministers are not immune from the jurisdiction of other States when charged with war crimes and crimes against humanity | 24-38 |
| (a) The distinction between immunity as a procedural defence and immunity as a substantive defence is not relevant for the purposes of this dispute | 29-33 |
| (b) The Court’s proposition that immunity does not necessarily lead to impunity is wrong | 34-38 |
| 3. Conclusion | 39 |
| III. UNIVERSAL JURISDICTION | 40-67 |
| 1. Universal jurisdiction for war crimes and crimes against humanity is compatible with the “Lotus” test | 48-62 |
| (a) International law does not prohibit universal jurisdiction for war crimes and crimes against humanity | 52-58 |
| (b) International law permits universal jurisdiction for war crimes and crimes against humanity | 59-62 |

| | | |
|-----|---|-------|
| 138 | MANDAT D'ARRÊT (OP. DISS. VAN DEN WYNGAERT) | |
| | 2. La compétence universelle n'est pas contraire au principe de complémentarité tel qu'énoncé par le statut de Rome portant création de la Cour pénale internationale | 63-66 |
| | 3. Conclusion | 67 |
| IV. | EXISTENCE D'UN FAIT INTERNATIONALEMENT ILLICITE | 68-80 |
| | 1. L' <i>émission</i> en Belgique du mandat d'arrêt litigieux n'était pas contraire au droit international | 72-75 |
| | 2. La <i>diffusion internationale</i> du mandat d'arrêt litigieux n'était pas contraire au droit international | 76-79 |
| | 3. Conclusion | 80 |
| V. | LES REMÈDES | 81-84 |
| VI. | REMARQUES FINALES | 85-87 |

| | |
|---|-------|
| ARREST WARRANT (DISS. OP. VAN DEN WYNGAERT) | 138 |
| 2. Universal jurisdiction is not contrary to the complementarity principle in the Statute for an International Criminal Court | 63-66 |
| 3. Conclusion | 67 |
| IV. EXISTENCE OF AN INTERNATIONALLY WRONGFUL ACT | 68-80 |
| 1. The <i>issuance</i> of the disputed arrest warrant in Belgium was not in violation of international law | 72-75 |
| 2. The <i>international circulation</i> of the disputed arrest warrant was not in violation of international law | 76-79 |
| 3. Conclusion | 80 |
| V. REMEDIES | 81-84 |
| VI. FINAL OBSERVATIONS | 85-87 |

I. REMARQUES PRÉLIMINAIRES

1. J'ai voté contre les paragraphes 2 et 3 du dispositif de cet arrêt. Le droit international coutumier ne confère aucune immunité aux ministres des affaires étrangères en exercice soupçonnés de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Aucun élément n'étaye l'affirmation selon laquelle un Etat serait tenu, en vertu du droit international coutumier, d'accorder l'immunité pénale à un ministre des affaires étrangères en exercice. En émettant et en diffusant le mandat d'arrêt, la Belgique a peut-être manqué aux règles de la courtoisie internationale, mais n'a pas pour autant violé une obligation juridique internationale (par. 78, al. 2, de l'arrêt).

Le mandat décerné pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité ne saurait à l'évidence contrevenir *aujourd'hui* aux règles relatives à l'immunité: M. Yerodia a cessé d'exercer les fonctions de ministre des affaires étrangères et n'est plus qu'un simple citoyen. Aussi la Cour a-t-elle tort de conclure, dans la dernière partie de son dispositif, que la Belgique doit mettre à néant le mandat d'arrêt et en informer les autorités auprès desquelles ce mandat a été diffusé (par. 78, al. 3, de l'arrêt).

Je développerai ci-après les motifs de mon dissentiment, mais je souhaiterais auparavant formuler certaines remarques d'ordre général.

2. L'affaire portait sur le mandat d'arrêt décerné à l'encontre de M. Yerodia pour des actes qu'il aurait commis en 1998, alors qu'il n'était pas encore ministre. Il s'agirait notamment de divers discours incitant à la haine raciale et de propos particulièrement virulents qui, faisant référence à des opérations de ratissage, à des chasses à l'homme et à des scènes de lynchage, auraient eu pour effet d'inciter la population à s'en prendre aux résidents tutsi de Kinshasa. Plusieurs victimes réfugiées en Belgique ayant porté plainte, une instruction a été ouverte en 1998, à la suite de laquelle un mandat a été délivré en avril 2000 à l'encontre de M. Yerodia, devenu entre-temps ministre des affaires étrangères de la République démocratique du Congo. Ce mandat n'a pas été exécuté durant la visite officielle de M. Yerodia en Belgique, en juin 2000, et la Belgique, si elle a diffusé le mandat à l'échelle internationale par l'intermédiaire d'une notice verte d'Interpol, n'a pas non plus requis l'extradition de M. Yerodia tant qu'il était en fonction. Ce n'est qu'en 2001 qu'a été demandée la diffusion d'une notice rouge d'Interpol, *après* que M. Yerodia eut cessé d'être ministre.

3. La Belgique dispose à l'heure actuelle d'une législation très étendue permettant aux victimes de prétendus crimes de guerre ou crimes contre l'humanité d'engager des poursuites pénales devant ses tribunaux, attitude qui suscite des réactions négatives dans certains milieux, tandis que d'autres s'en félicitent. Le comportement de la Belgique, qui s'exprime au travers de ses organes législatifs, judiciaires et exécutifs, pêche peut-être par manque de *courtoisie internationale*. Quand bien même cela serait, il ne s'ensuit pas que la Belgique ait nécessairement enfreint le droit inter-

I. INTRODUCTORY OBSERVATIONS

1. I have voted against paragraphs (2) and (3) of the *dispositif* of this Judgment. International law grants no immunity from criminal process to incumbent Foreign Ministers suspected of war crimes and crimes against humanity. There is no evidence for the proposition that a State is under an obligation to grant immunity from criminal process to an incumbent Foreign Minister under customary international law. By issuing and circulating the warrant, Belgium may have acted contrary to international comity. It has not, however, acted in violation of an international legal obligation (Judgment, para. 78 (2)).

Surely, the warrant based on charges of war crimes and crimes against humanity cannot infringe rules on immunity *today*, given the fact that Mr. Yerodia has now ceased to be a Foreign Minister and has become an ordinary citizen. Therefore, the Court is wrong when it finds, in the last part of its *dispositif*, that Belgium must cancel the arrest warrant and so inform the authorities to which the warrant was circulated (Judgment, para. 78 (3)).

I will develop the reasons for this dissenting view below. Before doing so, I wish to make some general introductory observations.

2. The case was about an arrest warrant based on acts allegedly committed by Mr. Yerodia in 1998 when he was not yet a Minister. These acts included various speeches inciting racial hatred, particularly virulent remarks, allegedly having the effect of inciting the population to attack Tutsi residents in Kinshasa, dragnet searches, manhunts and lynchings. Following complaints of a number of victims who had fled to Belgium, a criminal investigation was initiated in 1998, which eventually, in April 2000, led to the arrest warrant against Mr. Yerodia, who had meanwhile become a Minister for Foreign Affairs in the Congo. This warrant was not enforced when Mr. Yerodia visited Belgium on an official visit in June 2000, and Belgium, although it circulated the warrant internationally via an Interpol Green Notice, did not request Mr. Yerodia's extradition as long as he was in office. The request for an Interpol Red Notice was only made in 2001, *after* Mr. Yerodia had ceased to be a Minister.

3. Belgium has, at present, very broad legislation that allows victims of alleged war crimes and crimes against humanity to institute criminal proceedings in its courts. This triggers negative reactions in some circles, while inviting acclaim in others. Belgium's conduct (by its Parliament, judiciary and executive powers) may show a lack of *international courtesy*. Even if this were true, it does not follow that Belgium actually violated (customary or conventional) international law. *Political wisdom* may command a change in Belgian legislation, as has been proposed in

national (coutumier ou conventionnel). *D'un point de vue politique*, il serait peut-être sage de modifier la législation belge, comme il a été suggéré de divers côtés¹. *D'un point de vue judiciaire*, il serait peut-être de bon aloi de l'appliquer de manière plus restrictive, ce que feront peut-être les tribunaux belges dans certaines affaires dont ils sont actuellement saisis². Mais ces considérations ne signifient pas que, appliquant cette loi à M. Yerodia, la Belgique ait agi au mépris du droit international. Rien ne prouve, à mon sens, l'existence d'une telle norme, et ce, pas plus en droit conventionnel qu'en droit coutumier, pour les raisons que j'exposerai ci-après³.

4. L'arrêt est moins long que prévu parce que la Cour, que les Parties ont invitée à circonscrire le différend, ne s'est pas prononcée sur la question de la compétence (universelle), mais uniquement sur celle de l'immunité de juridiction — bien que, en toute logique, la question de la compétence eût dû être tranchée avant celle de l'immunité⁴. L'arrêt se caractérise également par la concision de sa motivation et de l'analyse faite des arguments des Parties. Certains de ces arguments n'y sont pas abordés, d'autres le sont seulement de manière très succincte — à tout le moins en regard de décisions rendues récemment par des juridictions nationales⁵ et internationales⁶ sur des questions comparables à celles soulevées en l'espèce.

5. Cette affaire était appelée à faire jurisprudence; elle constituait sans doute la première occasion pour la Cour internationale de Justice de se

¹ Le ministre des affaires étrangères, le ministre de la justice et le président de la commission des affaires étrangères de la Chambre des représentants se sont publiquement exprimés en faveur d'une modification de la loi belge de 1993/1999. Saisi par le gouvernement de cette question, le Parlement a soumis en décembre 2001 une proposition de loi (proposition de loi modifiant, sur le plan de la procédure, la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire, doc. parl. Chambre 2001-2002, n° 1568/001, disponible sur Internet à la page http://www.lachambre.be/documents_parlementaires.html).

² A. Winants, *Le ministère public et le droit pénal international. Discours prononcé à l'occasion de l'audience solennelle de rentrée de la Cour d'appel de Bruxelles du 3 septembre 2001*, p. 45.

³ Voir ci-après, par. 11 et suiv.

⁴ Voir ci-après, par. 41.

⁵ Citons, parmi les plus connues, les affaires *Pinochet* en Espagne et au Royaume-Uni (*Audiencia Nacional, Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional confirmando la jurisdicción de España para conocer de los crímenes de genocidio y terrorismo cometidos durante la dictadura chilena*, 5 novembre 1998, <http://www.derechos.org/nizkor/chile/juicio/audi.html>; *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others*, ex parte *Pinochet Ugarte*, 24 mars 1999, [1999] *All ER*, vol. 2, HL, p. 97), *Kadhafi* en France (Cour de cassation française, 13 mars 2001, <http://courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/00-87215.htm>) et *Bouterse* aux Pays-Bas (Hof Amsterdam, No. R 97/163/12 Sv, et R 97/176/12 Sv, 20 novembre 2000; Hoge Raad, Strafkamer, Zaaknr. 00749/01 CW 2323, 18 septembre 2001, <http://www.rechtspraak.nl>).

⁶ Cour européenne des droits de l'homme, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001 (<http://www.echr.coe.int>).

various circles¹. *Judicial wisdom* may lead to a more restrictive application of the present statute, and may result from proceedings that are pending before the Belgian courts². This does not mean that Belgium has acted in violation of international law by applying it in the case of Mr. Yerodia. I see no evidence for the existence of such a norm, not in conventional or in customary international law for the reasons set out below³.

4. The Judgment is shorter than expected because the Court, which was invited by the Parties to narrow the dispute, did not decide the question of (universal) jurisdiction, and has only decided the question of immunity from jurisdiction, even though, logically the question of jurisdiction would have preceded that of immunity⁴. In addition, the Judgment is very brief in its reasoning and analysis of the arguments of the Parties. Some of these arguments were not addressed, others in a very succinct manner, certainly in comparison with recent judgments of national⁵ and international courts⁶ on issues that are comparable to those that were before the International Court of Justice.

5. This case was to be a test case, probably the first opportunity for the International Court of Justice to address a number of questions that have

¹ The Belgian Foreign Minister, the Belgian Minister of Justice, and the Chairman of the Foreign Affairs Commission House of Representatives have made public statements in which they called for a revision of the Belgian Act of 1993/1999. The Government referred the matter to the Parliament, where a bill was introduced in December 2001 (Proposition de loi modifiant, sur le plan de la procédure, la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire, doc. parl. Chambre 2001-2002, No. 1568/001, available at http://www.lachambre.be/documents_parlementaires.html).

² A. Winants, *Le Ministère public et le droit pénal international, Discours prononcé à l'occasion de l'audience solennelle de rentrée de la Cour d'appel de Bruxelles du 3 septembre 2001*, p. 45.

³ *Infra*, paras. 11 *et seq.*

⁴ See further *infra*, para. 41.

⁵ Prominent examples are the *Pinochet* cases in Spain and the United Kingdom (*Audiencia Nacional, Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional confirmando la jurisdicción de España para conocer de los crímenes de genocidio y terrorismo cometidos durante la dictadura chilena*, 5 November 1998, <http://www.derechos.org/nizkor/chile/juicio/audi.html>; *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte*, 24 March 1999, [1999] 2 All ER 97, HL, p. 97), the *Qaddafi* case in France (Cour de cassation, 13 March 2001, <http://courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/00-87215.htm>) and the *Bouterse* case in the Netherlands (Hof Amsterdam, No. R 97/163/12 Sv and R 97/176/12 Sv, 20 November 2000; Hoge Raad, Strafkamer, Zaaknr. 00749/01 CW 2323, 18 September 2001, <http://www.rechtspraak.nl>).

⁶ ECHR (European Commission of Human Rights), *Al-Adsani v. United Kingdom*, 21 November 2001, <http://www.echr.coe.int>.

prononcer sur un certain nombre de questions qui n'avaient pas été examinées depuis le célèbre arrêt rendu par sa devancière dans l'affaire du *Lotus* en 1927⁷.

D'un point de vue technique, le différend portait ici sur un mandat d'arrêt décerné à l'encontre d'un ministre des affaires étrangères en exercice — mandat qui faisait toutefois état de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, ce que la Cour n'a pas même pris soin de préciser dans le dispositif. D'un point de vue plus théorique, il s'agissait de savoir jusqu'où les Etats peuvent ou doivent aller lorsqu'ils appliquent le droit international pénal moderne. Il s'agissait de déterminer ce que le droit international impose aux Etats de faire, ou ce qu'il les autorise à faire, en leur qualité d'«agents» de la communauté internationale, lorsqu'ils sont saisis de plaintes par les victimes de tels crimes, dès lors que les juridictions pénales internationales ne sont pas en mesure de juger *tous* les crimes de droit international. Il s'agissait de faire la part entre deux intérêts divergents du point de vue du droit international (pénal) moderne, à savoir la nécessité de faire respecter l'obligation internationale de rendre compte d'infractions telles que les actes de torture, les actes de terrorisme, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, et le principe de l'égalité souveraine des Etats, qui suppose un système d'immunités.

6. La Cour n'a pas examiné l'affaire dans cette perspective, privilégiant au contraire la question très restrictive des immunités des ministres des affaires étrangères en exercice. Ce faisant, la Cour internationale de Justice a manqué une excellente occasion de contribuer au développement du droit international pénal moderne.

Pourtant, le droit international pénal est en passe de devenir une branche très importante du droit international — évolution qui trouve son expression dans diverses conventions, dans la jurisprudence de tribunaux nationaux, de juridictions pénales internationales et de juridictions internationales garantes des droits de l'homme, ainsi que dans la doctrine juridique et dans les activités de la société civile. Les auteurs sont nombreux à avoir traité de concepts tels que la compétence universelle, l'immunité de juridiction et l'obligation internationale de rendre compte de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité⁸. Il est surprenant que la Cour internationale de Justice n'emploie pas le terme de droit international pénal, et ne prenne pas acte des travaux de ces auteurs.

7. Bien que, en toute logique, la question de la compétence soit la première à se présenter à l'esprit⁹, je suivrai le raisonnement qui sous-tend l'arrêt et commencerai par traiter la question des immunités.

⁷ *C.P.J.I.*, affaire du *Lotus*, 7 septembre 1927, *C.P.J.I. Recueil série A n° 10*.

⁸ Voir ci-après, la note 98.

⁹ Voir ci-après, par. 41.

not been considered since the famous “*Lotus*” case of the Permanent Court of International Justice in 1927⁷.

In technical terms, the dispute was about an arrest warrant against an incumbent Foreign Minister. The warrant was, however, based on charges of war crimes and crimes against humanity, which the Court even fails to mention in the *dispositif*. In a more principled way, the case was about how far States can or must go when implementing modern international criminal law. It was about the question what international law requires or allows States to do as “agents” of the international community when they are confronted with complaints of victims of such crimes, given the fact that international criminal courts will not be able to judge *all* international crimes. It was about balancing two divergent interests in modern international (criminal) law: the need of international accountability for such crimes as torture, terrorism, war crimes and crimes against humanity and the principle of sovereign equality of States, which presupposes a system of immunities.

6. The Court has not addressed the dispute from this perspective and has instead focused on the very narrow question of immunities of incumbent Foreign Ministers. In failing to address the dispute from a more principled perspective, the International Court of Justice has missed an excellent opportunity to contribute to the development of modern international criminal law.

Yet international criminal law is becoming a very important branch of international law. This is manifested in conventions, in judicial decisions of national courts, international criminal tribunals and of international human rights courts, in the writings of scholars and in the activities of civil society. There is a wealth of authority on concepts such as universal jurisdiction, immunity from jurisdiction and international accountability for war crimes and crimes against humanity⁸. It is surprising that the International Court of Justice does not use the term international criminal law and does not acknowledge the existence of these authorities.

7. Although, as a matter of logic, the question of jurisdiction comes first⁹, I will follow the chronology of the reasoning of the Judgment and deal with immunities first.

⁷ “*Lotus*”, *Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10.*

⁸ See further *infra*, footnote 98.

⁹ *Infra*, para. 41.

II. LA QUESTION DES IMMUNITÉS

8. La Cour commence par relever que, dans la mesure où aucun texte général ne définit les immunités des ministres des affaires étrangères, c'est sur la base du droit international coutumier qu'elle doit trancher les questions y afférentes soulevées en l'espèce (par. 52, dernier alinéa, de l'arrêt). Elle ajoute immédiatement après que, «[e]n droit international coutumier, les immunités reconnues au ministre des affaires étrangères ne lui sont pas accordées pour son avantage personnel, mais pour lui permettre de s'acquitter librement de ses fonctions pour le compte de l'Etat qu'il représente» (par. 53 de l'arrêt). La Cour compare ensuite les fonctions des ministres des affaires étrangères à celles, d'une part, des ambassadeurs et autres agents diplomatiques, et, d'autre part, des chefs d'Etat et de gouvernement; elle

«en conclut que les fonctions d'un ministre des affaires étrangères sont telles que, pour toute la durée de sa charge, il bénéficie d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totales 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.» (Par. 54 de l'arrêt.)

9. Par ailleurs, la Cour affirme que, ayant examiné la pratique des Etats au regard des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité (par. 58 de l'arrêt),

«[e]lle n'est pas parvenue à déduire de cette pratique 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».

10. Je suis en désaccord avec le raisonnement de la Cour, qui peut être résumé de la manière suivante: *a*) il existe une règle de droit international coutumier accordant aux ministres des affaires étrangères en exercice une immunité «totale» (par. 54 de l'arrêt), et *b*) il n'existe pas, en droit international coutumier, d'exception à cette règle dans le cas de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité (par. 58 de l'arrêt). Ces deux affirmations sont erronées.

En premier lieu, il n'existe aucune règle de droit international coutumier mettant les ministres en exercice à l'abri de poursuites pénales. La courtoisie internationale et la sagesse politique commandent peut-être une certaine modération, mais le droit international positif ne fait nullement obligation aux Etats de s'abstenir d'exercer leur compétence à l'égard de ministres des affaires étrangères en exercice soupçonnés de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité.

II. IMMUNITIES

8. The Court starts by observing that, in the absence of a general text defining the immunities of Ministers for Foreign Affairs, it is on the basis of customary international law that it must decide the questions relating to the immunities of Ministers for Foreign Affairs raised by the present case (Judgment, para. 52 *in fine*). It immediately continues by stating that “In customary international law, the immunities accorded to Ministers for Foreign Affairs are not granted for their personal benefit, but to ensure the effective performance of their functions on behalf of their respective States” (Judgment, para. 53). The Court then compares the functions of Foreign Ministers with those of Ambassadors and other diplomatic agents on the one hand, and those of Heads of State and Heads of Governments on the other, whereupon it reaches the following conclusion (Judgment, para. 54):

“The Court accordingly concludes that the functions of a Minister for Foreign Affairs are such that, throughout the duration of his or her office, he or she when abroad enjoys full immunity from criminal jurisdiction and inviolability. That immunity and that inviolability protect the individual concerned against any act of authority of another State which would hinder him or her in the performance of his or her duties.”

9. On the other hand, the Court, looking at State practice in the field of war crimes and crimes against humanity (Judgment, para. 58), decides that:

“It has been unable to deduce from this practice that there exists under customary international law any form of exception to the rule according immunity from criminal jurisdiction and inviolability to incumbent Ministers for Foreign Affairs, where they are suspected of having committed war crimes or crimes against humanity.”

10. I disagree with the reasoning of the Court, which can be summarized as follows: (*a*) there is a rule of customary international law granting “full” immunity to incumbent Foreign Ministers (Judgment, para. 54), and (*b*) there is no rule of customary international law departing from this rule in the case of war crimes and crimes against humanity (Judgment, para. 58). Both propositions are wrong.

First, there is no rule of customary international law protecting incumbent Foreign Ministers against criminal prosecution. International comity and political wisdom may command restraint, but there is no obligation under positive international law on States to refrain from exercising jurisdiction in the case of incumbent Foreign Ministers suspected of war crimes and crimes against humanity.

En second lieu, le droit international n'interdit pas aux Etats d'enquêter sur des allégations de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, même si l'auteur présumé de ces faits occupe un poste officiel dans un Etat tiers; au contraire, il les y encourage.

Il s'ensuit que la Belgique n'a violé aucune obligation de droit international en émettant et en diffusant à l'échelle internationale le mandat d'arrêt décerné à l'encontre de M. Yerodia. Je m'expliquerai sur ce point dans les deux paragraphes suivants.

1. Il n'existe aucune règle de droit international coutumier conférant l'immunité aux ministres des affaires étrangères en exercice

11. Je ne puis souscrire à l'idée que le droit international coutumier reconnaît aux ministres des affaires étrangères en exercice des immunités, pour la simple raison que rien ne vient étayer cette thèse. Avant de parvenir à cette conclusion, la Cour aurait dû s'assurer de l'existence d'une règle de droit international coutumier en ce sens. Il ne suffit pas de comparer les logiques mises en œuvre pour justifier que les diplomates, les chefs d'Etat ou les ministres des affaires étrangères soient à l'abri de poursuites pour conclure à l'existence, en droit international coutumier, d'une règle garantissant une protection aux ministres des affaires étrangères: c'est une chose que d'identifier dans une règle protectrice une *raison d'être* commune à ses divers bénéficiaires, c'en est une autre que d'ériger celle-ci au rang de règle de droit international coutumier. La Cour aurait dû, dans un premier temps, chercher à savoir si les conditions qui président à la formation d'une règle de droit international coutumier étaient réunies dans le cas des ministres des affaires étrangères en exercice. En une décision dont la brièveté a de quoi surprendre, la Cour conclut d'emblée à l'existence d'une telle règle. Une démarche plus rigoureuse aurait été éminemment souhaitable.

12. A se contenter d'un raisonnement succinct, la Cour méconnaît sa propre jurisprudence en matière de formation du droit international coutumier. Pour exister, une règle de droit international coutumier doit être reflétée dans la pratique des Etats (*usus*) et l'*opinio juris*.

Dans un des plus célèbres précédents relatifs à la formation du droit international coutumier, les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, la Cour a indiqué:

«Non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais en outre ils doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit. La nécessité de pareille conviction, c'est-à-dire l'existence d'un élément subjectif, est implicite dans la notion même d'*opinio juris sive necessitatis*. Les Etats intéressés doivent donc avoir le sentiment de se

Secondly, international law does not prohibit, but instead encourages States to investigate allegations of war crimes and crimes against humanity, even if the alleged perpetrator holds an official position in another State.

Consequently, Belgium has not violated an obligation under international law by issuing and internationally circulating the arrest warrant against Mr. Yerodia. I will explain the reasons for this conclusion in the following two paragraphs.

1. There Is No Rule of Customary International Law Granting Immunity to Incumbent Foreign Ministers

11. I disagree with the proposition that incumbent Foreign Ministers enjoy immunities on the basis of customary international law for the simple reason that there is no evidence in support of this proposition. Before reaching this conclusion, the Court should have examined whether there is a rule of customary international law to this effect. It is not sufficient to compare the rationale for the protection from suit in the case of diplomats, Heads of State and Foreign Ministers to draw the conclusion that there is a rule of customary international law protecting Foreign Ministers: identifying a common *raison d'être* for a protective rule is one thing, elevating this protective rule to the status of customary international law is quite another thing. The Court should have first examined whether the conditions for the formation of a rule of customary law were fulfilled in the case of incumbent Foreign Ministers. In a surprisingly short decision, the Court immediately reaches the conclusion that such a rule exists. A more rigorous approach would have been highly desirable.

12. In the brevity of its reasoning, the Court disregards its own case law on the subject on the formation of customary international law. In order to constitute a rule of customary international law, there must be evidence of State practice (*usus*) and *opinio juris* to the effect that this rule exists.

In one of the leading precedents on the formation of customary international law, the *Continental Shelf* case, the Court stated the following:

“Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief, i.e., the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the *opinio juris sive necessitatis*. The States concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation.

conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique. Ni la fréquence ni même le caractère habituel des actes ne suffisent. Il existe nombre d'actes internationaux, dans le domaine du protocole par exemple, qui sont accomplis presque invariablement mais sont motivés par de simples considérations de courtoisie, d'opportunité ou de tradition et non par le sentiment d'une obligation juridique.»¹⁰

Dans l'affaire *Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*, la Cour a statué:

«La Cour, à laquelle l'article 38 du Statut prescrit entre autres d'appliquer la coutume internationale «comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit», ne peut ignorer le rôle essentiel d'une pratique générale... La Cour doit s'assurer que l'existence de la règle dans l'*opinio juris* des Etats est confirmée par la pratique.»¹¹

13. En l'espèce, il n'existe aucune pratique bien établie (*usus*) quant à l'immunité «totale» supposée des ministres des affaires étrangères à laquelle la Cour internationale de Justice fait référence au paragraphe 54 de l'arrêt. Il existe peut-être une pratique des Etats, quoique limitée, relative aux immunités des chefs d'Etat en exercice¹² ou des anciens chefs d'Etat¹³ devant des tribunaux nationaux, mais il n'en est aucune en ce qui concerne les ministres des affaires étrangères en exercice. Bien au contraire, très rares sont les cas de ministres des affaires étrangères ayant bénéficié de l'immunité de juridiction à l'étranger¹⁴. Cela peut paraître étonnant. La question qui se pose, toutefois, est de savoir ce qu'il convient d'inférer de cette «pratique négative». Est-elle l'expression d'une *opinio juris* selon laquelle le droit

¹⁰ Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 44, par. 77.

¹¹ Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (*Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*), fond. arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 97-98, par. 184.

¹² Voir par exemple Cour de cassation française, 13 mars 2001 (*Kadhafi*).

¹³ Voir par exemple *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others*, ex parte *Pinochet Ugarte*, 25 novembre 1998, [1998] *All ER*, vol. 4, p. 897.

¹⁴ Un seul cas a été porté à l'attention de la Cour: *Chong Boon Kim v. Kim Yong Shik and David Kim*, Circuit Court (First Circuit, State of Hawaii), 9 septembre 1963, *AJIL*, 1964, vol. 58, p. 186-187. Il s'agissait d'un ministre des affaires étrangères poursuivi alors qu'il se trouvait aux Etats-Unis en visite officielle (voir par. 1 de la *Suggestion of Interest* présentée au nom des Etats-Unis, *ibid.*). L'immunité a également été reconnue, non à un ministre mais à un prince, dans l'affaire *Kilroy v. Windsor (Prince Charles, Prince of Wales)*, US District Court for the ND of Ohio, 7 décembre 1978, *International Law Reports*, 1990, vol. 81, p. 605-607. Dans cette affaire, le juge a constaté:

«L'*Attorney-General* ... a établi que le prince de Galles bénéficie en l'espèce de l'immunité de juridiction, et a présenté à la Cour une «*suggestion of immunity*»... [L]a doctrine, dans la mesure où elle se fonde sur des considérations de politique étrangère et le souhait de l'exécutif de maintenir des relations amicales avec les Etats étrangers, s'applique d'autant plus résolument dans le cas des personnes représentant une nation étrangère en visite officielle.» (Les italiques sont de moi.) [*Traduction du Greffe.*]

The frequency, or even habitual character of the acts is not in itself enough. There are many international acts, e.g., in the field of ceremony and protocol, which are performed almost invariably, but which are motivated only by considerations of courtesy, convenience or tradition, and not by any sense of legal duty.”¹⁰

In the *Nicaragua* case, the Court held that:

“Bound as it is by Article 38 of its Statute to apply, *inter alia*, international custom ‘as evidence of a general practice accepted as law’, the Court may not disregard the essential role played by general practice . . . The Court must satisfy itself that the existence of the rule in the *opinio juris* of States is confirmed by practice.”¹¹

13. In the present case, there is no settled practice (*usus*) about the postulated “full” immunity of Foreign Ministers to which the International Court of Justice refers in paragraph 54 of its present Judgment. There may be limited State practice about immunities for current¹² or former Heads of State¹³ in national courts, but there is no such practice about Foreign Ministers. On the contrary, the practice rather seems to be that there are hardly any examples of Foreign Ministers being granted immunity in foreign jurisdictions¹⁴. Why this is so is a matter of speculation. The question, however, is what to infer from this “negative practice”. Is this the expression of an *opinio juris* to the effect that international law prohibits criminal proceedings or, concomitantly, that Belgium

¹⁰ *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 44, para. 77.

¹¹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, pp. 97-98, para. 184.

¹² Cour de cassation (Fr.), 13 March 2001 (*Qaddafi*).

¹³ *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte*, 25 November 1998, [1998] 4 All ER 897.

¹⁴ Only one case has been brought to the attention of the Court: *Chong Boon Kim v. Kim Yong Shik and David Kim*, Circuit Court (First Circuit, State of Hawaii), 9 September 1963, 58 *AJIL*, 1964, pp. 186-187. This case was about an incumbent Foreign Minister against whom process was served while he was on an *official visit* in the United States (see paragraph 1 of the “Suggestion of Interest Submitted on Behalf of the United States”, *ibid.*). Another case where immunity was recognized, not of a Minister but of a prince, was in the case of *Kilroy v. Windsor (Prince Charles, Prince of Wales)*, US District Court for the ND of Ohio, 7 December 1978, *International Law Reports*, Vol. 81, 1990, pp. 605-607. In that case, the judge observes:

“The Attorney-General . . . has determined that the Prince of Wales is immune from suit in this matter and has filed a ‘suggestion of immunity’ with the Court . . . [T]he doctrine, being based on foreign policy considerations and the Executive’s desire to maintain amiable relations with foreign States, applies with even more force to live persons representing a foreign nation *on an official visit*.” (Emphasis added.)

international interdirait l'exercice de poursuites pénales et ferait, en conséquence, obligation à la Belgique de s'abstenir d'engager de telles poursuites à l'encontre d'un ministre des affaires étrangères en exercice?

Une « pratique négative » des Etats, consistant pour ceux-ci à s'abstenir d'engager des poursuites pénales, ne saurait, en tant que telle, être considérée comme la manifestation d'une *opinio juris*. Cette abstention peut obéir à bien d'autres motivations, relevant, par exemple, de la courtoisie, de considérations politiques, de préoccupations d'ordre pratique ou de l'absence d'une compétence pénale extraterritoriale¹⁵. Elle ne pourrait être à l'origine d'une règle de droit international coutumier que si elle procédait d'une décision consciente de la part des Etats concernés. L'arrêt rendu en 1927 dans l'affaire du *Lotus* constitue à cet égard un important précédent: le Gouvernement français avait excipé d'une règle de droit international coutumier *ne* permettant *pas* à la Turquie de poursuivre les délits commis par des étrangers à l'étranger¹⁶. La Cour permanente de Justice internationale rejeta cet argument, estimant que:

« Même si la rareté des décisions judiciaires que l'on peut trouver dans les recueils de jurisprudence était une preuve suffisante du fait invoqué par l'agent du Gouvernement français, il en résulterait simplement que les Etats se sont souvent abstenus, en fait, d'exercer des poursuites pénales, et non qu'ils se reconnaissent obligés de ce faire; or, c'est seulement si l'abstention était motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir que l'on pourrait parler de coutume internationale. »¹⁷

¹⁵ Dans certains pays, dont les Etats-Unis, les victimes de violations extraterritoriales des droits de l'homme peuvent intenter des actions *civiles* devant les tribunaux. Voir par exemple l'affaire *Karadžić (Kadić v. Karadžić)*, 70 F. 3d 232 (2d Cir. 1995). Nombreux sont les exemples de procédures civiles engagées à l'encontre de chefs d'Etat — en exercice ou ayant cessé de l'être —, souvent pour des infractions pénales. Citons, parmi les exemples marquants, les affaires *Aristeguieta (Jimenez v. Aristeguieta)*, *ILR*, 1962, p. 353), *Aristide (Lafontant v. Aristide)*, 844 F. Supp. 128 (EDNY, 1994), mentionnée dans *AJIL*, 1994, vol. 88, p. 528-532), *Marcos (Estate of Silme G. Domingo v. Ferdinand Marcos)*, n° C82-1055V, *AJIL*, 1983, vol. 77, p. 305, *Republic of the Philippines v. Marcos and Others* (1986), *ILR*, vol. 81, p. 581, et *Republic of the Philippines v. Marcos and Others* (1987, 1988), *ILR*, vol. 81, p. 609 et 642) et *Duvalier (Jean-Juste v. Duvalier)*, n° 86-0459 Civ (US District Court, SD Fla.), *AJIL*, 1988, vol. 82, p. 596), toutes évoquées et commentées par Watts (A. Watts, « The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1994, vol. 247, p. 54 et suiv.). Voir aussi la loi américaine de 1996 intitulée *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act*, portant modification de la *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA), qui formule une nouvelle exception à l'immunité des Etats dans le cas d'actions civiles intentées pour actes de torture. Voir J. F. Murphy, « Civil Liability for the Commission of International Crimes as an Alternative to Criminal Prosecution », *Harvard Human Rights Journal*, 1999, vol. 12, p. 1-56.

¹⁶ Voir également ci-après, par. 48.

¹⁷ Voir l'arrêt rendu dans l'affaire du *Lotus* (note 7, ci-dessus), p. 28. Pour un commentaire, voir I. C. McGibbon, « Customary International Law and Acquiescence », *BYBIL*, 1957, p. 129.

is under an international obligation to refrain from instituting such proceedings against an incumbent Foreign Minister?

A “negative practice” of States, consisting in their abstaining from instituting criminal proceedings, cannot, in itself, be seen as evidence of an *opinio juris*. Abstention may be explained by many other reasons, including courtesy, political considerations, practical concerns and lack of extraterritorial criminal jurisdiction¹⁵. Only if this abstention was based on a conscious decision of the States in question can this practice generate customary international law. An important precedent is the 1927 “*Lotus*” case, where the French Government argued that there was a rule of customary international law to the effect that Turkey was *not* entitled to institute criminal proceedings with regard to offences committed by foreigners abroad¹⁶. The Permanent Court of International Justice rejected this argument and held:

“Even if the rarity of the judicial decisions to be found among the reported cases were sufficient to prove in point of fact the circumstance alleged by the Agent for the French Government, it would merely show that States had often, in practice, abstained from instituting criminal proceedings, and not that they recognized themselves as being obliged to do so; for only if such abstention were based on their being conscious of having a duty to abstain would it be possible to speak of an international custom.”¹⁷

¹⁵ In some States, for example, the United States, victims of extraterritorial human rights abuses can bring *civil* actions before the Courts. See, for example, the *Karadžić* case (*Kadić v. Karadžić*, 70 F. 3d 232 (2d Cir. 1995)). There are many examples of civil suits against incumbent or former Heads of State, which often arose from criminal offences. Prominent examples are the *Aristeguieta* case (*Jimenez v. Aristeguieta*, *ILR*, 1962, p. 353), the *Aristide* case (*Lafontant v. Aristide*, 844 F. Supp. 128 (EDNY 1994), noted in 88 *AJIL*, 1994, pp. 528-532), the *Marcos* cases (*Estate of Silme G. Domingo v. Ferdinand Marcos*, No. C82-1055V, 77 *AJIL*, 1983, p. 305; *Republic of the Philippines v. Marcos and Others* (1986), *ILR*, 81, p. 581 and *Republic of the Philippines v. Marcos and Others*, 1987, 1988, *ILR*, 81, pp. 609 and 642) and the *Duvalier* case (*Jean-Juste v. Duvalier*, No. 86-0459 Civ (US District Court, SD Fla.), 82 *AJIL*, 1988, p. 596), all mentioned and discussed by Watts (A. Watts, “The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 1994, Vol. 247, pp. 54 *et seq.*). See also the American 1996 Antiterrorism and Effective Death Penalty Act which amended the Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA), including a new exception to State immunity in case of torture for civil claims. See J. F. Murphy, “Civil Liability for the Commission of International Crimes as an Alternative to Criminal Prosecution”, 12 *Harvard Human Rights Journal*, 1999, pp. 1-56.

¹⁶ See also *infra*, para. 48.

¹⁷ “*Lotus*”, *supra*, footnote 7, p. 28. For a commentary, see I. C. McGibbon, “Customary International Law and Acquiescence”, *BYBIL*, 1957, p. 129.

14. La décision de la Cour internationale de Justice procède, en l'espèce, d'une simple analogie avec les immunités reconnues aux agents diplomatiques et aux chefs d'Etat. Toutefois, comme l'a observé sir Arthur Watts, au sujet de la situation des chefs d'Etat, des chefs de gouvernement et des ministres des affaires étrangères au regard du droit international, dans les cours qu'il a donnés à l'Académie de droit international, «l'analogie ne constitue pas toujours une base sur laquelle fonder des règles de droit»¹⁸ M. Joe Verhoeven, dans le rapport sur cette même question pour l'Institut de droit international, relève également que les tribunaux et les commentateurs, s'ils comparent les différentes catégories, se gardent généralement de formuler «une analogie pure et simple»¹⁹.

15. Il existe des différences fondamentales entre les situations respectives des agents diplomatiques, des chefs d'Etat et des ministres des affaires étrangères. Celle des *agents diplomatiques* est comparable, mais non identique, à celle des ministres des affaires étrangères. Aux termes de la convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques²⁰, les agents diplomatiques jouissent de l'immunité de juridiction dans l'Etat accréditaire. Toutefois, alors que les diplomates résident et exercent leurs fonctions sur le territoire de l'Etat accréditaire, les ministres résident généralement dans l'Etat où ils exercent leurs fonctions. Les Etats concernés peuvent décider d'accréditer ou non des diplomates étrangers et il leur est toujours loisible de les déclarer *persona non grata*. Ils ont de ce fait leur «mot à dire» à l'égard des personnes auxquelles ils reconnaissent la qualité de représentant d'un autre Etat²¹, faculté qu'ils n'ont pas à l'égard des ministres d'un gouvernement, lesquels sont désignés par celui-ci dans le cadre de ses prérogatives souveraines.

16. On pourrait de même voir une analogie entre les *chefs d'Etat*, qui jouissent certainement de l'immunité en vertu du droit international coutumier²², et les ministres des affaires étrangères, mais on ne saurait les assimiler pour la seule raison que leurs fonctions offrent matière à comparaison. Tous deux représentent l'Etat, mais les ministres des affaires

¹⁸ A. Watts, «The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1994, vol. 247, p. 40. [Traduction du Greffe.]

¹⁹ J. Verhoeven, *L'immunité de juridiction et d'exécution des chefs d'Etat et anciens chefs d'Etat*, rapport à la 13^e commission de l'Institut de droit international, p. 46, par. 18.

²⁰ Convention sur les relations diplomatiques. Vienne, 18 avril 1961. Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 500, p. 95.

²¹ Voir par exemple les hésitations du Danemark concernant l'accréditation d'un nouvel ambassadeur d'Israël après le changement de gouvernement intervenu dans ce pays: *The Copenhagen Post*, 29 juillet 2001, *The Copenhagen Post*, 31 juillet 2001, *The Copenhagen Post*, 24 août 2001, et «Prosecution of New Ambassador?», *The Copenhagen Post*, 7 novembre 2001 (tous disponibles sur Internet: <http://cphpost.periskop.dk>).

²² Cette immunité n'est toutefois pas absolue dans le cas d'actions civiles et administratives. Voir A. Watts, *op. cit.*, p. 36 et 54. Voir aussi ci-dessus, la note 15.

14. In the present case, the Judgment of the International Court of Justice proceeds from a mere analogy with immunities for diplomatic agents and Heads of State. Yet, as Sir Arthur Watts observes in his lectures published in the *Recueil des cours de l'Académie de droit international* on the legal position in international law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers: "analogy is not always a reliable basis on which to build rules of law"¹⁸. Professor Joe Verhoeven, in his report on the same subject for the Institut de droit international likewise makes the point that courts and legal writers, while comparing the different categories, usually refrain from making "a straightforward analogy"¹⁹.

15. There are fundamental differences between the circumstances of diplomatic agents, Heads of State and Foreign Ministers. The circumstances of *diplomatic agents* are comparable, but not the same as those of Foreign Ministers. Under the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations²⁰, diplomatic agents enjoy immunity from the criminal jurisdiction of the receiving State. However, diplomats reside and exercise their functions on the territory of the receiving States whereas Ministers normally reside in the State where they exercise their functions. Receiving States may decide whether or not to accredit foreign diplomats and may always declare them *persona non grata*. Consequently, they have a "say" in what persons they accept as a representative of the other State²¹. They do not have the same opportunity vis-à-vis Cabinet Ministers, who are appointed by their Governments as part of their sovereign prerogatives.

16. Likewise, there may be an analogy between *Heads of State*, who probably enjoy immunity under customary international law²², and Foreign Ministers. But the two cannot be assimilated for the only reason that their functions may be compared. Both represent the State, but Foreign Ministers do not "impersonate" the State in the same way as Heads of

¹⁸ A. Watts, "The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1994, Vol. 247, p. 40.

¹⁹ J. Verhoeven, *L'immunité de juridiction et d'exécution des chefs d'Etat et anciens chefs d'Etat*, Report of the 13th Commission of the Institut de droit international, p. 46, para. 18. [Translation by the Registry]

²⁰ Convention on Diplomatic Relations, Vienna, 18 April 1961, United Nations, *Treaty Series (UNTS)*, Vol. 500, p. 95.

²¹ See, for example, the Danish hesitations concerning the accreditation of a new ambassador for Israel in 2001, after a new government had come to power in that State: *The Copenhagen Post*, 29 July 2001, *The Copenhagen Post*, 31 July 2001, *The Copenhagen Post*, 24 August 2001, and "Prosecution of New Ambassador?", *The Copenhagen Post*, 7 November 2001 (all available on the Internet: <http://cphpost.periskop.dk>).

²² In civil and administrative proceedings this immunity is, however, not absolute. See A. Watts, *op. cit.*, pp. 36 and 54. See also *supra*, footnote 15.

étrangères ne «personnifient» pas l'Etat de la même façon que les chefs d'Etat, qui en sont l'*alter ego*. La pratique relative aux immunités des chefs d'Etat²³ (en exercice ou ayant cessé de l'être) ne s'applique pas telle quelle aux ministres des affaires étrangères. Il n'existe aucune pratique des Etats révélatrice d'une *opinio juris* sur ce point.

17. La Commission du droit international, qui a vocation normative et œuvre au développement progressif du droit international, est parvenue à codifier la coutume internationale à l'égard des agents diplomatiques et consulaires²⁴, mais non des chefs d'Etat ou des ministres des affaires étrangères. Il convient de souligner que le rapporteur spécial de la Commission du droit international sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens a estimé, dans son rapport de 1989, que les privilèges et immunités dont bénéficient les ministres des affaires étrangères sont octroyés au titre de la courtoisie plutôt que de règles de droit international établies²⁵. De l'avis de sir Arthur Watts, cela pourrait expliquer que des doutes quant à la portée des immunités juridictionnelles accordées en droit international aux chefs de gouvernement et aux ministres des affaires étrangères subsistent dans la version finale du projet d'articles de 1991 de la Commission du droit international sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens²⁶, qui fait mention des chefs d'Etat, mais non des ministres des affaires étrangères (art. 3, par. 2).

Pour ce qui a trait au droit pénal au regard des crimes les plus graves en droit international, tels que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, la Commission du droit international adopte manifestement à l'égard des immunités une perspective restrictive, comme en témoigne l'article 7 du Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996. Les articles de ce projet ne concernent pas seulement les juridictions pénales *internationales*, mais aussi les *Etats* qui établissent leur compétence pour connaître de ces crimes (art. 8 du projet de code) ou, dans une optique de coopération, extradent ou poursuivent les auteurs présumés de crimes de droit international (art. 9 du projet de code). Je reviendrai sur ce point lorsque je traiterai la question des immunités accordées aux ministres des affaires étrangères inculpés de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité²⁷.

18. Le seul texte de droit international conventionnel qui puisse nous permettre de trancher la question de la protection reconnue aux ministres

²³ Voir ci-dessus, les notes 12 et 13.

²⁴ Convention sur les relations diplomatiques, Vienne, 18 avril 1961, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 500, p. 95, et convention sur les relations consulaires, Vienne, 24 avril 1963, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 596, p. 262.

²⁵ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1989, vol. II (2), II^e partie, par. 446.

²⁶ A. Watts, *op. cit.*, p. 107.

²⁷ Voir ci-après, par. 24 et suiv., en particulier par. 32.

State, who are the State's alter ego. State practice concerning immunities of (incumbent and former) Heads of State²³ does not, *per se*, apply to Foreign Ministers. There is no State practice evidencing an *opinio juris* on this point.

17. Whereas the International Law Commission (ILC), in its mission to codify and progressively develop international law, has managed to codify customary international law in the case of diplomatic and consular agents²⁴, it has not achieved the same result regarding Heads of State or Foreign Ministers. It is noteworthy that the International Law Commission's Special Rapporteur on Jurisdictional Immunities of States and their Property, in his 1989 report, expressed the view that privileges and immunities enjoyed by Foreign Ministers are granted on the basis of comity rather than on the basis of established rules of international law²⁵. This, according to Sir Arthur Watts, may explain why doubts as to the extent of jurisdictional immunities of Heads of Government and Foreign Ministers under customary international law have survived in the final version of the International Law Commission's 1991 Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property²⁶, which in Article 3, paragraph 2, only refer to Heads of State, not to Foreign Ministers.

In the field of the criminal law regarding international core crimes such as war crimes and crimes against humanity, the International Law Commission clearly adopts a restrictive view on immunities, which is reflected in Article 7 of the 1996 Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind. These Articles are intended to apply, not only to *international* criminal courts, but also to *national* authorities exercising jurisdiction (Article 8 of the Draft Code) or co-operating mutually by extraditing or prosecuting alleged perpetrators of international crimes (Article 9 of the Draft Code). I will further develop this when addressing the problem of immunities for incumbent Foreign Ministers charged with war crimes and crimes against humanity²⁷.

18. The only text of conventional international law, which may be of relevance to answer this question of the protection of Foreign Ministers,

²³ See *supra*, footnotes 12 and 13.

²⁴ Convention on Diplomatic Relations, Vienna, 18 April 1961, *UNTS*, Vol. 500, p. 95, and Convention on Consular Relations, Vienna, 24 April 1963, *UNTS*, Vol. 596, p. 262.

²⁵ *Yearbook of the International Law Commission (YILC)*, 1989, Vol. II (2), Part 2, para. 446.

²⁶ A. Watts, *op. cit.*, p. 107.

²⁷ See *infra*, paras. 24 *et seq.* and particularly para. 32.

des affaires étrangères est la *convention de 1969 sur les missions spéciales*²⁸, dont l'article 21 opère une nette distinction entre les chefs d'Etat (par. 1) et les ministres des affaires étrangères (par. 2):

«1. Le chef de l'Etat d'envoi, quand il se trouve à la tête d'une mission spéciale, jouit, dans l'Etat de réception ou dans un Etat tiers, des facilités, privilèges et immunités reconnus par le droit international aux chefs d'Etat en visite officielle...

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

La doctrine juridique est divisée sur la question de savoir dans quelle mesure cet instrument peut être considéré comme codifiant le droit international coutumier²⁹. La convention, qui n'a pas été ratifiée par les Parties au différend, si elle fait mention de «facilités, privilèges et immunités» reconnus aux ministres des affaires étrangères, les circonscrit néanmoins au cadre des *visites officielles* («quand ces ministres prennent part à une mission spéciale de l'Etat d'envoi»). L'idée qu'un ministre des affaires étrangères devrait se voir accorder les mêmes privilèges et immunités qu'un chef de l'Etat est certainement empreinte de sagesse politique, mais un tel principe peut aussi bien relever de la courtoisie, et n'établit pas pour autant l'existence d'une règle de droit international coutumier en ce sens. Une telle règle ne saurait, en tout état de cause, être inférée du texte de la convention sur les missions spéciales. Quand bien même la convention s'appliquerait au différend opposant la République démocratique du Congo à la Belgique, sa seule répercussion serait qu'un mandat d'arrêt ne peut être exécuté à l'encontre d'un ministre des affaires étrangères en exercice lorsqu'il prend part à une visite officielle (immunité d'exécution)³⁰.

19. La convention de 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale³¹ fait elle aussi mention des ministres des affaires étrangères. Aux termes de

²⁸ Convention de l'Organisation des Nations Unies sur les missions spéciales, New York, 16 décembre 1969, annexe à la résolution 2530 (XXIV) du 8 décembre 1969 de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies.

²⁹ J. Salmon observe que la ratification de la convention par un nombre restreint d'Etats peut s'expliquer par le fait que cet instrument n'établit aucune hiérarchie entre les missions spéciales, puisqu'elle accorde aux membres de commissions administratives prenant part à des négociations sur des questions techniques les mêmes privilèges et immunités qu'aux chefs d'Etat en visite officielle. Voir J. Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, 1994, p. 546.

³⁰ Voir aussi ci-après, par. 75 (inviolabilité).

³¹ Convention de 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, New York, 14 décembre 1973, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 78, p. 277.

is the 1969 Convention on Special Missions²⁸. Article 21 of this Convention clearly distinguishes between Heads of State (para. 1) and Foreign Ministers (para. 2):

“1. The Head of the sending State, when he leads a special mission, shall enjoy in the receiving State or in a third State the facilities, privileges and immunities accorded by international law . . .

2. The Head of the Government, the Minister for Foreign Affairs and other persons of high rank, when they take part in a special mission of the sending State, shall enjoy in the receiving State or in a third State, in addition to what is granted by the present Convention, the facilities, privileges and immunities accorded by international law.”

Legal opinion is divided on the question to what extent this Convention may be considered a codification of customary international law²⁹. This Convention has not been ratified by the Parties to the dispute. It links the “facilities, privileges and immunities” of Foreign Ministers’ *official visits* (when they take part in a special mission of the sending State). There may be some political wisdom in the proposition that a Foreign Minister should be accorded the same privileges and immunities as a Head of State, but this may be a matter of courtesy, and does not necessarily lead to the conclusion that there is a rule of customary international law to this effect. It certainly does not follow from the text of the Special Missions Convention. Applying this to the dispute between the Democratic Republic of the Congo and Belgium, the only conclusion that follows from the Special Missions Convention, were it to be applicable between the two States concerned, is that an arrest warrant against an incumbent Foreign Minister cannot be enforced when he is on an official visit (immunity from execution)³⁰.

19. Another international convention that mentions Foreign Ministers is the 1973 Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons³¹. This Convention indeed

²⁸ United Nations Convention on Special Missions, New York, 16 December 1969, Annex to UNGA res. 2530 (XXIV) of 8 December 1969.

²⁹ J. Salmon observes that the limited number of ratifications of the Convention can be explained because of the fact that the Convention sets all special missions on the same footing, according the same privileges and immunities to Heads of State on a official visit and to the members of an administrative commission which comes negotiating over technical issues. See J. Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, 1994, p. 546.

³⁰ See also *infra*, para. 75 (inviolability).

³¹ Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, New York, 14 December 1973, 78 *UNTS*, p. 277.

cette convention, les chefs d'Etat, les chefs de gouvernement, les ministres des affaires étrangères et les autres représentants de l'Etat sont définis comme des «personnes jouissant d'une protection internationale»; cette définition laisse entendre, semble-t-il, que ces différents statuts sont assimilables (art. 1). Cette assimilation n'est toutefois pas pertinente en l'espèce. La convention de 1973 ne porte pas sur les immunités pénales dans un autre Etat, mais sur la protection de certains dignitaires étrangers lorsque ceux-ci sont *victimes* d'actes terroristes tels que le meurtre, l'enlèvement ou toute autre atteinte à leur personne ou à leur liberté (art. 2). Elle ne traite pas des protections procédurales reconnues à ces personnes lorsqu'elles sont elles-mêmes les *auteurs* présumés de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité.

20. Peu d'éléments dans la doctrine juridique viennent corroborer l'analogie entre les ministres des affaires étrangères et les chefs d'Etat postulée par la Cour internationale de Justice. Oppenheim et Lauterpacht écrivent: «les membres d'un gouvernement n'occupent pas la situation exceptionnelle des chefs d'Etat...»³², un point de vue que partagent A. Cavaglieri³³, P. Cahier³⁴, J. Salmon³⁵, B. S. Murty³⁶ et J. S. de Erice y O'Shea³⁷.

Sir Arthur Watts est catégorique à cet égard, lorsqu'il observe: «Ainsi le principe donne à penser qu'un chef de gouvernement ou qu'un ministre des affaires étrangères qui se rend dans un autre Etat à titre officiel jouit d'une immunité de juridiction pour toute la durée de son séjour dans ledit Etat.»³⁸ Au sujet des «déplacements privés», sir Arthur ajoute:

«Il se peut fort bien qu'un chef d'Etat, lorsqu'il se rend à titre privé dans un autre Etat, continue de bénéficier de certains privilèges et immunités, mais il est beaucoup moins sûr que cela soit le cas des chefs de gouvernement et des ministres des affaires étrangères. L'Etat hôte pourra accorder à ces derniers un traitement spécial, mais il

³² Publié sous la direction de L. Oppenheim et de H. Lauterpacht, *International Law, a Treatise*, 1955, vol. I, p. 358. Voir aussi la 9^e édition de 1992 (publiée sous la direction de Jennings et de Watts), p. 1046.

³³ A. Cavaglieri, *Corso di Diritto Internazionale*, 2^e éd., p. 321-322.

³⁴ P. Cahier, *Le droit diplomatique contemporain*, 1962, p. 359-360.

³⁵ J. Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, 1994, p. 539.

³⁶ B. S. Murty, *The International Law of Diplomacy: The Diplomatic Instrument and World Public Order*, 1989, p. 333-334.

³⁷ J. S. de Erice y O'Shea, *Derecho Diplomático*, 1954, p. 377-378.

³⁸ A. Watts, *op. cit.*, p. 106 (les italiques sont de moi). Voir aussi p. 54:

«En ce qui concerne les poursuites pénales, l'immunité d'un chef d'Etat est généralement reconnue comme *absolue*, à l'instar de celle des ambassadeurs, et conformément au paragraphe 1 de l'article 31 de la convention sur les missions spéciales, qui reconnaît une telle immunité aux chefs d'Etat entrant dans son champ d'application.» (Les italiques sont de moi.) [Traduction du Greffe.]

defines “internationally protected persons” so as to include Heads of State, Heads of Government and Foreign Ministers and other representatives of the State, and may hereby create the impression that the different categories mentioned can be assimilated (Art. 1). This assimilation, however, is not relevant for the purposes of the present dispute. The 1973 Convention is not about immunities from criminal proceedings in another State, but about the protection of the high foreign officials it enumerates when they are *victims* of certain acts of terrorism such as murder, kidnapping or other attacks on their person or liberty (Art. 2). It is not about procedural protections for these persons when they are themselves accused of being *perpetrators* of war crimes and crimes against humanity.

20. There is hardly any support in legal doctrine for the International Court of Justice’s postulated analogy between Foreign Ministers and Heads of State on the subject of immunities. Oppenheim and Lauterpacht write: “members of a Government have not the exceptional position of Heads of States . . .”³². This view is shared by A. Cavaglieri³³, P. Cahier³⁴, J. Salmon³⁵, B. S. Murty³⁶ and J. S. de Erice y O’Shea³⁷.

Sir Arthur Watts is adamant in observing that principle “suggests that a head of government or foreign minister who visits another State *for official purposes* is immune from legal process *while there*”³⁸. Commenting further on the question of “private visits”, he writes:

“Although it may well be that a Head of State, when on a private visit to another State, still enjoys certain privileges and immunities, it is much less likely that the same is true of heads of governments and foreign ministers. Although they may be accorded certain special treatment by the host State, this is more likely to be a matter of

³² L. Oppenheim and H. Lauterpacht (eds.), *International Law, a Treatise*, Vol. I, 1955, p. 358. See also the Ninth (1992) Edition (Jennings and Watts, eds.) at p. 1046.

³³ A. Cavaglieri, *Corso di Diritto Internazionale*, 2nd ed., pp. 321-322.

³⁴ P. Cahier, *Le droit diplomatique contemporain*, 1962, pp. 359-360.

³⁵ J. Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, 1994, p. 539.

³⁶ B. S. Murty, *The International Law of Diplomacy: The Diplomatic Instrument and World Public Order*, 1989, pp. 333-334.

³⁷ J. S. de Erice y O’Shea, *Derecho Diplomático*, 1954, pp. 377-378.

³⁸ A. Watts, *op. cit.*, p. 106 (emphasis added). See also p. 54:

“So far as concerns criminal proceedings, a Head of State’s immunity is generally accepted as being *absolute*, as it is for ambassadors, and as provided in Article 31 (1) of the Convention on Special Missions for Heads of States coming within its scope.” (Emphasis added.)

agira vraisemblablement par courtoisie et respect pour l'éminent visiteur, et non pas tant parce qu'il pense que le droit international impose un tel traitement.»³⁹

21. Plus récemment, l'Institut de droit international a examiné (à sa session de Vancouver en 2001) la question de l'immunité des chefs d'Etat et des chefs de gouvernement. Le projet de résolution assimilait expressément, à son article 14 intitulé «Le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères», les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères aux chefs d'Etat. Ce projet d'article n'apparaît pas dans la version finale de la résolution de l'Institut, qui fait mention des chefs de gouvernement, mais pas des ministres des affaires étrangères. Cette comparaison entre le projet de résolution et le texte final révèle à tout le moins que les éminents membres de l'Institut ont songé — puis renoncé — à placer les ministres des affaires étrangères sur un pied d'égalité avec les chefs d'Etat⁴⁰.

Il est difficile de savoir avec certitude ce qui a motivé l'adoption de la résolution finale. Peut-être reflète-t-elle le sentiment de l'Institut, à savoir qu'il n'existe aucune règle de droit international coutumier assimilant chefs d'Etat et ministres des affaires étrangères. Quoi qu'il en soit, l'Institut a agi sagement. Procéder à des assimilations du type de celles que l'on trouve dans le projet de résolution aurait pour effet de multiplier démesurément le nombre de personnes jouissant, à l'échelle internationale, d'une immunité de juridiction, et ouvrirait la porte à des abus. Des gouvernements pourraient, à leur escient, nommer à des postes ministériels des personnes soupçonnées d'avoir commis de graves violations des droits de l'homme afin de les mettre à l'abri de poursuites à l'étranger.

22. L'immunité de juridiction viendrait dès lors faire obstacle à la volonté des victimes de telles violations de poursuivre leurs auteurs à l'étranger. Celles-ci se heurtent certes aujourd'hui à l'immunité d'exécution découlant de l'application du principe énoncé à l'article 21 de la convention de 1969 sur les missions spéciales⁴¹, lorsque le ministre est en visite officielle, mais ne se trouvent pas pour autant placées dans l'incapacité d'intenter une action en justice. A aller au-delà,

³⁹ A. Watts, *op. cit.*, p. 109. [Traduction du Greffe.]

⁴⁰ Voir le rapport de J. Verhoeven mentionné ci-dessus, note 19 (projets de résolution) et les résolutions finales adoptées à la session de Vancouver le 26 août 2001 (qui seront publiées dans le prochain annuaire de l'Institut), et H. Fox, «The Resolution of the Institute of International Law on the Immunities of Heads of State and Government», *ICLQ*, 2002, vol. 51, p. 119-125.

⁴¹ Voir ci-dessus, par. 18.

courtesy and respect for the seniority of the visitor, than a reflection of any belief that such a treatment is required by international law.”³⁹

21. More recently, the Institut de droit international, at its 2001 Vancouver session, addressed the question of the immunity of Heads of State and Heads of Government. The draft resolution explicitly assimilated Heads of Government *and* Foreign Ministers with Heads of State in Article 14, entitled “Le Chef de gouvernement et le ministre des Affaires étrangères”. This draft Article does not appear in the final version of the Institut de droit international resolution. The final resolution only mentions Heads of Government, not Foreign Ministers. The least one can conclude from this difference between the draft resolution and the final text is that the distinguished members of the Institut considered but did not decide to place Foreign Ministers on the same footing as Heads of State⁴⁰.

The reasons behind the final version of the resolution are not clear. It may or may not reflect the Institut de droit international’s view that there is no customary international law rule that assimilates Heads of State and Foreign Ministers. Whatever may be the Institut de droit international’s reasons, it was a wise decision. Proceeding to assimilations of the kind proposed in the draft resolution would dramatically increase the number of persons that enjoy international immunity from jurisdiction. There would be a potential for abuse. *Male fide* Governments could appoint suspects of serious human rights violations to cabinet posts in order to shelter them from prosecution in third States.

22. Victims of such violations bringing legal action against such persons in third States would face the obstacle of immunity from jurisdiction. Today, they may, by virtue of the application of the principle contained in Article 21 of the 1969 Special Missions Convention⁴¹, face the obstacle of immunity from execution while the Minister is on an official visit, but they would not be barred from bringing an action altogether. Taking immunities further than this may even lead to conflict with inter-

³⁹ A. Watts, *op. cit.*, p. 109.

⁴⁰ See the Report of J. Verhoeven, *supra*, footnote 19 (draft resolutions) and the final resolutions adopted at the Vancouver meeting on 26 August 2001 (publication in the *Yearbook of the Institute* forthcoming). See further H. Fox, “The Resolution of the Institute of International Law on the Immunities of Heads of State and Government”, 51 *ICLQ*, 2002, pp. 119-125.

⁴¹ *Supra*, para. 18.

le risque existerait d'entrer en contradiction avec les règles internationales relatives aux droits de l'homme, comme le montre la récente affaire *Al-Adsani* portée devant la Cour européenne des droits de l'homme⁴².

23. Je suis donc d'avis que, en jugeant que les ministres des affaires étrangères en exercice bénéficient d'une immunité *totale* de juridiction pénale (par. 54 de l'arrêt), la Cour est parvenue à une conclusion dépourvue de fondement en droit international positif. Avant d'en arriver à cette conclusion, la Cour aurait dû s'assurer qu'il existait un *usus* et une *opinio juris* établissant une coutume internationale en la matière. Il n'existe ni *usus* ni *opinio juris* établissant l'existence d'une coutume internationale en ce sens, il n'existe aucun traité sur ce point et la doctrine juridique ne semble pas étayer cette thèse. La conclusion de la Cour ne tient aucun compte de la tendance générale à restreindre l'immunité des représentants de l'Etat (y compris les chefs d'Etat), non seulement dans la sphère du droit privé et du droit commercial — qui limitent de plus en plus le principe *par in parem*⁴³, autrefois sacro-saint — mais également en droit pénal, lorsque sont allégués des crimes graves au regard du droit international⁴⁴. Si la Belgique peut être accusée de ne pas avoir respecté la courtoisie internationale, on ne saurait en revanche pas l'accuser d'avoir enfreint le droit international. J'estime par conséquent que l'arrêt se fonde sur un raisonnement erroné.

⁴² Voir l'affaire *Al-Adsani*, Cour européenne des droits de l'homme, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001 (<http://www.echr.coe.int>). Dans cette affaire, le requérant, qui possédait la double nationalité koweïtienne et britannique, affirmait avoir subi de graves violations des droits de l'homme (torture) au Koweït aux mains d'agents du gouvernement de ce pays. Il se plaignait de n'avoir pu exercer son droit de saisir la justice britannique, les tribunaux ayant refusé de connaître de sa requête au titre de la loi sur l'immunité de l'Etat de 1978. Jusqu'alors, les affaires portées devant la Cour européenne des droits de l'homme avaient habituellement pour source des violations de ces droits commises sur le territoire de l'Etat défendeur et imputées aux autorités de cet Etat, non à celles d'Etats tiers. En conséquence, la question des immunités internationales ne se posait pas. Elle s'est posée dans l'affaire *Al-Adsani*, car, en l'espèce, la violation présumée des droits de l'homme avait été commise à l'étranger, par les autorités d'un autre Etat. La Cour européenne des droits de l'homme a rejeté, par 9 voix contre 8, les demandes de M. Al-Adsani, estimant qu'il n'y avait pas eu violation du paragraphe 1 de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme (droit à un procès équitable). Cette décision a toutefois été prise à une faible majorité (9 voix contre 8 et 8 opinions dissidentes) et son contenu est également restreint: elle ne tranche la question des immunités que dans le cas d'une procédure *civile*, sans traiter le cas d'une procédure *pénale*. Dans leur opinion dissidente, à laquelle se sont ralliés les juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto, Vajić et Loucaides, les juges Rozakis et Caffisch interprètent la décision de la majorité au sens que la Cour aurait admis qu'il y avait eu violation si la procédure au Royaume-Uni avait été engagée au pénal à l'encontre d'un individu pour acte de torture présumé (paragraphe 60 de l'arrêt, tel qu'interprété par les juges au paragraphe 4 de leur opinion dissidente).

⁴³ Voir ci-dessus, la note 22.

⁴⁴ Voir ci-après, par. 24 et suiv.

national human rights rules as appears from the recent *Al-Adsani* case of the European Court of Human Rights⁴².

23. I conclude that the International Court of Justice, by deciding that incumbent Foreign Ministers enjoy *full* immunity from foreign criminal jurisdiction (Judgment, para. 54), has reached a conclusion which has no basis in positive international law. Before reaching this conclusion, the Court should have satisfied itself of the existence of *usus* and *opinio juris*. There is neither State practice nor *opinio juris* establishing an international custom to this effect. There is no treaty on the subject and there is no legal opinion in favour of this proposition. The Court's conclusion is reached without regard to the general tendency toward the restriction of immunity of the State officials (including even Heads of State), not only in the field of private and commercial law where the *par in parem* principle has become more and more restricted and deprived of its mystique⁴³, but also in the field of criminal law, when there are allegations of serious international crimes⁴⁴. Belgium may have acted contrary to international comity, but has not infringed international law. The Judgment is therefore based on flawed reasoning.

⁴² ECHR, *Al-Adsani v. United Kingdom*, 21 November 2001, <http://www.echr.coe.int>. In that case, the Applicant, a Kuwaiti/British national, claimed to have been the victim of serious human rights violations (torture) in Kuwait by agents of the Government of Kuwait. In the United Kingdom, he complained about the fact that he had been denied access to court in Britain because the courts refused to entertain his complaint on the basis of the 1978 State Immunity Act. Previous cases before the ECHR had usually arisen from human rights violations committed on the territory of the respondent State and related to acts of torture allegedly committed by the authorities of the respondent State itself, not by the authorities of third States. Therefore, the question of international immunities did not arise. In the *Al-Adsani* case, the alleged human rights violation was committed abroad, by authorities of another State and so the question of immunity did arise. The ECHR (with a 9/8 majority), has rejected Mr. Al-Adsani's application and held that there has been no violation of Article 6, paragraph 1, of the Convention (right of access to court). However, the decision was reached with a narrow majority (9/8 and 8 dissenting opinions) and was itself very narrow: it only decided the question of immunities in a *civil* proceeding, leaving the question as to the application of immunities in a *criminal* proceeding unanswered. Dissenting judges, Judges Rozakis and Caflisch joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajić and also Loucaides read the decision of the majority as implying that the court would have found a violation had the proceedings in the United Kingdom been criminal proceedings against an individual for an alleged act of torture (paragraph 60 of the judgment, as interpreted by the dissenting judges in paragraph 4 of their opinion).

⁴³ *Supra*, footnote 22.

⁴⁴ *Infra*, paras. 24 *et seq.*

2. Les ministres des affaires étrangères en exercice ne bénéficient d'aucune immunité de juridiction vis-à-vis des autres Etats lorsqu'ils sont accusés de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité

24. S'agissant des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, la Cour arrive à la conclusion suivante. Elle déclare qu'elle ne saurait déterminer 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 soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité (par. 58, al. 1, de l'arrêt).

Elle poursuit en observant que rien, dans les dispositions des instruments juridiques portant création des tribunaux pénaux internationaux relatives à l'immunité ou à la responsabilité pénale des personnes agissant à titre officiel, ne permet de conclure à l'existence d'une telle exception en droit international coutumier s'agissant des juridictions pénales nationales (par. 58, al. 2, de l'arrêt).

Elle conclut que ces immunités «demeurent opposables devant les tribunaux d'un Etat étranger, même lorsque ces tribunaux exercent une telle compétence sur la base de ces conventions» (fin du par. 59 de l'arrêt).

25. Je m'élève vivement contre ces conclusions. Tout d'abord, et comme je l'ai dit plus haut, la Cour se fonde sur une base erronée en supposant que le droit international coutumier reconnaît aux ministres des affaires étrangères en exercice une immunité de juridiction totale. Ce postulat, qui fausse toute la suite du raisonnement, est à l'origine d'une seconde méprise: afin de pondérer la règle postulée consacrant «l'immunité totale» en droit international coutumier, il faudrait prouver l'existence d'une seconde règle de droit international coutumier s'opposant à la première. Il faudrait également établir que le principe de l'obligation de rendre des comptes sur le plan international a été consacré par le droit international coutumier. La Cour conclut, sans avoir trouvé l'ombre d'une preuve confirmant l'existence d'une telle règle dans l'éventail limité des sources qu'elle examine⁴⁵, qu'il y a eu violation de la première règle, celle de l'immunité.

26. La Cour souligne qu'immunité de procédure pénale ne vaut pas impunité lorsqu'un ministre des affaires étrangères est accusé de crimes, quelle que soit leur gravité. Elle poursuit en faisant valoir deux

⁴⁵ Au paragraphe 58 de l'arrêt, la Cour fait uniquement référence aux instruments relatifs aux tribunaux pénaux *internationaux* (les statuts des tribunaux de Nuremberg et de Tokyo, les statuts des tribunaux pénaux *ad hoc* et le statut de Rome portant création d'une Cour pénale internationale). Mais il existe également d'autres instruments pertinents en l'espèce, et qui font référence à la compétence des juridictions *nationales*. Le meilleur exemple en est la loi n° 10 du Conseil de contrôle sur le châtimeut des individus coupables de crimes de guerre, crimes contre la paix et crimes contre l'humanité, Berlin, 20 décembre 1945 (*Journal officiel du Conseil de contrôle pour l'Allemagne*, n° 3, Berlin, 31 janvier 1946). Voir également l'article 7 du projet de code de la Commission du droit international de 1996 sur les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

2. *Incumbent Foreign Ministers Are Not Immune from the Jurisdiction of Other States When Charged with War Crimes and Crimes against Humanity*

24. On the subject of war crimes and crimes against humanity, the Court reaches the following decision: it holds that it is unable to decide that there exists under customary international law any form of exception to the rule according immunity from criminal process and inviolability to incumbent Ministers for Foreign Affairs, where they are suspected of having committed war crimes or crimes against humanity (Judgment, para. 58, first subparagraph).

It goes on by observing that there is nothing in the rules concerning the immunity or the criminal responsibility of persons having an official capacity contained in the legal instruments creating international criminal tribunals that enables it to find that such an exception exists under customary international law before national criminal tribunals (Judgment, para. 58, second subparagraph).

This immunity, it concludes, “remain[s] opposable before the courts of a foreign State, even where those courts exercise such a jurisdiction under these conventions” (Judgment, para. 59 *in fine*).

25. I strongly disagree with these propositions. To start with, as set out above, the Court starts from a flawed premise, assuming that incumbent Foreign Ministers enjoy full immunity from jurisdiction under customary international law. This premise taints the rest of the reasoning. It leads to another flaw in the reasoning: in order to “counterbalance” the postulated customary international law rule of “full immunity”, there needs to be evidence of another customary international law rule that would negate the first rule. It would need to be established that the principle of international accountability has also reached the status of customary international law. The Court finds no evidence for the existence of such a rule in the limited sources it considers⁴⁵ and concludes that there is a violation of the first rule, the rule of immunity.

26. Immunity from criminal process, the International Court of Justice emphasizes, does not mean the impunity of a Foreign Minister for crimes that he may have committed, however serious they may be. It goes

⁴⁵ In paragraph 58 of the Judgment, the Court only refers to instruments that are relevant for *international* criminal tribunals (the statutes of the Nuremberg and the Tokyo tribunals, statutes of the *ad hoc* criminal tribunals and the Rome Statute for an International Criminal Court). But there are also other instruments that are of relevance, and that refer to the jurisdiction of *national* tribunals. A prominent example is Control Council Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes against Peace and against Humanity, *Official Gazette of the Control Council for Germany*, No. 3, Berlin, 31 January 1946. See also Article 7 of the 1996 ILC Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind.

arguments prouvant son adhésion à ce principe : *a*) elle opère une distinction entre l'immunité de juridiction, qui revêt un caractère procédural, et la responsabilité pénale, qui touche au fond du droit; ainsi, l'immunité de juridiction ne saurait exonérer la personne qui en bénéficie de toute responsabilité pénale (par. 60 de l'arrêt); *b*) elle soutient que les immunités dont bénéficie en droit international un ministre ou un ancien ministre des affaires étrangères en exercice ne font pas obstacle à ce que leur responsabilité pénale soit recherchée dans quatre cas particuliers, qu'elle examine par la suite (par. 61 de l'arrêt).

Il est extrêmement regrettable de constater que cette conclusion réfute non seulement les arguments en faveur de l'obligation, au regard du droit pénal, de rendre compte de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, mais qu'en outre elle ne reconnaît pas la primauté des normes relevant de cette dernière catégorie. Je développerai ces deux points dans les alinéas *a*) et *b*) de cette section, ci-après, mais je souhaite auparavant émettre un commentaire général sur l'approche de la Cour.

27. La Cour a tort, non seulement d'un point de vue juridique, mais également pour une autre raison. Son approche générale pêche essentiellement par le fait qu'elle néglige toute l'évolution récente du droit international pénal moderne qui tend à instituer une obligation individuelle de rendre compte des crimes internationaux les plus graves. Certes, elle ne l'ignore pas totalement, mais elle se contente d'une approche extrêmement minimaliste, en adoptant une interprétation très réductrice des «clauses d'exclusion de l'immunité» figurant dans les instruments internationaux.

Ce principe est pourtant codifié dans diverses sources de droit, y compris les principes de Nuremberg⁴⁶ et l'article IV de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide⁴⁷. Plusieurs résolu-

⁴⁶ Principes de droit international reconnus par le statut de Nuremberg. Genève, 29 juillet 1950, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, supplément n° 12*, Nations Unies, doc. A/1316 (1950).

⁴⁷ Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Paris, 9 décembre 1948, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 78, p. 277. Voir aussi l'article 7 du statut de Nuremberg (statut du Tribunal militaire international, Londres, 8 août 1945, *Recueil des traités*, vol. 82, p. 279); article 6 de la charte de Tokyo (charte du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, Tokyo, 19 janvier 1946, *TIAS*, n° 1589); article (II) 4 de la loi n° 10 du Conseil de contrôle (loi n° 10 du Conseil de contrôle sur le châtimeut des individus coupables de crimes de guerre, crimes contre la paix et crimes contre l'humanité, Berlin, 20 décembre 1945, *Journal officiel du Conseil de contrôle pour l'Allemagne*, n° 3, Berlin, 31 janvier 1946); paragraphe 2 de l'article 7 du statut du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie (statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, New York, 25 mai 1993, *ILM*, 1993, p. 1192); paragraphe 2 de l'article 6 du statut du Tribunal pénal pour le Rwanda (statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, New York, 8 novembre 1994, *ILM*, 1994, p. 1598); article 7 du projet de code de la Commission du droit international des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996, Genève, 5 juillet 1996, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1996, vol. II (2); article 27 du statut de Rome de la Cour pénale internationale, Rome, 17 juillet 1998, *ILM*, 1998, p. 999.

on by making two points showing its adherence to this principle: (a) jurisdictional immunity, being procedural in nature, is not the same as criminal responsibility, which is a question of substantive law and the person to whom jurisdictional immunity applies is not exonerated from all criminal responsibility (Judgment, para. 60); (b) immunities enjoyed by an incumbent Foreign Minister under international law do not represent a bar to criminal prosecution in four sets of circumstances, which the Court further examines (Judgment, para. 61).

This is a highly unsatisfactory rebuttal of the arguments in favour of international accountability for war crimes and crimes against humanity, which moreover disregards the higher order of the norms that belong to the latter category. I will address both points in subsections (a) and (b) of this section, below. Before doing so, I wish to make a general comment on the approach of the Court.

27. Apart from being wrong in law, the Court is wrong for another reason. The more fundamental problem lies in its general approach, that disregards the whole recent movement in modern international criminal law towards recognition of the principle of individual accountability for international core crimes. The Court does not completely ignore this, but it takes an extremely minimalist approach by adopting a very narrow interpretation of the “no immunity clauses” in international instruments.

Yet, there are many codifications of this principle in various sources of law, including the Nuremberg Principles⁴⁶ and Article IV of the Genocide Convention⁴⁷. In addition, there are several United Nations resolu-

⁴⁶ Nuremberg Principles, Geneva, 29 July 1950, *Official Records of the General Assembly, Fifth Session, Supplement No. 12*, United Nations doc. A/1316 (1950).

⁴⁷ Convention on the Prevention and Suppression of the Crime of Genocide, Paris, 9 December 1948, *UNTS*, Vol. 78, p. 277. See also Art. 7 of the Nuremberg Charter (Charter of the International Military Tribunal, London, 8 August 1945, *UNTS*, Vol. 82, p. 279); Art. 6 of the Tokyo Charter (Charter of the Military Tribunal for the Far East, Tokyo, 19 January 1946, *TIAS*, No. 1589); Art. II (4) of the Control Council Law No. 10 (Control Council Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes against Peace and against Humanity, Berlin, 20 December 1945, *Official Gazette of the Control Council for Germany*, No. 3, Berlin, 31 January 1946); Art. 7, para. 2, of the ICTY Statute (Statute of the International Tribunal for the Former Yugoslavia, New York, 25 May 1993, *ILM*, 1993, p. 1192); Art. 6, para. 2, of the ICTR Statute (Statute of the International Tribunal for Rwanda, New York, 8 November 1994, *ILM*, 1994, p. 1598); Art. 7 of the 1996 ILC Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind (Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Geneva, 5 July 1996, *YILC* 1996, Vol. II (2)); and Art. 27 of the Rome Statute for an International Criminal Court (Statute of the International Criminal Court, Rome, 17 July 1998, *ILM*, 1998, p. 999).

tions⁴⁸ et rapports⁴⁹ de l'Organisation des Nations Unies sont en outre consacrés à la responsabilité internationale pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité.

Sur le plan de la doctrine juridique, les textes récents et spécialisés qui traitent de la compétence universelle sont extrêmement nombreux⁵⁰. D'importantes sociétés savantes, dont l'International Law Association⁵¹ et l'Institut de droit international⁵², ont adopté des résolutions sur le sujet. De nouveaux groupes de réflexion, comme ceux des rédacteurs des « principes de Princeton »⁵³ et des « principes du Caire »⁵⁴, se sont exprimés sur la question. Des organisations de défense des droits de l'homme, telles que Amnesty International⁵⁵, Avocats sans frontières⁵⁶, Human

⁴⁸ Voir, par exemple: Sous-Commission des droits de l'homme, résolution 2000/24, *Rôle de la compétence universelle ou extraterritoriale dans l'action préventive contre l'impunité*, 18 août 2000, E/CN.4/SUB.2/RES/2000/24; Commission des droits de l'homme, résolution 2000/68, *Impunité*, 26 avril 2000, E/CN.4/RES/2000/68; Commission des droits de l'homme, résolution 2000/70, *Impunité*, 25 avril 2001, E/CN.4/RES/2000/70 (prenant note de la résolution 2000/24 de la sous-commission).

⁴⁹ Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, *Administration de la justice et droits des détenus, question de l'impunité des auteurs de violations des droits de l'homme (droits civils et politiques), rapport final révisé préparé par M. Joinet, conformément à la décision de la sous-commission 1996/119* du 2 octobre 1997, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1; Commission des droits de l'homme, *Droits civils et politiques, dont les questions de: l'indépendance du pouvoir judiciaire, l'administration de la justice, l'impunité, le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de graves violations des droits de l'homme et des libertés fondamentales, rapport final du rapporteur spécial, M. M. Cherif Bassiouni, présenté conformément à la résolution 1999/33 de la commission*, E/CN.4/2000/62.

⁵⁰ Voir ci-après, la note 98.

⁵¹ International Law Association (Committee on International Human Rights Law and Practice), *Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences*, 2000.

⁵² Voir aussi la résolution de Saint-Jacques-de-Compostelle du 13 septembre 1989 de l'Institut de droit international, commentée par G. Sperduti, « La protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats. Rapport provisoire », *Annuaire de l'Institut de droit international*, session de Saint-Jacques-de-Compostelle, 1989, vol. 63, part. I, p. 309-351.

⁵³ Princeton Project on Universal Jurisdiction, *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, 23 juillet 2001, avec un avant-propos de Mary Robinson, Commissaire pour les droits de l'homme des Nations Unies, www.princeton.edu/~lapa/unive_jur.pdf. Voir M. C. Bassiouni « Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice », *Virginia Journal of International Law*, 2001, vol. 42, p. 1-100.

⁵⁴ Africa Legal Aid (AFLA), *Preliminary Draft of the Cairo Guiding Principles on Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences: An African Perspective*, Le Caire, 31 juillet 2001, <http://www.afla.unimaas.nl/en/act/univjurisd/preliminaryprinciples.htm>.

⁵⁵ Amnesty International, *Universal Jurisdiction. The Duty of States to Enact and Implement Legislation*, septembre 2001, AI index IOR 53/2001.

⁵⁶ Avocats sans frontières, « Débat sur la loi relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire », avant-projet du 14 octobre 2001, disponible sur le site <http://www.asf.be>.

tions⁴⁸ and reports⁴⁹ on the subject of international accountability for war crimes and crimes against humanity.

In legal doctrine, there is a plethora of recent scholarly writings on the subject⁵⁰. Major scholarly organizations, including the International Law Association⁵¹ and the Institut de droit international have adopted resolutions⁵² and newly established think tanks, such as the drafters of the “Princeton principles”⁵³ and of the “Cairo principles”⁵⁴ have made statements on the issue. Advocacy organizations, such as Amnesty International⁵⁵, Avocats sans Frontières⁵⁶, Human Rights Watch, The International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) and the Interna-

⁴⁸ See, for example, Sub-Commission on Human Rights, res. 2000/24, *Role of Universal or Extraterritorial Competence in Preventive Action against Impunity*, 18 August 2000, E/CN.4/SUB.2/RES/2000/24; Commission on Human Rights, res. 2000/68, *Impunity*, 26 April 2000, E/CN.4/RES/2000/68; Commission on Human Rights, res. 2000/70, *Impunity*, 25 April 2001, E/CN.4/RES/2000/70 (taking note of Sub-Commission res. 2000/24).

⁴⁹ Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, *The Administration of Justice and the Human Rights of Detainees, Question of the Impunity of Perpetrators of Human Rights Violations (Civil and Political), Revised final report prepared by Mr. Joinet pursuant to Sub-Commission decision 1996/119*, 2 October 1997, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1; Commission on Human Rights, *Civil and Political Rights, Including the Questions of: Independence of the Judiciary, Administration of Justice, Impunity, the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms, Final report of the Special Rapporteur, Mr. M. Cherif Bassiouni, submitted in accordance with Commission res. 1999/33*, E/CN.4/2000/62.

⁵⁰ See *infra*, footnote 98.

⁵¹ International Law Association (Committee on International Human Rights Law and Practice), *Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences*, 2000.

⁵² See also the Institut de droit international’s Resolution of Santiago de Compostela, 13 September 1989, commented by G. Sperduti, “Protection of Human Rights and the Principle of Non-intervention in the Domestic Concerns of States. Rapport provisoire”, *Yearbook of the Institute of International Law*, Session of Santiago de Compostela, 1989, Vol. 63, Part I, pp. 309-351.

⁵³ Princeton Project on Universal Jurisdiction, *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, 23 July 2001, with a foreword by Mary Robinson, United Nations High Commissioner for Human Rights, http://www.princeton.edu/~lapa/unive_jur.pdf. See M. C. Bassiouni, “Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice”, *Virginia Journal of International Law*, 2001, Vol. 42, pp. 1-100.

⁵⁴ Africa Legal Aid (AFLA), *Preliminary Draft of the Cairo Guiding Principles on Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences: An African Perspective*, Cairo, 31 July 2001, <http://www.afla.unimaas.nl/en/act/univjurisd/preliminaryprinciples.htm>.

⁵⁵ Amnesty International, *Universal Jurisdiction. The Duty of States to Enact and Implement Legislation*, September 2001, AI Index IOR 53/2001.

⁵⁶ Avocats sans frontières, “Débat sur la loi relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire”, discussion paper of 14 October 2001, available on <http://www.asf.be>.

Rights Watch, la Fédération internationale des droits de l'homme (FIDH) et la Commission internationale de juristes⁵⁷, ont adopté des positions très claires à l'égard de la responsabilité internationale⁵⁸. Ces initiatives peuvent être considérées comme traduisant l'opinion de la *société civile*, opinion dont le droit international coutumier en formation ne saurait faire aujourd'hui totalement abstraction. Les conventions internationales ont été plus d'une fois le fruit d'un processus lancé par des organisations de la société civile⁵⁹. Parmi les exemples bien connus figurent : la convention de 1968 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre⁶⁰ qui, si l'on remonte à ses origines, est l'aboutissement d'une initiative de l'Association internationale de droit pénal; la convention de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, dont l'élaboration a probablement été motivée par la campagne contre la torture menée par Amnesty International; le traité de 1997 pour l'interdiction des mines terrestres⁶¹, auquel la campagne pour l'interdiction des mines terrestres a donné un élan extraordinaire⁶²; et, enfin, le statut de 1998 portant création de la Cour pénale internationale, dont la promotion a été assurée par une coalition d'organisations non gouvernementales.

28. La Cour ne tient aucun compte de ces évolutions et n'examine pas les sources de droit pertinentes. Elle adopte au contraire un mode de raisonnement formaliste en concluant d'emblée — et à tort — qu'il n'existe, en droit international coutumier, aucune exception à la règle consacrant l'immunité des ministres des affaires étrangères en exercice soupçonnés de crimes internationaux (par. 58 de l'arrêt). En adoptant cette approche, la Cour établit implicitement une hiérarchie entre les règles en matière

⁵⁷ K. Roth, «The Case for Universal Jurisdiction», *Foreign Affairs*, septembre/octobre 2001, réponse à un article écrit par un ancien ministre des affaires étrangères dans la même revue (Henry Kissinger, «The Pitfalls of Universal Jurisdiction», *Foreign Affairs*, juillet/août 2001).

⁵⁸ Voir le rapport de presse publié conjointement par Human Rights Watch, la Fédération internationale des droits de l'homme et la Commission internationale de juristes, «Rights Group Supports Belgium's Universal Jurisdiction Law», 16 novembre 2000, qui peut être consulté sur les sites <http://www.hrw.org/press/2000/11/world-court.htm> ou <http://www.icj.org/press/press01/english/belgium11.htm>. Voir aussi les efforts déployés par le comité international de la Croix-Rouge, en faveur de l'adoption d'instruments internationaux du droit international humanitaire et son soutien à leur mise en œuvre par les Etats (http://www.icrc.org/eng/advisory_service_ihl; <http://www.icrc.org/eng/ihl>).

⁵⁹ M. C. Bassiouni, «Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice», *Virginia Journal of International Law*, 2001, vol. 42, p. 92.

⁶⁰ Convention sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, New York, 26 novembre 1968, *ILM*, 1969, p. 68.

⁶¹ Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, Oslo, 18 septembre 1997, *ILM*, 1997, p. 1507.

⁶² La campagne internationale pour l'interdiction des mines terrestres est une coalition d'organisations non gouvernementales, dont les membres fondateurs sont Handicap International, Human Rights Watch, Medico International, Mines Advisory Group, Physicians for Human Rights et Vietnam Veterans of America Foundation.

tional Commission of Jurists⁵⁷, have taken clear positions on the subject of international accountability⁵⁸. This may be seen as the opinion of *civil society*, an opinion that cannot be completely discounted in the formation of customary international law today. In several cases, civil society organizations have set in motion a process that ripened into international conventions⁵⁹. Well-known examples are the 1968 Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity⁶⁰, which can be traced back to efforts of the International Association of Penal Law, the 1984 Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, probably triggered by Amnesty International's Campaign against Torture, the 1997 Treaty banning landmines⁶¹, to which the International Campaign to Ban Landmines gave a considerable impetus⁶² and the 1998 Statute for the International Criminal Court, which was promoted by a coalition of non-governmental organizations.

28. The Court fails to acknowledge this development, and does not discuss the relevant sources. Instead, it adopts a formalistic reasoning, examining whether there is, under customary international law, an international crimes exception to the — wrongly postulated — rule of immunity for incumbent Ministers under customary international law (Judgment, para. 58). By adopting this approach, the Court implicitly establishes a hierarchy between the rules on immunity (protecting incumbent

⁵⁷ K. Roth, "The Case for Universal Jurisdiction", *Foreign Affairs*, September/October 2001, responding to an article written by an ex-Minister of Foreign Affairs in the same review (Henry Kissinger, "The Pitfalls of Universal Jurisdiction", *Foreign Affairs*, July/August 2001).

⁵⁸ See the joint Press Report of Human Rights Watch, the International Federation of Human Rights Leagues and the International Commission of Jurists, "Rights Group Supports Belgium's Universal Jurisdiction Law", 16 November 2000, available at <http://www.hrw.org/press/2000/11/world-court.htm> or <http://www.icj.org/press/press01/english/belgium11.htm>. See also the efforts of the International Committee of the Red Cross in promoting the adoption of international instruments on international humanitarian law and its support of national implementation efforts (http://www.icrc.org/eng/advisory_service_ihl; <http://www.icrc.org/eng/ihl>).

⁵⁹ M. C. Bassiouni, "Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice", *Virginia Journal of International Law*, 2001, Vol. 42, p. 92.

⁶⁰ Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity, New York, 26 November 1968, *ILM*, 1969, p. 68.

⁶¹ Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-personnel Mines and on Their Destruction, Oslo, 18 September 1997, *ILM*, 1997, p. 1507.

⁶² The International Campaign to Ban Landmines (ICBL) is a coalition of non-governmental organizations, with Handicap International, Human Rights Watch, Medico International, Mines Advisory Group, Physicians for Human Rights and Vietnam Veterans of America Foundation as founding members.

d'immunité (qui protègent les ministres des affaires étrangères en exercice) et les règles en matière d'obligation internationale de rendre des comptes (qui veulent que toute accusation de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité portée à l'encontre de ministres des affaires étrangères en exercice fasse l'objet d'une enquête).

En élevant celles-là au rang de principes de droit international coutumier dans la première partie de son raisonnement, et en concluant dans la seconde partie que celles-ci n'ont pas le même statut, la Cour n'a pas besoin de s'attacher davantage à examiner le statut du principe de l'obligation de répondre de ses actes au regard du droit international. Par conséquent, elle laisse ce principe de côté. En revanche, d'autres juridictions, comme la Chambre des lords en l'affaire *Pinochet*⁶³ ou la Cour européenne des droits de l'homme en l'affaire *Al-Adsani*⁶⁴, se sont davantage interrogées sur la part qu'il conviendrait de faire, sur le plan normatif, entre les crimes internationaux relevant du *jus cogens* et les immunités.

Parmi les questions touchant à l'obligation internationale de rendre compte de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, la Cour internationale de Justice n'a pas répondu aux suivantes : cette obligation peut-elle être considérée comme un principe général de droit au sens de l'article 38 du Statut de la Cour ? La Cour, avant de conclure qu'il n'existait aucune exception aux immunités prévues par le droit international, même en cas de crimes internationaux, n'aurait-elle pas dû faire plus grand cas du fait que, bien souvent, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ont été considérés comme des crimes au regard du droit international coutumier⁶⁵ ? N'aurait-elle pas dû examiner la thèse des auteurs selon qui les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité sont des crimes relevant du *jus cogens*⁶⁶, ce qui, si tel est bien le cas, ne ferait que différencier davantage le statut des règles sanctionnant ces crimes de celui

⁶³ *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte*, 24 mars 1999, [1999] *All ER*, vol. 2, HL, p. 97.

⁶⁴ Voir l'affaire *Al-Adsani* ; Cour européenne des droits de l'homme, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001 (<http://www.echr.coe.int>).

⁶⁵ Voir American Law Institute, *Restatement of the Law Third. The Foreign Relations Law of the United States*, vol. 1, par. 404, commentaire ; M. C. Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 1999 ; T. Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, 1989 ; T. Meron, « International Criminalization of Internal Atrocities », *American Journal of International Law*, 1995, vol. 89, p. 558 ; A. H. J. Swart, *De berechting van internationale misdrijven*, 1996, p. 7 ; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, « Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction », 2 octobre 1995, *Tadić*, par. 96-127 et 134 (article 3 commun).

⁶⁶ M. C. Bassiouni, « International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes* », *Law and Contemporary Problems*, 1996, vol. 59, n° 4, p. 63-74 ; M. C. Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 1999, p. 210-217 ; C. J. R. Dugard, Opinion en l'affaire *Bouterse*, par. 4.5.5, figurant sur le site <http://www.icj.org/objectives/opinion.htm> ; K. C. Randall, « Universal Jurisdiction under International Law », *Texas Law Review*, 1988, vol. 66, p. 829-832 ; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, jugement du 10 décembre 1998, *Furundzija*, par. 153 (torture).

Foreign Ministers) and the rules on international accountability (calling for the investigation of charges against incumbent Foreign Ministers charged with war crimes and crimes against humanity).

By elevating the former rules to the level of customary international law in the first part of its reasoning, and finding that the latter have failed to reach the same status in the second part of its reasoning, the Court does not need to give further consideration to the status of the principle of international accountability under international law. As a result, the Court does not further examine the status of the principle of international accountability. Other courts, for example the House of Lords in the *Pinochet* case⁶³ and the European Court of Human Rights in the *Al-Adsani* case⁶⁴, have given more thought and consideration to the balancing of the relative normative status of international *jus cogens* crimes and immunities.

Questions concerning international accountability for war crimes and crimes against humanity and that were not addressed by the International Court of Justice include the following. Can international accountability for such crimes be considered to be a general principle of law in the sense of Article 38 of the Court's Statute? Should the Court, in reaching its conclusion that there is no international crimes exception to immunities under international law, not have given more consideration to the factor that war crimes and crimes against humanity have, by many, been considered to be customary international law crimes⁶⁵? Should it not have considered the proposition of writers who suggest that war crimes and crimes against humanity are *jus cogens* crimes⁶⁶, which, if it were correct, would only enhance the contrast between the status of the rules punishing these crimes and the rules protecting suspects on the

⁶³ *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte*, 24 March 1999, [1999] 2 All ER 97, HL.

⁶⁴ *Al-Adsani* case: ECHR, *Al-Adsani v. United Kingdom*, 21 November 2001, <http://www.echr.coe.int>.

⁶⁵ See: American Law Institute, *Restatement of the Law Third. The Foreign Relations Law of the United States*, Vol. 1, para. 404, Comment; M. C. Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 1999; T. Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, 1989; T. Meron, "International Criminalization of Internal Atrocities", 89 *AJIL*, 1995, p. 558; A. H. J. Swart, *De berechting van internationale misdrijven*, 1996, p. 7; ICTY, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, *Tadić*, paras. 96-127 and 134 (common Article 3).

⁶⁶ M. C. Bassiouni, "International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*", 59 *Law and Contemporary Problems*, 1996, Issue 4, pp. 63-74; M. C. Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 1999, pp. 210-217; C. J. R. Dugard, Opinion in: *Re Bouterse*, para. 4.5.5, to be consulted at: <http://www.icj.org/objectives/opinion.htm>; K. C. Randall, "Universal Jurisdiction under International Law", 66 *Texas Law Review*, 1988, pp. 829-832; ICTY, Judgment, 10 December 1998, *Furundzija*, para. 153 (torture).

des règles visant à protéger les suspects au titre des immunités reconnues aux ministres des affaires étrangères en exercice, qui, elles, ne font probablement pas partie du *jus cogens*⁶⁷?

Après ces observations liminaires de portée générale, j'examinerai plus particulièrement maintenant les deux affirmations de la Cour internationale de Justice évoquées plus haut, à savoir la distinction entre les défenses au fond et les exceptions de procédure et l'idée selon laquelle les immunités ne font pas obstacle à des poursuites pénales⁶⁸.

a) *La distinction entre l'immunité en tant qu'exception de procédure et l'immunité en tant que défense au fond n'est pas pertinente en l'espèce*

29. La distinction entre immunité de juridiction et responsabilité pénale existe certes dans tous les systèmes juridiques du monde, mais elle ne fonde en rien la thèse selon laquelle les ministres des affaires étrangères seraient à l'abri de poursuites engagées par d'autres Etats lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. La convention de 1948 sur le génocide⁶⁹, le projet de code de 1996 de la Commission du droit international sur les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité⁷⁰, les statuts des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*⁷¹ et le statut de Rome de la Cour pénale internationale⁷² sont autant de sources qui confirment la proposition exprimée dans le troisième principe de Nuremberg⁷³, selon lequel :

«Le fait que l'auteur d'un acte qui constitue un crime de droit international a agi en qualité de chef d'Etat ou de gouvernement ne dégage pas sa responsabilité en droit international.»

30. Le Congo soutient, dans ses pièces et plaidoiries, que ces sources n'ont trait qu'aux immunités de fond, et non aux immunités de procédure, et qu'elles ne prévoient par conséquent aucune exception au principe selon lequel les ministres des affaires étrangères en exercice jouissent

⁶⁷ Voir la conclusion du professeur J. Verhoeven dans le rapport de Vancouver pour l'Institut de droit international, cité ci-dessus à la note 19.

⁶⁸ Voir aussi, ci-dessus, par. 26.

⁶⁹ Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Paris, 9 décembre 1948, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 78, p. 277.

⁷⁰ Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, Rapport de la Commission du droit international, 1996, Nations Unies, doc. A/51/10, p. 59.

⁷¹ Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, New York, 25 mai 1993, *ILM*, 1993, p. 1192; statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, New York, 8 novembre 1994, *ILM*, 1994, p. 1598.

⁷² Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Rome, 17 juillet 1998, *ILM*, 1998, p. 999.

⁷³ Voir ci-dessus, la note 46.

ground of immunities for incumbent Foreign Ministers, which are probably not part of *jus cogens*⁶⁷.

Having made these general introductory observations, I will now turn to the two specific propositions of the International Court of Justice referred to above, i.e., the distinction between substantive and procedural defences and the idea that immunities are not a bar to prosecution⁶⁸.

- (a) *The distinction between immunity as a procedural defence and immunity as a substantive defence is not relevant for the purposes of this dispute*

29. The distinction between jurisdictional immunity and criminal responsibility of course exists in all legal systems in the world, but is not an argument in support of the proposition that incumbent Foreign Ministers cannot be subject to the jurisdiction of other States when they are suspected of war crimes and crimes against humanity. There are a host of sources, including the 1948 Genocide Convention⁶⁹, the 1996 International Law Commission's Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind⁷⁰, the Statutes of the *ad hoc* international criminal tribunals⁷¹ and the Rome Statute for an International Criminal Court⁷². All these sources confirm the proposition contained in the Principle 3 of the Nuremberg principles⁷³ which states:

“The fact that a person who committed an act which constitutes a crime under international law acted as Head of State or responsible Government official does not relieve him from responsibility under international law.”

30. The Congo argued that these sources only address substantive immunities, not procedural immunities and that therefore they offer no exception to the principle that incumbent Foreign Ministers are immune from the jurisdiction of other States. Although some authorities seem to

⁶⁷ See the conclusion of Professor J. Verhoeven in his Vancouver report for the Institut de droit international, *supra*, footnote 19, p. 70.

⁶⁸ See also *supra*, para. 26.

⁶⁹ Convention on the Prevention and Suppression of the Crime of Genocide, Paris, 9 December 1948, *UNTS*, Vol. 78, p. 277.

⁷⁰ Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Report of the International Law Commission, 1996, United Nations doc. A/51/10, p. 59.

⁷¹ Statute of the International Tribunal for the former Yugoslavia, New York, 25 May 1993, *ILM*, 1993, p. 1192; Statute of the International Tribunal for Rwanda, 8 November 1994, *ILM*, 1994, p. 1598.

⁷² Rome Statute of the International Criminal Court, Rome, 17 July 1998, *ILM*, 1998, p. 999.

⁷³ *Supra*, footnote 46.

d'une immunité de juridiction vis-à-vis des autres Etats. Certaines autorités semblent appuyer cette thèse⁷⁴, mais la plupart, y compris la Commission du droit international, ne font nullement référence à cette distinction, voire la rejettent.

31. Le troisième principe de Nuremberg (et ses codifications ultérieures) traite non pas de la question des immunités (procédurales ou substantielles), mais de *l'imputation* à des individus d'actes criminels. Les crimes internationaux ne sont, de fait, pas commis par des entités abstraites, mais par des individus qui, dans bien des cas, peuvent avoir agi au nom de l'Etat⁷⁵. Sir Arthur Watts fait très justement observer que :

«Les Etats sont des personnes morales artificielles : ils ne peuvent agir que par le biais de leurs institutions et organes, c'est-à-dire, en fin de compte, par le biais de leurs représentants et des individus agissant en leur nom. Il serait irréaliste et contraire aux principes élémentaires de la justice de n'attribuer qu'à l'Etat, entité impersonnelle, une conduite internationale si grave qu'elle soit entachée de «criminalité», et non aux individus qui ont ordonné ou adopté la conduite en question.»⁷⁶

La question qui est au cœur du principe 3 est celle de la responsabilité individuelle en tant qu'elle s'oppose à la responsabilité étatique, et non celle du caractère procédural ou substantiel de la protection des représentants d'un gouvernement. Cela ne peut signifier qu'une chose : lorsque des crimes internationaux tels que des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité sont commis, l'immunité ne saurait faire obstacle à l'instruction desdits crimes ou aux poursuites de leur auteur. Peu importe que la procédure soit engagée à l'échelle nationale ou internationale.

32. L'article 7 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996⁷⁷ de la Commission du droit international, qui concerne les juridictions pénales nationales et internationales, confirme cette interprétation. Dans son commentaire, la Commission du droit international s'exprime ainsi :

«L'absence de toute immunité de procédure permettant de se

⁷⁴ Voir par exemple le principe 5 de *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*. Le commentaire indique qu'«il existe toutefois une distinction extrêmement importante entre immunité «substantielle» et immunité «procédurale»», mais précise ensuite qu'«aucun de ces statuts [Nuremberg, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Tribunal pénal international pour le Rwanda] ne traite la question de l'immunité de procédure», p. 48-51 [traduction du Greffe] (voir ci-dessus la note 53).

⁷⁵ Voir *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, jugement*, vol. 22, p. 496 : «Ce sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent les crimes dont la répression s'impose comme sanction du droit international.»

⁷⁶ A. Watts, «The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1994, vol. 247, p. 82. [Traduction du Greffe.]

⁷⁷ Voir aussi ci-dessus, par. 17.

support this view⁷⁴, most authorities do not mention the distinction at all and even reject it.

31. Principle 3 of the Nuremberg principles (and the subsequent codifications of this principle), in addition to addressing the issue of (procedural or substantive) immunities, deals with the *attribution* of criminal acts to individuals. International crimes are indeed not committed by abstract entities, but by individuals who, in many cases, may act on behalf of the State⁷⁵. Sir Arthur Watts very pertinently writes:

“States are artificial legal persons: they can only act through the institutions and agencies of the State, which means, ultimately, through its officials and other individuals acting on behalf of the State. For international conduct which is so serious as to be tainted with criminality to be regarded as attributable only to the impersonal State and not to the individuals who ordered or perpetrated it is both unrealistic and offensive to common notions of justice.”⁷⁶

At the heart of Principle 3 is the debate about individual versus State responsibility, not the discussion about the procedural or substantive nature of the protection for government officials. This can only mean that, where international crimes such as war crimes and crimes against humanity are concerned, immunity cannot block investigations or prosecutions to such crimes, regardless of whether such proceedings are brought before national or before international courts.

32. Article 7 of the International Law Commission’s 1996 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind⁷⁷, which is intended to apply to both national and international criminal courts, only confirms this interpretation. In its Commentary to this Article, the International Law Commission states:

“The absence of any procedural immunity with respect to

⁷⁴ See, for example, Principle 5 of *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*. The Commentary states that “There is an extremely important distinction, however, between ‘substantive’ and ‘procedural’ immunity”, but goes on by saying that “None of these statutes [Nuremberg, ICTY, ICTR] addresses the issue of procedural immunity”, pp. 48-51 (*supra*, footnote 53).

⁷⁵ See the Judgment of the International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals, *Nuremberg Trial Proceedings*, Vol. 22, p. 466, “Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced.”

⁷⁶ A. Watts, “The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 1994, Vol. 247, p. 82.

⁷⁷ See also *supra*, para. 17.

soustraire aux poursuites ou au châtement dans le cadre d'une procédure judiciaire appropriée constitue un corollaire essentiel de l'absence de toute immunité de fond ou de tout fait justificatif. Il serait paradoxal que l'intéressé ne puisse pas invoquer sa qualité officielle pour s'exonérer de sa responsabilité pénale, mais puisse l'invoquer pour se soustraire aux conséquences de cette responsabilité.»⁷⁸

33. En concluant que les clauses d'exclusion de l'immunité prévues par les instruments internationaux pertinents n'ont trait qu'aux immunités de fond, et non aux immunités de procédure, la Cour internationale de Justice adopte une position purement doctrinale qui n'est fondée ni sur le droit international coutumier ou conventionnel, ni sur la pratique des Etats, et qui n'est pas étayée par l'opinion d'un nombre important d'auteurs; il est particulièrement regrettable qu'elle le fasse sans en indiquer les raisons.

b) La proposition de la Cour selon laquelle l'immunité ne conduirait pas nécessairement à l'impunité est erronée

34. J'examinerai à présent la proposition de la Cour selon laquelle les immunités de procédure dont, aux termes du droit international, bénéficie un ministre des affaires étrangères en exercice ne feraient pas obstacle à des poursuites pénales dans certaines circonstances, précisées par la Cour. Celle-ci relève quatre cas dans lesquels il est possible de poursuivre un ministre des affaires étrangères en exercice ou un ancien ministre des affaires étrangères en dépit des immunités que lui reconnaît le droit international coutumier: 1) il peut faire l'objet de poursuites dans son propre pays; 2) il peut être poursuivi par d'autres Etats si celui qu'il représente lève son immunité; 3) il peut être poursuivi lorsqu'il cesse ses fonctions de ministre des affaires étrangères; et 4) il peut être poursuivi par une juridiction internationale (par. 61 de l'arrêt).

La Cour a peut-être raison en théorie: immunité et impunité ne sont pas synonymes et les deux notions ne sauraient donc être confondues. En pratique toutefois, l'immunité conduit à une impunité de fait. Les quatre cas relevés par la Cour revêtent tous un caractère largement hypothétique.

35. Les poursuites visées dans les *deux premiers cas* supposent que l'Etat qui a nommé l'intéressé au poste de ministre des affaires étrangères soit disposé à instruire les allégations visant son ministre, à engager des poursuites devant les juridictions nationales ou à lever son immunité afin qu'un autre Etat puisse en faire autant.

Or, c'est justement là que réside le problème fondamental de l'impunité: lorsque les autorités nationales ne veulent ou ne peuvent pas mener

⁷⁸ Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, Rapport de la Commission du droit international, 1996, Nations Unies, doc. A/51/10, p. 59.

prosecution or punishment in appropriate judicial proceedings is an essential corollary of the absence of any substantive immunity or defence. It would be paradoxical to prevent an individual from invoking his official position to avoid responsibility for a crime only to permit him to invoke this same consideration to avoid the consequences of this responsibility.”⁷⁸

33. In adopting the view that the non-impunity clauses in the relevant international instruments only address substantive, not procedural immunities, the International Court of Justice has adopted a purely doctrinal proposition, which is not based on customary or conventional international law or on national practice and which is not supported by a substantial part of legal doctrine. It is particularly unfortunate that the International Court of Justice adopts this position without giving reasons.

(b) *The Court's proposition that immunity does not necessarily lead to impunity is wrong*

34. I now turn to the Court's proposition that immunities protecting an incumbent Foreign Minister under international law are not a bar to criminal prosecution in certain circumstances, which the Court enumerates. The Court mentions four cases where an incumbent or former Minister for Foreign Affairs can, despite his immunities under customary international law, be prosecuted: (1) he can be prosecuted in his own country; (2) he can be prosecuted in other States if the State whom he represents waives immunity; (3) he can be prosecuted after he ceases being a Minister for Foreign Affairs; and (4) he can be prosecuted before an international court (Judgment, para. 61).

In theory, the Court may be right: immunity and impunity are not synonymous and the two concepts should therefore not be conflated. In practice, however, immunity leads to *de facto* impunity. All four cases mentioned by the Court are highly hypothetical.

35. Prosecution in the *first two cases* presupposes a willingness of the State which appointed the person as a Foreign Minister to investigate and prosecute allegations against him domestically or to lift immunity in order to allow another State to do the same.

This, however, is the core of the problem of impunity: where national authorities are not willing or able to investigate or prosecute, the crime

⁷⁸ Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Report of the International Law Commission, 1996, United Nations doc. A/51/10, p. 41.

une enquête ou traduire l'accusé en justice, le crime reste impuni. Et c'est précisément ce qui s'est passé dans le cas de M. Yerodia. Le Congo a accusé la Belgique d'avoir exercé une compétence universelle dans une situation où la personne soupçonnée — un ministre des affaires étrangères en exercice — ne se trouvait pas sur son territoire, alors qu'en s'abstenant lui-même de poursuivre M. Yerodia, qui était pourtant présent sur le sol national, le Congo a enfreint les conventions de Genève et toute une série de résolutions de l'Organisation des Nations Unies allant dans le même sens⁷⁹.

Le Congo était donc mal fondé à accuser la Belgique d'exercer abusivement sa compétence universelle à l'encontre de M. Yerodia Ndombasi. Si le Congo avait agi comme il aurait dû le faire, c'est-à-dire s'il avait instruit les accusations de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité pesant sur M. Yerodia à raison de faits qu'il lui était reproché d'avoir commis au Congo, la Belgique n'aurait pas été contrainte d'engager des poursuites. Cette dernière a indiqué à plusieurs reprises, et réaffirmé dans son exposé liminaire ainsi que dans sa déclaration finale devant la Cour⁸⁰, qu'elle avait tenté de transmettre le dossier aux autorités congolaises pour qu'elles procèdent elles-mêmes à une enquête et à des poursuites. Le Congo ne dit nulle part qu'il a enquêté sur les accusations de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité portées à l'encontre de M. Yerodia. Le conseil du Congo a même estimé que l'initiative de la Belgique constituait, pour comble, une pression indue à son endroit⁸¹.

Le Congo n'avait pas «les mains propres» lorsqu'il s'est présenté devant la Cour⁸². En reprochant à la Belgique d'avoir instruit des allégations de crimes internationaux et engagé des poursuites, ce qu'il était lui-même tenu de faire, le Congo fait preuve de mauvaise foi. Il prétend que la Belgique l'a offensé et lui a fait subir un préjudice moral, insinuant que l'exercice par celle-ci d'une «compétence universelle excessive» (par. 42 de l'arrêt) était incompatible avec sa dignité. Cependant, comme le faisait observer sir Hersch Lauterpacht en 1951, invoquer l'immunité

⁷⁹ Voir ci-dessus, les notes 48 et 49.

⁸⁰ CR 2001/8, par. 5; CR 2001/11, par. 3 et 11.

⁸¹ CR 2001/10, p. 7.

⁸² G. Fitzmaurice, «The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1957, vol. 92, p. 119:

«Qui demande réparation en équité doit avoir les mains propres.» Ainsi, un Etat qui se rend coupable d'une conduite illicite peut être privé du nécessaire *locus standi in judicio* l'autorisant à se plaindre d'actes illicites correspondants d'autres Etats, en particulier si ces actes résultent des siens ou visent à répliquer aux siens — en d'autres termes s'ils ont été provoqués par lui-même. » [Traduction du Greffe.]

Voir aussi S. M. Schwebel, «Clean Hands in the Court», dans l'ouvrage de E. Brown Weiss et al. (dir. publ.), *The World Bank, International Financial Institutions and the Development of International Law*, 1999, p. 74-78, et l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, opinion dissidente de M. Schwebel, p. 382-384 et 392-394.

goes unpunished. And this is precisely what happened in the case of Mr. Yerodia. The Congo accused Belgium of exercising universal jurisdiction *in absentia* against an incumbent Foreign Minister, but it had itself omitted to exercise its jurisdiction *in presentia* in the case of Mr. Yerodia, thus infringing the Geneva Conventions and not complying with a host of United Nations resolutions to this effect⁷⁹.

The Congo was ill placed when accusing Belgium of exercising universal jurisdiction in the case of Mr. Yerodia. If the Congo had acted appropriately, by investigating charges of war crimes and crimes against humanity allegedly committed by Mr. Yerodia in the Congo, there would have been no need for Belgium to proceed with the case. Belgium repeatedly declared, and again emphasized in its opening and closing statements⁸⁰ before the Court, that it had tried to transfer the dossier to the Congo, in order to have the case investigated and prosecuted by the authorities of the Congo. Nowhere does the Congo mention that it has investigated the allegations of war crimes and crimes against humanity against Mr. Yerodia. Counsel for the Congo even perceived this Belgian initiative as an improper pressure on the Congo⁸¹, as if it were adding insult to injury.

The Congo did not come to the Court with clean hands⁸². In blaming Belgium for investigating and prosecuting allegations of international crimes that it was obliged to investigate and prosecute itself, the Congo acts in bad faith. It pretends to be offended and morally injured by Belgium by suggesting that Belgium's exercise of "excessive universal jurisdiction" (Judgment, para. 42) was incompatible with its dignity. However, as Sir Hersch Lauterpacht observed in 1951, "the dignity of a foreign state may suffer more from an appeal to immunity than from a

⁷⁹ *Supra*, footnotes 48 and 49.

⁸⁰ CR 2001/8, para. 5; CR 2001/11, paras. 3 and 11.

⁸¹ CR 2001/10, p. 7.

⁸² G. Fitzmaurice, "The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1957, Vol. 92, p. 119 writes:

"'He who comes to equity for relief must come with clean hands.' Thus a State which is guilty of illegal conduct may be deprived of the necessary *locus standi in judicio* for complaining of corresponding illegalities on the part of other States, especially if these were consequential on or were embarked upon in order to counter its own illegality — in short were provoked by it."

See also S. M. Schwebel, "Clean Hands in the Court", in E. Brown Weiss *et al.* (eds.), *The World Bank, International Financial Institutions, and the Development of International Law*, 1999, pp. 74-78, and *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment*, *I.C.J. Reports 1986*, dissenting opinion of Judge Schwebel, pp. 382-384 and 392-394.

peut être plus préjudiciable à la dignité d'un Etat que la non-invocation de celle-ci⁸³. La Cour internationale de Justice aurait au moins dû indiquer clairement qu'il revenait au Congo de connaître lui-même de l'affaire.

36. Le *troisième cas* relevé par la Cour, qui fait valoir que l'immunité n'est pas nécessairement synonyme d'impunité, est celui où l'intéressé cesse d'occuper la fonction de ministre des affaires étrangères (par. 61 de l'arrêt, «En troisième lieu»). Dans ce cas, il ne bénéficiera plus des immunités de juridiction que lui accordait le droit international dans les autres Etats. La Cour ajoute que l'immunité totale ne peut dans ce cas être levée que pour des actes «accomplis avant ou après la période pendant laquelle il [le ministre des affaires étrangères] a occupé ces fonctions». Pour ce qui est des actes commis alors que le ministre des affaires étrangères était en exercice, l'immunité ne peut être levée «qu'au titre d'actes qui, bien qu'accomplis durant cette période, l'ont été à titre privé». La Cour ne se prononce pas sur la question de savoir si les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité relèvent de cette catégorie⁸⁴.

Il est extrêmement regrettable que la Cour internationale de Justice n'ait pas nuancé cette déclaration⁸⁵, comme la Chambre des lords l'avait fait en l'affaire *Pinochet*. Elle aurait pu — et aurait même dû — ajouter que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité ne tombent jamais dans cette catégorie. Certains crimes de droit international (par exemple certains actes de génocide et d'agression) ne peuvent être commis, pour des raisons d'ordre pratique, qu'avec des moyens dont seul un Etat peut disposer et dans le cadre d'une politique adoptée par lui — en d'autres termes, vus sous cet angle, ces actes ne peuvent être que des actes «officiels». L'immunité ne devrait jamais s'appliquer aux crimes au regard du droit international, que ce soit devant des juridictions internationales ou nationales. Je souscris pleinement à la déclaration de lord Steyn, qui faisait observer dans la première affaire *Pinochet*:

«Il en découle donc que l'ordre donné par Hitler de recourir à la «solution finale» doit être considéré comme un acte accompli à titre officiel dans le cadre de ses fonctions de chef d'Etat. Voilà où conduit inexorablement le raisonnement de la Cour d'appel.»⁸⁶

La Cour internationale de Justice aurait dû dire clairement que son

⁸³ H. Lauterpacht, «The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States», *BYBIL*, 1951, vol. 28, p. 232. La formulation utilisée en anglais par sir Hersch est la suivante: «the dignity of a foreign state may suffer more from an appeal to immunity than from a denial of it».

⁸⁴ Voir également le paragraphe 55 de l'arrêt, dans lequel la Cour fait valoir que, compte tenu de cette «immunité totale» (par. 54), il n'est pas possible d'opérer de distinction entre les actes accomplis par un ministre des affaires étrangères à titre «officiel» et ceux qui l'auraient été à titre «privé».

⁸⁵ Voir ci-dessus, les notes 12 et 13.

⁸⁶ *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others*, ex parte *Pinochet Ugarte*, 25 novembre 1998, [1998] *All ER*, vol. 4, p. 945.

denial of it”⁸³. The International Court of Justice should at least have made it explicit that the Congo should have taken up the matter itself.

36. The *third case* mentioned by the Court in support of its proposition that immunity does not necessarily lead to impunity is where the person has ceased to be a Foreign Minister (Judgment, para. 61, “Thirdly”). In that case, he or she will no longer enjoy all of the immunities accorded by international law in other States. The Court adds that the lifting of full immunity, in this case, is only for “acts committed prior or subsequent to his or her period of office”. For acts committed during that period of office, immunity is only lifted “for acts committed during that period of office in a private capacity”. Whether war crimes and crimes against humanity fall into this category the Court does not say⁸⁴.

It is highly regrettable that the International Court of Justice has not, like the House of Lords in the *Pinochet* case, qualified this statement⁸⁵. It could and indeed should have added that war crimes and crimes against humanity can never fall into this category. Some crimes under international law (e.g., certain acts of genocide and of aggression) can, for practical purposes, only be committed with the means and mechanisms of a State and as part of a State policy. They cannot, from that perspective, be anything other than “official” acts. Immunity should never apply to crimes under international law, neither before international courts nor national courts. I am in full agreement with the statement of Lord Steyn in the first *Pinochet* case, where he observed that:

“It follows that when Hitler ordered the ‘final solution’ his act must be regarded as an official act deriving from the exercise of his functions as Head of State. That is where the reasoning of the Divisional Court inexorably leads.”⁸⁶

The International Court of Justice should have made it clearer that its

⁸³ H. Lauterpacht, “The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States”, 28 *BYBIL*, 1951, p. 232.

⁸⁴ See also paragraph 55 of the Judgment, where the Court says that, from the perspective of his “full immunity”, no distinction can be drawn between acts performed by a Minister for Foreign Affairs in an “official capacity” and those claimed to have been performed in a “private capacity”.

⁸⁵ See *supra*, footnotes 12 and 13.

⁸⁶ *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others*, ex parte *Pinochet Ugarte*, 25 November 1998, [1998] 4 All ER 897, p. 945.

arrêt ne saurait en aucun cas conduire à une telle conclusion et que de tels actes ne pourront jamais être couverts par une quelconque immunité.

37. Le *quatrième cas* d'exception au principe de l'immunité envisagé par la Cour est celui où les ministres des affaires étrangères — anciens ou actuels — peuvent faire l'objet de poursuites pénales « devant certaines juridictions pénales internationales dès lors que celles-ci sont compétentes » (par. 61 de l'arrêt, « En quatrième lieu »).

La Cour surestime grandement la marge de manœuvre d'une juridiction pénale internationale dans les cas où l'Etat sur le territoire duquel les crimes ont été commis, ou dont un ressortissant en est l'auteur présumé, est peu enclin à poursuivre. Les tribunaux pénaux internationaux actuels n'auraient compétence pour connaître d'affaires impliquant des ministres des affaires étrangères en exercice accusés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité que dans la mesure où ces affaires relèveraient spécifiquement de leur ressort, comme le conflit en ex-Yougoslavie ou le conflit au Rwanda.

La compétence de la Cour pénale internationale, établie par le statut de Rome, est en outre subordonnée au principe de la complémentarité : lorsque devront être jugées des affaires mettant en jeu des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité, cette responsabilité incombera en premier lieu aux Etats. La Cour pénale internationale ne pourra connaître de ces affaires que lorsque les « Etats compétents » ne voudront ou ne pourront véritablement mener à bien l'instruction et les poursuites (art. 17).

Mais même si l'Etat en cause fait preuve de bonne volonté, la Cour pénale internationale, tout comme les tribunaux internationaux *ad hoc*, ne sera pas en mesure de juger *tous* les crimes relevant de sa compétence. Elle n'en aura pas la capacité, et il faudra toujours que des Etats instruisent les affaires de graves crimes internationaux et qu'ils en poursuivent les auteurs⁸⁷. Par Etats, il convient d'entendre, mais ce n'est pas exclusif, les Etats nationaux et territoriaux. Il y aura toujours besoin d'Etats tiers pour instruire et poursuivre, à plus forte raison lorsque l'on se trouvera en présence d'un simulacre de procès (*sham trial*)⁸⁸.

La Cour pénale internationale ne pourra pas juger *tous* les crimes internationaux. Elle ne sera compétente que pour connaître d'affaires nées de comportements criminels intervenus *après* l'entrée en vigueur du statut de Rome. En outre, la question de savoir si certains actes de terrorisme international ou certaines violations graves des droits de l'homme perpétrés dans des conflits armés nationaux relèveront de la compétence de la Cour n'a pas encore été tranchée. M. Tomuschat a fait très justement observer que ce serait commettre une « erreur fatale » que de postuler

⁸⁷ Voir par exemple le procès de quatre ressortissants rwandais par un tribunal pénal de Bruxelles : Cour d'assises de l'arrondissement administratif de Bruxelles-capitale, arrêt du 8 juin 2001, non publié.

⁸⁸ Voir aussi ci-après, par. 65.

Judgment can never lead to this conclusion and that such acts can never be covered by immunity.

37. The *fourth case* of “non-impunity” envisaged by the Court is that incumbent or former Foreign Ministers can be prosecuted before “certain international criminal courts, where they have jurisdiction” (Judgment, para. 61, “Fourthly”).

The Court grossly overestimates the role an international criminal court can play in cases where the State on whose territory the crimes were committed or whose national is suspected of the crime are not willing to prosecute. The current *ad hoc* international criminal tribunals would only have jurisdiction over incumbent Foreign Ministers accused of war crimes and crimes against humanity in so far as the charges would emerge from a situation for which they are competent, i.e., the conflict in the former Yugoslavia and the conflict in Rwanda.

The jurisdiction of an International Criminal Court, set up by the Rome Statute, is moreover conditioned by the principle of complementarity: primary responsibility for adjudicating war crimes and crimes against humanity lies with the States. The International Criminal Court will only be able to act if States which have jurisdiction are unwilling or unable genuinely to carry out investigation or prosecution (Art. 17).

And even where such willingness exists, the International Criminal Court, like the *ad hoc* international tribunals, will not be able to deal with *all* crimes that come under its jurisdiction. The International Criminal Court will not have the capacity for that, and there will always be a need for States to investigate and prosecute core crimes⁸⁷. These States include, but are not limited to, national and territorial States. Especially in the case of sham trials, there will still be a need for third States to investigate and prosecute⁸⁸.

Not *all* international crimes will be justiciable before the permanent International Criminal Court. It will only be competent to try cases arising from criminal behaviour occurring *after* the entry into force of the Rome Statute. In addition, there is uncertainty as to whether certain acts of international terrorism or certain gross human rights violations in non-international armed conflicts would come under the jurisdiction of the Court. Professor Tomuschat has rightly observed that it would be a “fatal mistake” to assert that, in the absence of an international criminal

⁸⁷ See for example the trial of four Rwandan citizens by a Criminal Court in Brussels: Cour d’assises de l’arrondissement administratif de Bruxelles-capitale, arrêt du 8 juin 2001, not published.

⁸⁸ See also *infra*, para. 65.

que, en l'absence d'une juridiction internationale compétente, les chefs d'Etat et ministres des affaires étrangères soupçonnés de certains crimes ne peuvent être traduits en justice que dans leurs propres pays et nulle part ailleurs⁸⁹.

38. J'en conclus que les arguments fournis par la Cour internationale de Justice pour étayer sa thèse selon laquelle l'immunité n'est pas nécessairement, de fait, synonyme d'impunité ne sont nullement convaincants.

3. Conclusion

39. Ma conclusion générale sur la question de l'immunité⁹⁰ est la suivante: si un ministre des affaires étrangères en exercice bénéficie bien d'immunités, celles-ci ne trouvent pas leur origine dans le droit international coutumier mais relèvent tout au plus de la courtoisie internationale. Ces immunités ne sont certainement pas «totales» ou absolues et ne sauraient s'appliquer en cas de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité.

III. LA COMPÉTENCE UNIVERSELLE

40. Initialement, lorsque le Congo a déposé, en 2000, sa demande en indication de mesure conservatoire, le différend portait sur deux points: a) celui de la *compétence universelle* en matière de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité; et b) celui des *immunités* accordées aux ministres des affaires étrangères en exercice accusés de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité (voir par. 1 et 42 de l'arrêt). Au cours de la procédure sur le fond, en 2001, le Congo a restreint le différend à la seule seconde question (voir par. 10-12 de l'arrêt), sans objection de la Belgique, qui a même prié la Cour de ne pas statuer *ultra petita* (par. 41 de l'arrêt). En conséquence, la Cour ne pouvait se prononcer sur la question de la compétence universelle en général.

41. Pour des raisons qui leur sont propres, les Parties ont ainsi invité la Cour internationale de Justice à simplifier sa décision et à statuer sur la question de l'immunité de juridiction seulement. La Cour, tout en reconnaissant que, d'un point de vue logique, elle ne saurait traiter de la seconde question qu'après s'être prononcée sur la première, a néanmoins décidé de n'examiner que celle-là. Elle le fait en supposant, pour les besoins de son raisonnement, que la Belgique était compétente, au plan du droit international, pour émettre et diffuser le mandat d'arrêt (par. 45 de l'arrêt *in fine*).

⁸⁹ Intervention de M. C. Tomuschat, lors de la réunion de l'Institut de droit international, à Vancouver, en août 2001, qui formule des observations sur le projet de résolution relative aux immunités de juridiction et d'exécution des chefs d'Etat et de gouvernement en droit international, et donne l'exemple du dictateur iraquien Saddam Hussein: rapport de la 13^e commission de l'Institut de droit international, Vancouver, 2001, p. 94; voir également ci-dessus la note 19 et le texte correspondant.

⁹⁰ Sur la question de l'inviolabilité, voir ci-après par. 75.

court having jurisdiction, Heads of State and Foreign Ministers suspected of such crimes would only be justiciable in their own States, and nowhere else⁸⁹.

38. My conclusion on this point is the following: the Court's arguments in support of its proposition that immunity does not, in fact, amount to impunity, are very unconvincing.

3. Conclusion

39. My general conclusion on the question of immunity⁹⁰ is as follows: the immunity of an incumbent Minister for Foreign Affairs, if any, is not based on customary international law but at most on international comity. It certainly is not "full" or absolute and does not apply to war crimes and crimes against humanity.

III. UNIVERSAL JURISDICTION

40. Initially, when the Congo introduced its request for the indication of a provisional measure in 2000, the dispute addressed two questions: (a) *universal jurisdiction* for war crimes and crimes against humanity; and (b) *immunities* for incumbent Foreign Ministers charged with such crimes (see Judgment, paras. 1 and 42). In the proceedings on the merits in 2001, the Congo reduced its case to the second point only (see Judgment, paras. 10-12), with no objection from Belgium, which even asked the Court not to judge *ultra petita* (Judgment, para. 41). The Court could, for that reason, not have made a ruling on the question of universal jurisdiction in general.

41. For their own reasons, the Parties thus invited the International Court of Justice to short-cut its decision and to address the question of the immunity from jurisdiction only. The Court, conceding that, as a matter of logic, the second ground should be addressed only once there has been a determination in respect of the first, nevertheless decided to address the second question only. It addressed this question assuming, for the purposes of its reasoning, that Belgium had jurisdiction under international law to issue and circulate the arrest warrant (Judgment, para. 46 *in fine*).

⁸⁹ C. Tomuschat, Intervention at the Institut de droit international's meeting in Vancouver, August 2001, commenting on the draft resolution on Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law, and giving the example of Iraqi dictator Saddam Hussein: Report of the 13th Commission of the Institut de droit international, Vancouver, 2001, p. 94; see further *supra*, footnote 19 and corresponding text.

⁹⁰ On the subject of inviolability, see *infra*, para. 75.

42. Même si les Parties n'ont pas demandé un arrêt sur l'ensemble des points soulevés par l'affaire, elles n'en ont pas moins développé des arguments détaillés sur la question de la compétence (universelle). La Cour internationale de Justice, quoiqu'elle n'ait pas été priée de statuer sur ce point dans son dispositif, aurait toutefois pu et dû l'aborder dans sa motivation. Elle se contente de faire observer que «la compétence n'implique pas l'absence d'immunité et [que] l'absence d'immunité n'implique pas la compétence» (par. 59 de l'arrêt, première phrase), et poursuit en observant que, si les conventions qui imposent aux Etats des obligations de poursuite ou d'extradition «leur ont fait par suite obligation d'étendre leur compétence juridictionnelle, cette extension de compétence ne porte en rien atteinte aux immunités résultant du droit international coutumier, et notamment aux immunités des ministres des affaires étrangères» (par. 59 de l'arrêt, deuxième phrase).

En adoptant cette perspective très restrictive, la Cour ne prend encore une fois pas la peine d'examiner les instruments donnant effet au principe de l'obligation internationale de rendre compte de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Pourtant, la plupart des arguments invoqués en l'espèce par les deux Parties reposaient sur ces instruments. En éludant totalement la question de la compétence (universelle), la Cour ne s'est pas prononcée sur ces arguments et a laissé ces questions sans réponse. Je souhaite les examiner ici brièvement.

43. Le Congo a accusé la Belgique d'avoir «[exercé] une compétence universelle *excessive*» dans la mesure où, outre le fait qu'elle enfreint les règles établies en matière d'immunités internationales, la législation belge sur la compétence universelle peut être appliquée indépendamment de la présence de l'auteur de l'infraction sur le territoire national (par. 42 de l'arrêt; les italiques sont de moi). Cette faculté est prévue par l'article 7 de la loi belge relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire (ci-après dénommée loi belge de 1993/1999)⁹¹. Le

⁹¹ Loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire, *Moniteur belge*, 5 août 1993, modifiée par la loi du 10 février 1999, *Moniteur belge*, 23 mars 1999; une traduction anglaise a été publiée dans *JLM*, 1999, p. 921-925. Voir d'une manière générale: A. Andries, C. Van den Wyngaert, E. David et J. Verhaegen. «Commentaire de la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire», *Rev. dr. pén.*, 1994, p. 1114-1184; E. David. «La loi belge sur les crimes de droit international humanitaire», *RBDI*, 1995, vol. 28, p. 668-684; P. d'Argent. «La loi du 10 février 1999 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire», *Journal des tribunaux*, 1999, vol. 118, p. 549-555; L. Reydam, «Universal Jurisdiction over Atrocities in Rwanda: Theory and Practice», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1996, p. 18-47; D. Vandermeersch. «La répression en droit belge des crimes de droit international», *RIDP*, 1997, vol. 68, p. 1093-1135; D. Vandermeersch, «Les poursuites et le jugement des infractions de droit international humanitaire en droit belge», dans H. D. Bosly et al., *Actualité du droit international humanitaire*, 2001, p. 123-180; J. Verhoeven, «Vers un ordre répressif universel? Quelques observations», *Annuaire français de droit international*, 1999, p. 55-71.

42. While the Parties did not request a general ruling, they nevertheless developed extensive arguments on the subject of (universal) jurisdiction. The International Court of Justice, though it was not asked to rule on this point in its *dispositif*, could and should nevertheless have addressed this question as part of its reasoning. It confines itself to observing “jurisdiction does not imply absence of immunity, while absence of immunity does not imply jurisdiction” (Judgment, para. 59, first sentence). It goes on by observing that various international conventions impose an obligation on States either to extradite or to prosecute, “requiring them to extend their criminal jurisdiction”, but immediately adds that “such extension of jurisdiction in no way affects immunities under customary international law, including those of Ministers for Foreign Affairs” (Judgment, para. 59, second sentence).

Adopting this narrow perspective, the Court does, again, not need to look at instruments giving effect to the principle of international accountability for war crimes and crimes against humanity. Yet most of the arguments of either Party to this dispute were based on these instruments. By not touching the subject of (universal) jurisdiction at all, the Court did not reply to these arguments and leaves the questions unanswered. I wish to briefly address them here.

43. The Congo accused Belgium of the “exercise of an *excessive* universal jurisdiction” (Judgment, para. 42; emphasis added) because, apart from infringing the rules on international immunities, Belgium’s legislation on universal jurisdiction can be applied regardless of the presence of the offender on Belgian territory. This flows from Article 7 of the Belgian Act concerning the Punishment of Grave Breaches of International Humanitarian Law (hereinafter 1993/1999 Act)⁹¹. The Congo found that this was excessive because Belgium in fact exercised its jurisdiction *in*

⁹¹ Loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire, *Moniteur belge*, 5 August 1993, as amended by Loi du 10 février 1999, *Moniteur belge*, 23 March 1999; an English translation has been published in *ILM*, 1999, pp. 921-925. See generally: A. Andries, C. Van den Wyngaert, E. David, and J. Verhaegen, “Commentaire de la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves du droit international humanitaire”, *Rev. dr. pén.*, 1994, pp. 1114-1184; E. David, “La loi belge sur les crimes de guerre”, 28 *RBDI*, 1995, pp. 668-684; P. d’Argent, “La loi du 10 février 1999 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire”, 118 *Journal des tribunaux*, 1999, pp. 549-555; L. Reydam, “Universal Jurisdiction over Atrocities in Rwanda: Theory and Practice”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1996, pp. 18-47; D. Vandermeersch, “La répression en droit belge des crimes de droit international”, 68 *RIDP*, 1997, pp. 1093-1135; D. Vandermeersch, “Les poursuites et le jugement des infractions de droit international humanitaire en droit belge”, in D. H. Bosly *et al.*, *Actualité du droit international humanitaire*, 2001, pp. 123-180; J. Verhoeven, “Vers un ordre répressif universel? Quelques observations”, *Annuaire français de droit international*, 1999, pp. 55-71.

Congo a vu là un excès dans la mesure où la Belgique, en émettant le mandat d'arrêt du 11 avril 2000 en l'absence de M. Yerodia, avait en fait exercé cette compétence par défaut.

La Belgique a répondu à cette accusation en affirmant qu'elle était fondée à exercer sa compétence en l'espèce dans la mesure où le droit international n'interdit pas aux Etats d'exercer une compétence extraterritoriale pour les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité; au contraire, elle les y encourage.

44. Il n'existe pas de définition communément admise de la compétence universelle dans le droit international conventionnel ou coutumier. Les Etats qui ont intégré ce principe dans leur législation nationale l'ont fait de manière très différente les uns des autres⁹². Il existe maints exemples de cas où des Etats exercent une compétence extraterritoriale pour des crimes tels que des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité et la torture, mais leur intervention repose sur d'autres bases juridictionnelles, telles que la nationalité de la victime. Un exemple éminent est l'affaire *Eichmann*, où la Cour a fondé sa compétence non sur la compétence universelle mais sur la personnalité passive⁹³. Dans l'affaire *Pinochet* en Espagne, un point de rattachement important était la nationalité espagnole de certaines victimes⁹⁴. De même, dans le cas de M. Yerodia, certaines victimes étaient de nationalité belge⁹⁵, bien qu'il ne semble pas que des ressortissants belges⁹⁶

⁹² Pour une étude de l'application, dans différents pays, du principe de la compétence universelle pour les crimes internationaux, voir notamment Amnesty International, *Universal Jurisdiction. The Duty of States to Enact and Implement Legislation*, septembre 2001, AI Index IOR 53/2001; International Law Association (Committee on International Human Rights Law and Practice), *Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences*, annexe, 2000; Redress, *Universal Jurisdiction in Europe. Criminal Prosecutions in Europe since 1990 for War Crimes, Crimes against Humanity, Torture and Genocide*, 30 juin 1999: <http://www.redress.org/inpract.html>; voir aussi «Crimes internationaux et juridictions nationales», Presses universitaires de France (sous presse).

⁹³ *Attorney-General of the Government of Israel v. Eichmann*, *ILR*, 1961, vol. 36, p. 5. Voir aussi *US v. Yunis* (n° 2), District Court, DC, 12 février 1988, *ILR*, 1990, vol. 82, p. 343; Court of Appeals, DC, 29 janvier 1991, *ILM*, 1991, vol. 3, p. 403.

⁹⁴ *Audiencia Nacional. Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional confirmando la jurisdicción de España para conocer de los crímenes de genocidio y terrorismo cometidos durante la dictadura chilena*, 5 novembre 1998, <http://www.derechos.org/nizkor/chile/juicio/audi.html>. Voir aussi M. Márquez Carrasco et J. A. Fernandez, «Spanish National Court, Criminal Division (Plenary Session). Case 19/97, 4 Nov. 1998. Case 1/98, 5 Nov. 1998», *AJIL*, 1999, p. 690-696.

⁹⁵ CR 2001/8, p. 16.

⁹⁶ Une certaine confusion est apparue à propos de la différence entre la notion de «victime» et celle de «partie civile». Le droit belge ne connaît pas d'*actio popularis*; la constitution de partie civile est seulement ouverte aux victimes de l'infraction pénale et à leurs ayants droit. Voir C. Van den Wyngaert, «Belgium», dans C. Van den Wyngaert *et al.* (dir. publ.), *Criminal Procedure Systems in the Member States of the European Community*, 1993.

absentia by issuing the arrest warrant of 11 September 2000 in the absence of Mr. Yerodia.

To this accusation, Belgium answered it was entitled to assert jurisdiction in the present case because international law does not prohibit and even permits States to exercise extraterritorial jurisdiction for war crimes and crimes against humanity.

44. There is no generally accepted definition of universal jurisdiction in conventional or customary international law. States that have incorporated the principle in their domestic legislation have done so in very different ways⁹². Although there are many examples of States exercising extraterritorial jurisdiction for international crimes such as war crimes and crimes against humanity and torture, it may often be on other jurisdictional grounds such as the nationality of the victim. A prominent example was the *Eichmann* case which was in fact based not on universal jurisdiction but on passive personality⁹³. In the Spanish *Pinochet* case, an important connecting factor was the Spanish nationality of some of the victims⁹⁴. Likewise, in the case against Mr. Yerodia, some of the complainants were of Belgian nationality⁹⁵, even if there were, apparently, no Belgian nationals that were victims⁹⁶ of the *violence* that allegedly resulted

⁹² For a survey of the implementation of the principle of universal jurisdiction for international crimes in different countries, see, *inter alia*: Amnesty International, *Universal Jurisdiction. The Duty of States to Enact and Implement Legislation*, September 2001, AI Index IOR 53/2001; International Law Association (Committee on International Human Rights Law and Practice), *Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences*, Ann., 2000; Redress, *Universal Jurisdiction in Europe. Criminal Prosecutions in Europe since 1990 for War Crimes, Crimes against Humanity, Torture and Genocide*, 30 June 1999: <http://www.redress.org/inpract.html>; see also "Crimes internationaux et juridictions nationales" to be published by the Presses universitaires de France (in print).

⁹³ *Attorney-General of the Government of Israel v. Eichmann*, 36 *ILR*, 1961 p. 5. See also *US v. Yunis* (No. 2), District Court, DC, 12 February 1988, 82 *ILR*, 1990, p. 343; Court of Appeals, DC, 29 January 1991, *ILM*, 1991, Vol. 3, p. 403.

⁹⁴ *Audiencia Nacional, Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional confirmando la jurisdicción de España para conocer de los crímenes de genocidio y terrorismo cometidos durante la dictadura chilena*, 5 November 1998, <http://www.derechos.org/nizkor/chile/juicio/audi.html>. See also M. Márquez Carrasco and J. A. Fernández, "Spanish National Court, Criminal Division (Plenary Session). Case 19/97, 4 Nov. 1998, Case 1/98, 5 Nov. 1998", *AJIL*, 1999, pp. 690-696.

⁹⁵ CR 2001/8, p. 16.

⁹⁶ Some confusion arose over the difference between the notion of "victim" and the notion of "complainant" (*partie civile*). Belgian law does not provide an *actio popularis*, but only allows victims and their relatives to trigger criminal investigations through the procedure of a formal complaint (*constitution de partie civile*). On the Belgian system, see C. Van den Wyngaert, "Belgium", in C. Van den Wyngaert *et al.* (eds.), *Criminal Procedure Systems in the Member States of the European Community*, 1993.

eussent figuré parmi les victimes *des violences* résultant des discours de haine que M. Yerodia était soupçonné d'avoir tenus (par. 15 de l'arrêt)⁹⁷.

45. La compétence universelle a donné lieu à une littérature abondante dans la doctrine juridique. Les points de vue les plus variés ont été exprimés quant à la signification de cette notion⁹⁸ et à son statut juridique en droit international⁹⁹. Nous n'entendons pas les examiner dans la présente opinion. Ce qui importe, en l'espèce, est de savoir de quelle manière la Belgique a codifié la compétence universelle dans sa législation nationale et si elle est compatible ou non avec le droit international.

L'article 7 de la loi belge de 1993/1999, qui est au cœur du litige, dispose ce qui suit: «Les juridictions belges sont compétentes pour connaître des infractions prévues à la présente loi, indépendamment du lieu où celles-ci auront été commises.»¹⁰⁰

46. Malgré le flou qui entoure la définition de la notion de compétence universelle, une chose est sûre: la *ratio legis* de la compétence universelle repose sur la réprobation internationale de certains crimes particulièrement graves tels que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Elle a pour raison d'être d'éviter l'impunité et d'empêcher les auteurs de

⁹⁷ La notion de *victime* s'étend au-delà de la victime *directe* du crime, et concerne également les victimes indirectes (par exemple, les ascendants ou descendants de la victime dans le cas de l'assassinat). De surcroît, quand il s'agit de crimes du type de ceux dont M. Yerodia était soupçonné (*incitation à commettre des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité*), la mort ou le dommage corporel subi par la victime n'est pas un élément constitutif de l'infraction. Les victimes ne sont pas seulement celles qui ont été effectivement tuées ou blessées à la suite des discours de haine allégués, mais aussi toutes les personnes à l'encontre desquelles les incitations étaient dirigées, y compris les victimes de nationalité belge qui se sont constituées parties civiles devant le juge d'instruction belge. En mettant, au paragraphe 15 de l'arrêt, l'accent sur les victimes *des violences*, la Cour semble adopter une définition très restrictive de la notion de victime.

⁹⁸ Pour une analyse circonstanciée et récente des diverses positions, dans une perspective tant diachronique que synchronique, voir M. Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, 2000. Parmi d'autres publications récentes: M. C. Bassiouni, «Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice», *Virginia Journal of International Law*, 2001, vol. 42, p. 1-100; L. Benavides, «The Universal Jurisdiction Principle», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2001, vol. 1, p. 20-96; J. I. Charney, «International Criminal Law and the Role of Domestic Courts», *AJIL*, 2001, vol. 25, p. 120-124; G. de La Pradelle, «La compétence universelle», dans H. Ascensio *et al.* (dir. publ.), *Droit international pénal*, 2000, p. 905-918; A. Hays Butler, «Universal Jurisdiction: A Review of the Literature», *Criminal Law Forum*, 2000, p. 353-373; R. van Elst, «Implementing Universal Jurisdiction over Grave Breaches of the Geneva Conventions», *LJIL*, 2000, p. 815-854. Voir également les actes du colloque sur la compétence universelle: mythes, réalités et perspectives, *New England Law Review*, 2001, vol. 35, n° 2.

⁹⁹ Ainsi, certains auteurs sont-ils d'avis que, s'agissant des crimes de droit international, il existe une théorie indépendante de la compétence universelle. Voir par exemple M. C. Bassiouni, «Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice», *Virginia Journal of International Law*, 2001, vol. 42, p. 28.

¹⁰⁰ Voir la note 91 pour des références complémentaires.

from the hate speeches of which Mr. Yerodia was suspected (Judgment, para. 15)⁹⁷.

45. Much has been written in legal doctrine about universal jurisdiction. Many views exist as to its legal meaning⁹⁸ and its legal status under international law⁹⁹. This is not the place to discuss them. What matters for the present dispute is the way in which Belgium has codified universal jurisdiction in its domestic legislation and whether it is, as applied in the case of Mr. Yerodia, compatible with international law.

Article 7 of the 1993/1999 Belgian Act, which is at the centre of the dispute, states the following: "The Belgian courts shall be competent to deal with breaches provided for in the present Act, irrespective of where such breaches have been committed . . ."¹⁰⁰

46. Despite uncertainties that may exist concerning the definition of universal jurisdiction, one thing is very clear: the *ratio legis* of universal jurisdiction is based on the international reprobation for certain very serious crimes such as war crimes and crimes against humanity. Its *raison d'être* is to avoid impunity, to prevent suspects of such crimes finding a

⁹⁷ The notion "victim" is wider than the *direct* victim of the crime only, and also includes indirect victims (e.g. the relatives of the assassinated person in the case of murder). Moreover, for crimes such as those with which Mr. Yerodia has been charged (incitement to war crimes and crimes against humanity), death or injury of the (direct) victim is not a constituent element of the crime. Not only those who were effectively killed or injured after the alleged hate speeches are victims, but all persons against whom the incitements were directed, including the victims of Belgian nationality who brought the case before the Belgian investigating judge by lodging a *constitution de partie civile* action. By focusing on the victims of the *violence* in paragraph 15 of the Judgment, the International Court of Justice seems to adopt a very narrow definition of the notion of victim.

⁹⁸ For a very thorough recent analysis of the various positions, diachronically and synchronically, see M. Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, 2000. Other recent publications are M. C. Bassiouni, "Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice", *Virginia Journal of International Law*, 2001, Vol. 42, pp. 1-100; L. Benavides, "The Universal Jurisdiction Principle", 1 *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2001, pp. 20-96; J. I. Charney, "International Criminal Law and the Role of Domestic Courts", 25 *AJIL*, 2001, pp. 120-124; G. de La Pradelle, "La compétence universelle", in H. Ascensio *et al.* (eds.), *Droit international pénal*, 2000, pp. 905-918; A. Hays Butler, "Universal Jurisdiction: A Review of the Literature", *Criminal Law Forum*, 2000, pp. 353-373; R. van Elst, "Implementing Universal Jurisdiction over Grave Breaches of the Geneva Conventions", *LJIL*, 2000, pp. 815-854. See also the proceedings of the symposium on Universal Jurisdiction: Myths, Realities, and Prospects, 35 *New England Law Review*, 2001, No. 2.

⁹⁹ For example, some writers hold the view that an independent theory of universal jurisdiction exists with respect to *jus cogens* international crimes. See, for example, M. C. Bassiouni, "Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice", *Virginia Journal of International Law*, 2001, Vol. 42, p. 28.

¹⁰⁰ See footnote 91 for further references.

tels crimes de trouver refuge dans des pays tiers. C'est ce qu'ont souligné des sociétés savantes qui ont pris part au débat, et notamment les rédacteurs des « principes de Princeton »¹⁰¹, des « principes du Caire »¹⁰², ou du « rapport Kamminga » de l'International Law Association¹⁰³.

47. Peut-être n'appartenait-il pas à la Cour internationale de Justice de définir de manière abstraite la compétence universelle. Elle aurait dû toutefois examiner la question suivante: la Belgique était-elle autorisée, aux termes du droit international, à exercer en l'espèce une compétence *extra-territoriale* à l'encontre de M. Yerodia (abstraction faite de la question de l'immunité)? La Cour n'a absolument pas répondu à cette question.

1. *La compétence universelle pour les crimes de guerre et crimes contre l'humanité est compatible avec le critère du Lotus*

48. L'affaire du *Lotus* de 1927 constitue la référence en matière de compétence extraterritoriale. Dans cette affaire, la Cour permanente de Justice internationale avait été invitée à statuer sur un différend opposant la France et la Turquie, né d'une procédure pénale engagée par la Turquie à l'encontre d'un ressortissant français. Ce dernier, capitaine d'un navire français, était accusé d'homicide involontaire ayant entraîné la mort de citoyens turcs, suite à une collision en haute mer entre son navire et un navire turc. Comme en la présente espèce, la question était de savoir si l'Etat défendeur, la Turquie, était habilitée à engager des poursuites pénales à l'encontre d'un étranger au titre de crimes commis en dehors de son territoire. La France fit valoir que la Turquie n'était pas habilitée à poursuivre des ressortissants français devant ses tribunaux nationaux, au motif que le droit international n'autorisait pas les Etats à exercer une compétence extraterritoriale, mais au contraire l'interdisait. Selon la Turquie, le droit international l'autorisait à exercer une telle compétence.

49. La Cour permanente de Justice internationale a jugé qu'il n'existait aucune règle de droit international conventionnel ou coutumier interdisant à la Turquie d'exercer sa compétence pour des faits commis en dehors de son territoire national. Elle commença par dire que, en principe, la compétence est territoriale et qu'un Etat ne peut l'exercer en dehors de son territoire, sauf en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention. Elle poursuivit toutefois en limitant la portée de cette affirmation dans un célèbre *dictum*, bien connu des étudiants en droit international:

« Mais il ne s'ensuit pas que le droit international défend à un Etat d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international... Loin de

¹⁰¹ Voir ci-dessus la note 53.

¹⁰² Voir ci-dessus la note 54.

¹⁰³ Voir ci-dessus la note 51.

safe haven in third countries. Scholarly organizations that participated in the debate have emphasized this, for example in the Princeton principles¹⁰¹, the Cairo principles¹⁰² and the Kamminga report on behalf of the International Law Association¹⁰³.

47. It may not have been the International Court of Justice's task to define universal jurisdiction in abstract terms. What it should, however, have considered is the following question: was Belgium under international law entitled to assert *extraterritorial* jurisdiction against Mr. Yerodia (apart from the question of immunity) in the present case? The Court did not consider this question at all.

1. Universal Jurisdiction for War Crimes and Crimes against Humanity Is Compatible with the "Lotus" Test

48. The leading case on the question of extraterritorial jurisdiction is the 1927 "*Lotus*" case. In that case, the Permanent Court of International Justice was asked to decide a dispute between France and Turkey, which arose from a criminal proceeding in Turkey against a French national. This person, the captain of a French ship, was accused of involuntary manslaughter causing Turkish casualties after a collision between his ship and a Turkish ship on the high seas. Like in the present dispute, the question was whether the respondent State, Turkey, was entitled to conduct criminal proceedings against a foreign national for crimes committed outside Turkey. France argued that Turkey was not entitled to prosecute the French national before its domestic courts because there was no permission, and indeed a prohibition, under customary international law for a State to assume extraterritorial jurisdiction. Turkey argued that it was entitled to exercise jurisdiction under international law.

49. The Permanent Court of International Justice decided that there was no rule of conventional or customary international law prohibiting Turkey from asserting jurisdiction over facts committed outside Turkey. It started by saying that, as a matter of principle, jurisdiction is territorial and that a State cannot exercise jurisdiction outside its territory without a permission derived from international custom or from a convention. It however immediately added a qualification to this principle in a famous *dictum* that students of international law know very well:

"It does not, however, follow that international law prohibits a State from exercising jurisdiction in its own territory, in respect of any case which relates to acts which have taken place abroad, and in which it cannot rely on some permissive rule of international law . . .

¹⁰¹ *Supra*, footnote 53.

¹⁰² *Supra*, footnote 54.

¹⁰³ *Supra*, footnote 51.

défendre d'une manière générale aux Etats d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives; pour les autres cas, chaque Etat reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables.»¹⁰⁴

Il convient d'établir une distinction entre *compétence normative* et *compétence d'exécution*. Le *dictum* cité ci-dessus a trait à la *compétence normative*: il s'agit de savoir ce qu'un Etat est autorisé à faire *sur son propre territoire*, lorsqu'il instruit des crimes commis à l'étranger et engage des poursuites, non ce qu'il peut faire *sur le territoire d'autres Etats* lorsqu'il poursuit les auteurs de tels crimes. De toute évidence, un Etat n'a pas, à l'égard de tels crimes, de *compétence d'exécution* hors de son territoire: il ne peut donc, sauf à obtenir une permission à cet effet, exercer son pouvoir sur le territoire d'un autre Etat. Il s'agit de «la limitation primordiale qu'impose le droit international [aux Etats]»¹⁰⁵. En d'autres termes, la règle permissive ne s'applique qu'à la compétence normative, non à la compétence d'exécution: en l'absence d'interdiction, un Etat A *peut* engager des poursuites pour des crimes commis dans un Etat B (*règle permissive*), mais, en l'absence d'autorisation, un Etat A *ne peut pas* intervenir sur le territoire dudit Etat B.

50. Le mandat d'arrêt du 11 avril 2000 entre-t-il dans le cadre du premier type de compétence, du second ou des deux? En d'autres termes, en exerçant sa compétence par l'émission et la diffusion d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'un étranger pour des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité commis à l'étranger, la Belgique a-t-elle exercé sa compétence normative, sa compétence d'exécution, ou les deux?

Dans la mesure où le mandat n'a pas été exécuté, le différend porte surtout sur la compétence normative. Toutefois, l'intitulé du mandat (mandat d'arrêt «*international*») soulève également des questions relatives à la compétence d'exécution.

Je suis d'avis que la Belgique, en décernant et en diffusant le mandat d'arrêt, n'a violé ni les règles en matière de compétence normative, ni celles en matière de compétence d'exécution. J'exposerai mon point de vue sur la compétence d'exécution dans les arguments que je développe à la partie IV de mon opinion dissidente, où j'examinerai la question de savoir s'il y a eu ou non un fait internationalement illicite en l'espèce¹⁰⁶. J'étudierai la disposition qui se trouve au cœur du litige, à savoir l'article 7 de la loi belge de 1993/1999, à l'aune du «critère du *Lotus*» relatif à la compétence *normative*.

¹⁰⁴ C.P.J.I., affaire du *Lotus*, 7 septembre 1927, C.P.J.I. Recueil série A n° 10, p. 19.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 18.

¹⁰⁶ Voir ci-après, par. 68 et suiv.

Far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, it leaves them in this respect a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules; as regards other cases, every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable.”¹⁰⁴

A distinction must be made between *prescriptive jurisdiction* and *enforcement jurisdiction*. The above-mentioned *dictum* concerns *prescriptive jurisdiction*: it is about what a State may do *on its own territory* when investigating and prosecuting crimes committed abroad, not about what a State may do *on the territory of other States* when prosecuting such crimes. Obviously, a State has no *enforcement jurisdiction* outside its territory: a State may, failing permission to the contrary, not exercise its power on the territory of another State. This is “the first and foremost restriction imposed by international law upon a State”¹⁰⁵. In other words, the permissive rule only applies to prescriptive jurisdiction, not to enforcement jurisdiction: failing a prohibition, State A *may*, on its own territory, prosecute offences committed in State B (*permissive rule*); failing a permission, State A *may not* act on the territory of State B.

50. Does the arrest warrant of 11 April 2000 come under the first species of jurisdiction, under the second, or under both? In other words: has Belgium, by asserting jurisdiction in the form of the issuing and circulation of an arrest warrant on charges of war crimes and crimes against humanity against a foreign national for crimes committed abroad, engaged in prescriptive jurisdiction, in enforcement jurisdiction, or in both?

Given the fact that the warrant has never been enforced, the dispute is in the first place about prescriptive jurisdiction. However, the title of the warrant (“*international* arrest warrant”) gave rise to questions about enforcement jurisdiction also.

I believe that Belgium, by issuing and circulating the warrant, violated neither the rules on prescriptive jurisdiction nor the rules on enforcement jurisdiction. My views on enforcement jurisdiction will be part of my reasoning in Section IV, where I will consider whether there was an internationally wrongful act in the present case¹⁰⁶. In the present Section, I will deal with prescriptive jurisdiction. I will measure the statutory provision that is at the centre of the dispute, Article 7 of the 1993/1999 Belgian Act, against the yardstick of the “*Lotus*” test on *prescriptive* jurisdiction.

¹⁰⁴ “*Lotus*”, Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10, p. 19.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 18.

¹⁰⁶ See *infra*, paras. 68 *et seq.*

51. Il découle de l'arrêt rendu en l'affaire du *Lotus* qu'un Etat est en droit d'exercer sur son territoire une compétence extraterritoriale à moins que le droit international ne le lui interdise. Or, j'estime que *rien*, en droit international, *n'interdit* d'édicter des lois permettant d'enquêter et d'engager des poursuites en cas de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité commis à l'étranger.

Non sans raison, la thèse a souvent été avancée selon laquelle le critère du *Lotus* serait trop libéral et que, compte tenu de la complexité croissante des relations internationales contemporaines, il conviendrait désormais d'adopter une approche plus restrictive¹⁰⁷. Dans l'affaire relative à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, deux groupes d'Etats s'opposaient, avançant chacun une interprétation différente du critère du *Lotus* sur ce point¹⁰⁸, et, dans sa déclaration, le président Bedjaoui fit part de ses doutes à cet égard¹⁰⁹. La législation belge résiste même au plus restrictif de ces points de vue. Les preuves ne manquent pas pour étayer la thèse selon laquelle le droit *permet* aux Etats d'exercer une compétence extraterritoriale pour ce type de crimes.

Dans les paragraphes qui suivent, j'apporterai des éléments à l'appui des deux thèses. Selon moi, le droit international *a) n'interdit pas* l'exercice d'une compétence universelle pour les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, *b) l'autorise* formellement.

a) Le droit international n'interdit pas aux Etats d'exercer une compétence universelle à l'égard des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité

52. Le Congo affirme que la notion même de compétence universelle suppose la présence de l'auteur de l'infraction sur le territoire de l'Etat qui engage une action à son encontre. Selon lui, l'exercice de la compétence universelle *in absentia* est contraire au droit international. Cette thèse doit être examinée à la lumière du droit international conventionnel et coutumier, ainsi que de la doctrine.

53. En guise de remarque préliminaire, j'aimerais souligner un point d'ordre linguistique. L'expression «compétence universelle» ne veut pas nécessairement dire que le suspect doit être présent sur le territoire

¹⁰⁷ Voir American Law Institute, *Restatement (Third) Foreign Relations Law of the United States*, 1987, p. 235-236; I. Cameron, *The Protective Principle of International Criminal Jurisdiction*, 1994, p. 319; F. A. Mann, «The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1964, vol. 111, p. 35; R. Higgins, *Problems and Process. International Law and How We Use It*, 1994, p. 77; voir également Conseil de l'Europe, *Compétence extraterritoriale en matière pénale*, 1990, p. 20 et suiv.

¹⁰⁸ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif du 8 juillet 1996*, C.I.J. *Recueil 1996*, p. 238-239, par. 21.

¹⁰⁹ C.I.J. *Recueil 1996*, p. 270, par. 12.

51. It follows from the “*Lotus*” case that a State has the right to provide extraterritorial jurisdiction on its territory unless there is a prohibition under international law. I believe that there is *no prohibition* under international law to enact legislation allowing it to investigate and prosecute war crimes and crimes against humanity committed abroad.

It has often been argued, not without reason, that the “*Lotus*” test is too liberal and that, given the growing complexity of contemporary international intercourse, a more restrictive approach should be adopted today¹⁰⁷. In the *Nuclear Weapons* case, there were two groups of States each giving a different interpretation of “*Lotus*” on this point¹⁰⁸ and President Bedjaoui, in his declaration, expressed hesitations about “*Lotus*”¹⁰⁹. Even under the more restrictive view, Belgian legislation stands. There is ample evidence in support of the proposition that international law clearly *permits* States to provide extraterritorial jurisdiction for such crimes.

I will give reasons for both propositions in the next paragraphs. I believe that (a) international law does *not prohibit* universal jurisdiction for war crimes and crimes against humanity, (b) clearly permits it.

(a) *International law does not prohibit universal jurisdiction for war crimes and crimes against humanity*

52. The Congo argued that the very concept of universal jurisdiction presupposes the presence of the defendant on the territory of the prosecuting State. Universal jurisdiction *in absentia*, it submitted, was contrary to international law. This proposition needs to be assessed in the light of conventional and customary international law and of legal doctrine.

53. As a preliminary observation, I wish to make a linguistic comment. The term “universal jurisdiction” does not necessarily mean that the suspect should be present on the territory of the prosecuting State.

¹⁰⁷ Cf. American Law Institute, *Restatement (Third) Foreign Relations Law of the United States*, 1987, pp. 235-236; I. Cameron, *The Protective Principle of International Criminal Jurisdiction*, 1994, p. 319; F. A. Mann, “The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 1964, Vol. 111, p. 35; R. Higgins, *Problems and Process. International Law and How We Use It*, 1994, p. 77. See also Council of Europe, *Extraterritorial Jurisdiction in Criminal Matters*, 1990, pp. 20 *et seq.*

¹⁰⁸ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, pp. 238-239, para. 21.

¹⁰⁹ *I.C.J. Reports 1996*, p. 270, para. 12.

de l'Etat engageant les poursuites. Même si ce critère de présence est implicite, ce qui est le cas chez certains auteurs, cela ne signifie pas obligatoirement qu'elle constitue une prescription légale. L'expression est peut-être ambiguë, mais c'est précisément pour cette raison qu'il faut se garder de toute conclusion hâtive. Les maximes latines parfois employées, et qui semblent postuler la présence de l'auteur de l'infraction (*judex deprehensionis — ubi te invenero ibi te judicabo*), n'ont aucune valeur juridique et ne coïncident pas avec le concept de compétence universelle.

54. Aucune règle de *droit international conventionnel* ne vise à interdire l'exercice d'une compétence universelle *in absentia*. S'agissant de la compétence universelle à l'égard des crimes de guerre, la principale base juridique est constituée par l'article 146 de la quatrième convention de Genève de 1949¹¹⁰, qui énonce le principe *aut dedere aut judicare*¹¹¹. Une interprétation textuelle de cet article ne présuppose pas logiquement la présence du contrevenant, comme tente de le démontrer le Congo. Son raisonnement à cet égard est certes intéressant d'un point de vue doctrinal, mais ne constitue pas une conséquence logique du texte. En matière de crimes de guerre, les conventions de Genève de 1949, qui ont été ratifiées quasi universellement et pourraient, compte tenu de cette très large acceptation, avoir une portée plus large que celle de simples obligations conventionnelles, n'exigent pas la présence de la personne soupçonnée. Voir dans l'article 146 de la quatrième convention de Genève une restriction au droit d'un Etat d'exercer la compétence universelle serait totalement contraire à une *interprétation téléologique* des conventions de Genève. Ces instruments n'avaient, à l'évidence, pas pour objet de limiter la compétence des Etats à l'égard des crimes de droit international.

55. Le *droit international coutumier* ne la limite pas davantage. Le Congo soutient qu'il existe une pratique des Etats, révélatrice d'une *opinio juris* selon laquelle l'exercice de la compétence universelle suppose nécessairement la présence de l'auteur de l'infraction sur le territoire de l'Etat qui engage une action à son encontre. Nombre de systèmes nationaux qui donnent effet à l'obligation *aut dedere aut judicare* et/ou au sta-

¹¹⁰ Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 75, p. 287. Voir aussi art. 49 de la convention pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, Genève, 12 août 1949, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 75, p. 31; art. 50 de la convention pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, Genève, 12 août 1949, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 75, p. 85; art. 129 de la convention relative au traitement des prisonniers de guerre, Genève, 12 août 1949, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 75, p. 135; art. 85 (1) du protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (protocole I), Genève, 8 juin 1977, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1125, p. 3.

¹¹¹ Voir ci-après, par. 62

Assuming the presence of the accused, as some authors do, does not necessarily mean that it is a legal requirement. The term may be ambiguous, but precisely for that reason one should refrain from jumping to conclusions. The Latin maxims that are sometimes used, and that seem to suggest that the offender must be present (*judex deprehensionis — ubi te invero ibi te iudicabo*) have no legal value and do not necessarily coincide with universal jurisdiction.

54. There is no rule of *conventional international law* to the effect that universal jurisdiction *in absentia* is prohibited. The most important legal basis, in the case of universal jurisdiction for war crimes is Article 146 of the IV Geneva Convention of 1949¹¹⁰, which lays down the principle *aut dedere aut iudicare*¹¹¹. A textual interpretation of this Article does not logically presuppose the presence of the offender, as the Congo tries to show. The Congo's reasoning in this respect is interesting from a doctrinal point of view, but does not logically follow from the text. For war crimes, the 1949 Geneva Conventions, which are almost universally ratified and could be considered to encompass more than mere treaty obligations due to this very wide acceptance, do not require the presence of the suspect. Reading into Article 146 of the IV Geneva Convention a limitation on a State's right to exercise universal jurisdiction would fly in the face of a *teleological interpretation* of the Geneva Conventions. The purpose of these Conventions, obviously, is not to restrict the jurisdiction of States for crimes under international law.

55. There is no *customary international law* to this effect either. The Congo submits there is a State practice, evidencing an *opinio juris* asserting that universal jurisdiction, *per se*, requires the presence of the offender on the territory of the prosecuting State. Many national systems giving effect to the obligation *aut dedere aut iudicare* and/or the Rome Statute for an International Criminal Court indeed require the presence of the

¹¹⁰ Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Geneva, 12 August 1949, *UNTS*, Vol. 75, p. 287. See also Art. 49, Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Geneva, 12 August 1949, *UNTS*, Vol. 75, p. 31; Art. 50, Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, Geneva, 12 August 1949, *UNTS*, Vol. 75, p. 85; Art. 129, Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, Geneva, 12 August 1949, *UNTS*, Vol. 75, p. 135; Art. 85 (1), Protocol Additional (I) to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, Geneva, 8 June 1977, United Nations, *Official Records of the General Assembly*, doc. A/32/144, 15 August 1977.

¹¹¹ See further *infra*, para. 62.

tut de Rome portant création d'une cour pénale internationale permanente requièrent la présence de l'accusé, ainsi qu'il ressort de diverses dispositions de droit interne¹¹² et d'un certain nombre de décisions nationales, notamment dans l'affaire *Saric* au Danemark¹¹³, l'affaire *Javor* en France¹¹⁴ et l'affaire *Jorgić* en Allemagne¹¹⁵. En revanche, il existe également des systèmes nationaux dans lesquels la présence de l'auteur de l'infraction sur le territoire de l'Etat engageant les poursuites n'est pas impérative¹¹⁶. De plus, dans un même Etat, les pouvoirs exécutif et judiciaire peuvent avoir des avis différents sur la question : il est alors d'autant plus difficile d'y discerner l'existence d'une quelconque *opinio juris* en ce sens¹¹⁷.

Même le fait qu'une législation nationale exige la présence de l'accusé ne reflète pas nécessairement l'existence d'une *opinio juris* selon laquelle cette présence serait requise en droit international. Les décisions natio-

¹¹² Voir par exemple le Code pénal suisse, art. 6 *bis*, 1; le Code pénal français, art. 689-1; la loi canadienne de 2000 sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, art. 8.

¹¹³ *Ministère public c. T.*, Cour suprême danoise (Hoejesteret), arrêt, 15 août 1995, *Ugeskrift for Retsvaesen*, 1995, p. 838, cité dans l'*Annuaire du droit international humanitaire* de 1998, p. 431, et dans R. Maison, «Les premiers cas d'application des dispositions pénales des conventions de Genève: commentaire des affaires danoise et française», *EJIL*, 1995, p. 260.

¹¹⁴ Cour de cassation française (*Javor*), 26 mars 1996, *Bull. crim.*, 1996, p. 379-382.

¹¹⁵ Bundesgerichtshof, 30 avril 1999, 3 StR 215/98, *NStZ*, 1999, p. 396. Voir également le commentaire critique (*Anmerkung*) d'Ambos, *ibid.*, p. 405-406, qui ne partage pas l'opinion des juges selon laquelle un «lien» est nécessaire pour «légitimer» l'exercice, par l'Allemagne, de sa compétence à l'égard de crimes perpétrés par des étrangers à l'encontre d'autres étrangers et en dehors de son territoire, même dans le cas de crimes graves au regard du droit international (il s'agissait en l'occurrence du crime de génocide). La Cour allemande a toutefois estimé récemment, dans un arrêt relatif à l'application des conventions de Genève, qu'un tel lien n'était pas nécessaire, puisque la compétence de l'Allemagne se fondait sur une règle contraignante du droit international instituant l'obligation de poursuivre et que l'on pouvait donc difficilement considérer l'exercice d'une telle compétence comme une violation du principe de non-intervention (Bundesgerichtshof, 21 février 2001, 3 StR 372/00, consultable sur le site <http://www.hrr-straftrecht.de>).

¹¹⁶ Voir, par exemple, les poursuites engagées en Espagne, en vertu de l'article 23-4 de la loi n° 6/1985 du 1^{er} juillet 1985 sur le pouvoir judiciaire, à l'encontre du sénateur Pinochet et d'autres ressortissants de pays d'Amérique du Sud dont les autorités espagnoles demandaient l'extradition. En Nouvelle-Zélande, des poursuites peuvent être engagées pour les «principaux crimes» de droit international, même si l'auteur présumé de ces crimes ne se trouve pas dans le pays au moment où les autorités judiciaires décident de l'inculper (loi néo-zélandaise de 2000 sur les crimes de droit international et la Cour pénale internationale, art. 8, par. 1, al. c) iii).

¹¹⁷ Le Gouvernement allemand vient d'adopter un projet de «code des crimes de droit international» (*Völkerstrafgesetzbuch*) (voir Bundesministerium der Justiz, *Mitteilung für die Presse 02/02*, Berlin, 16 janvier 2002), qui devrait permettre aux services allemands chargés de l'application des lois d'engager des poursuites pour certaines infractions même si celles-ci n'ont aucun lien avec l'Allemagne et que leur auteur présumé ne se trouve pas sur le territoire allemand. Aux termes de ce nouveau code, même s'il n'existe aucun lien avec l'Allemagne, les services chargés de l'application des lois peuvent décider de surseoir aux poursuites uniquement dans le cas où le suspect est déjà poursuivi par une juridiction internationale ou par celle d'un Etat exerçant sa compétence territoriale ou personnelle (voir Bundesministerium der Justiz, *Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches*, p. 19 et 89, consultable sur le site Internet : www.bmj.bund.de/images/11222.pdf).

offender. This appears from legislation¹¹² and from a number of national decisions including the Danish *Saric* case¹¹³, the French *Javor* case¹¹⁴ and the German *Jorgic* case¹¹⁵. However, there are also examples of national systems that do not require the presence of the offender on the territory of the prosecuting State¹¹⁶. Governments and national courts in the same State may hold different opinions on the same question, which makes it even more difficult to identify the *opinio juris* in that State¹¹⁷.

And even where national law requires the presence of the offender, this is not necessarily the expression of an *opinio juris* to the effect that this is a requirement under international law. National decisions should be read

¹¹² See, for example, the Swiss Penal Code, Art. 6bis, 1; the French Penal Code, Art. 689-1; the Canadian Crimes against Humanity and War Crimes Act (2000), Art. 8.

¹¹³ *Public Prosecutor v. T.*, Supreme Court (Højesteret), Judgment, 15 August 1995, *Ugeskrift for Retsvaesen*, 1995, p. 838, reported in *Yearbook of International Humanitarian Law*, 1998, p. 431, and in R. Maison, "Les premiers cas d'application des dispositions pénales des Conventions de Genève: commentaire des affaires danoise et française", *EJIL*, 1995, p. 260.

¹¹⁴ Cour de cassation (fr.), 26 March 1996, *Bull. Crim.*, 1996, pp. 379-382.

¹¹⁵ Bundesgerichtshof 30 April 1999, 3 StR 215/98, *NStZ*, 1999, p. 396. See also the critical note (*Anmerkung*) by Ambos, *ibid.*, pp. 405-406, who doesn't share the view of the judges that a "legitimizing link" is required to allow Germany to exercise its jurisdiction over crimes perpetrated outside its territory by foreigners against foreigners, even if these amount to serious crimes under international law (*in casu* genocide). In a recent judgment concerning the application of the Geneva Conventions, the Court, however, decided that such a link was not required, since German jurisdiction was grounded on a binding norm of international law instituting a duty to prosecute, so there could hardly be a violation of the principle of non-intervention (Bundesgerichtshof, 21 February 2001, 3 StR 372/00, retrievable on <http://www.hrr-strafrecht.de>).

¹¹⁶ See, for example, the prosecutions instituted in Spain on the basis of Article 23.4 of the Ley Orgánica del Poder Judicial (Law 6/1985 of 1 July 1985 on the Judicial Power) against Senator Pinochet and other South American suspects whose extradition was requested. In New Zealand, proceedings may be brought for international "core crimes" regardless of whether or not the person accused was in New Zealand at the time a decision was made to charge the person with an offence (Sec. 8 (1) (c) (iii) of the International Crimes and International Criminal Court Act, 2000).

¹¹⁷ The German Government very recently reached agreement on a text for an "International Crimes Code" (*Völkerstrafgesetzbuch*) (see Bundesministerium der Justiz, *Mitteilung für die Presse 02/02*, Berlin, 16 January 2002). The new Code would allow German law enforcement agencies to prosecute cases without any link to Germany and without the presence of the offender on the national territory. However, if there is no link to Germany, the law enforcement agencies have discretion to defer prosecution in such a case when an International Court or the Courts of a State basing its jurisdiction on territoriality or personality were in fact prosecuting the suspect (see Bundesministerium der Justiz, *Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches*, pp. 19 and 89, to be consulted on the Internet: <http://www.bmj.bund.de/images/11222.pdf>).

nales doivent être interprétées avec beaucoup de prudence. Dans l'affaire *Bouterse*, par exemple, la Cour suprême des Pays-Bas n'a pas estimé que la présence de la personne soupçonnée était nécessaire en vertu du droit international, mais seulement en vertu du droit interne. Elle a décidé que, *en droit néerlandais*, M. Bouterse ne pouvait faire l'objet de poursuites au titre d'une telle compétence, mais elle n'a nullement dit que l'exercice de celle-ci serait contraire au *droit international*. En fait, elle *n'a pas* retenu la conclusion de l'avocat général à cet égard¹¹⁸.

56. L'affaire du *Lotus* constitue un précédent non seulement en matière de compétence, mais aussi au regard de la formation du droit international coutumier, ainsi que je l'ai dit plus haut. Une « pratique négative » des Etats consistant pour ceux-ci à s'abstenir d'engager des poursuites judiciaires ne saurait être considérée, en soi, comme révélatrice d'une *opinio juris*. C'est uniquement si cette abstention était délibérée que la pratique pourrait donner naissance à une règle de droit international coutumier¹¹⁹. Tout comme dans le cas des immunités, l'abstention peut être motivée par d'autres facteurs que l'existence d'une *opinio juris* en ce sens. En effet, un Etat peut avoir des raisons valables, d'un point de vue politique ou pratique, de s'abstenir d'exercer sa compétence en l'absence de l'auteur de l'infraction.

Une compétence si étendue peut être inopportune du point de vue *politique*: elle n'est pas propice aux relations internationales, et traduire en justice les auteurs étrangers de crimes commis à l'étranger risque de heurter l'opinion publique nationale. Pour autant, de tels procès ne sont pas illicites au regard du droit international.

D'un point de vue *pratique*, il peut se révéler difficile de recueillir les éléments de preuve lors de procès concernant des crimes extraterritoriaux, à quoi s'ajoute le fait que les Etats peuvent craindre de surcharger leurs tribunaux. Ce dernier motif a été invoqué par la cour d'appel britannique dans l'affaire *Al-Adsani*¹²⁰ et il semble que l'Assemblée nationale française en ait expressément tiré argument pour écarter la compétence universelle *in absentia* lorsqu'elle a approuvé l'application du principe de la compétence universelle pour les crimes visés par le statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie¹²¹. Quant au pro-

¹¹⁸ Voir ci-dessus la note 5. Dans son arrêt du 20 novembre 2000, la cour d'appel d'Amsterdam avait décidé, entre autres, que des poursuites pouvaient être engagées par défaut contre M. Bouterse pour actes de torture (faits commis au Suriname en 1982). La décision a été annulée par la Cour suprême des Pays-Bas le 18 septembre 2001, au motif, notamment, que la compétence universelle avait été exercée *in absentia*. Les conclusions de l'avocat général néerlandais sont annexées à l'arrêt de la Cour suprême, *loc. cit.*: voir les paragraphes 113 à 137; voir aussi en particulier le paragraphe 138.

¹¹⁹ Voir ci-dessus, par. 13.

¹²⁰ Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, opinion du juge Pellonpää, à laquelle s'est rallié le juge Bratza, consultable sur le site <http://www.echr.coe.int>. Voir la discussion dans Marks, « Torture and the Jurisdictional Immunities of Foreign States », *CLJ*, 1997, p. 8-10.

¹²¹ Voir le *Journal officiel de l'Assemblée nationale*, 20 décembre 1994, 2^e séance, p. 9446.

with much caution. In the *Bouterse* case, for example, the Dutch Supreme Court did not state that the requirement of the presence of the suspect was a requirement under international law, but only under domestic law. It found that, *under Dutch law*, there was no such jurisdiction to prosecute Mr. Bouterse but did not say that exercising such jurisdiction would be contrary to *international law*. In fact, the Supreme Court did *not* follow the Advocate General's submission on this point¹¹⁸.

56. The "*Lotus*" case is not only an authority on jurisdiction, but also on the formation of customary international law as was set out above. A "negative practice" of States, consisting in their abstaining from instituting criminal proceedings, cannot, in itself, be seen as evidence of an *opinio juris*. Only if this abstinence was based on a conscious decision of the States in question can this practice generate customary international law¹¹⁹. As in the case of immunities, such abstinence may be attributed to other factors than the existence of an *opinio juris*. There may be good political or practical reasons for a State not to assert jurisdiction in the absence of the offender.

It may be *politically* inconvenient to have such a wide jurisdiction because it is not conducive to international relations and national public opinion may not approve of trials against foreigners for crimes committed abroad. This does not, however, make such trials illegal under international law.

A *practical* consideration may be the difficulty in obtaining the evidence in trials of extraterritorial crimes. Another practical reason may be that States are afraid of overburdening their court system. This was stated by the Court of Appeal in the United Kingdom in the *Al-Adsani* case¹²⁰ and seems to have been an explicit reason for the Assemblée nationale in France to refrain from introducing universal jurisdiction *in absentia* when adopting universal jurisdiction over the crimes falling within the Statute of the Yugoslavia Tribunal¹²¹. The concern for a linkage with the national order thus seems to be more of a pragmatic than of

¹¹⁸ See *supra*, footnote 5. The Court of Appeal of Amsterdam had, in its judgment of 20 November 2000, decided, *inter alia*, that Mr. Bouterse could be prosecuted *in absentia* on charges of torture (facts committed in Suriname in 1982). This decision was reversed by the Dutch Supreme Court on 18 September 2001, *inter alia* on the point of the exercise of universal jurisdiction *in absentia*. The submissions of the Dutch Advocate General are attached to the judgment of the Supreme Court, *loc. cit.*, paras. 113-137 and especially para. 138.

¹¹⁹ See *supra*, para. 13.

¹²⁰ ECHR, *Al-Adsani v. United Kingdom*, 21 November 2001, para. 18, and the concurring opinions of Judges Pellonpää and Bratza, retrievable at: <http://www.echr.coe.int>. See the discussion in Marks, "Torture and the Jurisdictional Immunities of Foreign States", *CLJ*, 1997, pp. 8-10.

¹²¹ See *Journal officiel de l'Assemblée nationale*, 20 décembre 1994, 2^e séance, p. 9446.

blème du rattachement à l'ordre interne, il semble revêtir un caractère plus pragmatique que juridique. La volonté de procéder à un tel rattachement ne constitue donc pas nécessairement l'expression d'une doctrine selon laquelle cette forme de compétence universelle serait contraire au droit international.

57. Le thème de la compétence universelle a suscité une littérature à la fois abondante et savante¹²². Je me contenterai de citer trois études réalisées par des groupes de chercheurs: les «principes de Princeton»¹²³, les «principes du Caire»¹²⁴ et le «rapport Kamminga» au nom de l'International Law Association¹²⁵, en concentrant mon attention sur une question: les auteurs plaident-ils, comme le Congo, que la compétence universelle *in absentia* est contraire au droit international? La réponse est négative¹²⁶.

58. Ma conclusion est qu'il n'existe aucune règle du droit international conventionnel ou coutumier, ni aucune doctrine juridique, susceptibles d'étayer l'affirmation selon laquelle la compétence (universelle) à l'égard des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ne peut être exercée que si l'accusé se trouve sur le territoire de l'Etat qui engage une action à son encontre.

b) Le droit international permet aux Etats d'exercer une compétence universelle à l'égard des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité

59. Le droit international permet à l'évidence aux Etats d'exercer une compétence universelle à l'égard des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Pour les crimes *contre l'humanité*, il n'existe pas de disposition claire en droit conventionnel à cet égard, mais il est admis que, du moins dans le cas de génocide, les Etats ont le droit d'exercer une compétence extraterritoriale¹²⁷. En revanche, *les crimes de guerre* font l'objet de conventions internationales spécifiques. Le droit international permet

¹²² Pour des sources récentes, voir ci-dessus la note 98.

¹²³ Voir ci-dessus la note 53.

¹²⁴ Voir ci-dessus la note 54.

¹²⁵ Voir ci-dessus la note 51.

¹²⁶ Bien que le libellé du deuxième paragraphe du principe 1 de Princeton puisse quelque peu prêter à confusion, il est clair que les auteurs n'entendaient pas empêcher un Etat d'engager une procédure pénale, de mener une enquête, de délivrer un acte d'accusation ou de demander l'extradition dans le cas où l'accusé n'est pas présent sur le territoire, ce que confirme le paragraphe 3 du principe 1. Voir le *Commentary on the Princeton Principles*, p. 44.

¹²⁷ A propos du génocide et de la convention sur le génocide de 1948, la Cour internationale de Justice a dit que «les droits et obligations consacrés par la convention sont des droits et obligations *erga omnes*» et «que l'obligation qu'a ainsi chaque Etat de prévenir et de réprimer le crime de génocide n'est pas limitée territorialement par la convention»: affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 616, par. 31.

a juridical nature. It is not, therefore, necessarily the expression of an *opinio juris* to the effect that this form of universal jurisdiction is contrary to international law.

57. There is a massive literature of learned scholarly writings on the subject of universal jurisdiction¹²². I confine myself to three studies, which emanate from groups of scholars: the Princeton principles¹²³, the Cairo principles¹²⁴ and the Kamminga report on behalf of the ILA¹²⁵, and look at one point: do the authors support the Congo's proposition that universal jurisdiction *in absentia* is contrary to international law? The answer is: no¹²⁶.

58. I conclude that there is no conventional or customary international law or legal doctrine in support of the proposition that (universal) jurisdiction for war crimes and crimes against humanity can only be exercised if the defendant is present on the territory of the prosecuting State.

(b) *International law permits universal jurisdiction for war crimes and crimes against humanity*

59. International law clearly permits universal jurisdiction for war crimes and crimes against humanity. For both crimes, permission under international law exists. For crimes *against humanity*, there is no clear treaty provision on the subject but it is accepted that, at least in the case of genocide, States are entitled to assert extraterritorial jurisdiction¹²⁷. In the case of *war crimes*, however, there is specific conventional international law in support of the proposition that States are entitled to assert

¹²² For recent sources see *supra*, footnote 98.

¹²³ *Supra*, footnote 53.

¹²⁴ *Supra*, footnote 54.

¹²⁵ *Supra*, footnote 51.

¹²⁶ Although the wording of Princeton Principle 1 (2) may appear somewhat confusing, the authors definitely did not want to prevent a State from initiating the criminal process, conducting an investigation, issuing an indictment or requesting extradition when the accused is not present, as is confirmed by Principle 1 (3). See the Commentary on the Princeton Principles at p. 44.

¹²⁷ On the subject of genocide and the Genocide Convention of 1948, the International Court of Justice held that "the rights and obligations enshrined by the Convention are rights and obligations *erga omnes*" and "that the obligation each State thus has to prevent and to punish the crime of genocide is not territorially limited by the Convention" (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II), p. 616, para. 31).

aux Etats d'exercer une compétence universelle à l'égard des crimes de guerre, mais aussi à l'égard des crimes contre l'humanité. Dans le cas des premiers, cette permission est confirmée par le droit international conventionnel, plus précisément par l'article 146 de la quatrième convention de Genève¹²⁸, qui énonce le principe *aut dedere aut judicare* pour les crimes de guerre perpétrés à l'encontre de civils¹²⁹.

Cette convention est probablement la première, dans l'histoire des conventions de droit international pénal, à avoir codifié le principe *aut dedere aut judicare*; en effet, si celui-ci existe depuis Hugo Grotius dans la doctrine juridique, et a sans doute des origines plus lointaines encore¹³⁰, ce n'est qu'en 1949 qu'il a été inscrit dans le droit international conventionnel. D'autres instruments plus anciens, comme la convention de 1926 relative à l'esclavage¹³¹ ou la convention de 1929 pour la répression du faux monnayage¹³², exigent des Etats qu'ils réglementent la *compétence*, mais sans leur imposer l'obligation *aut dedere aut judicare*. Les conventions de 1949 sont vraisemblablement les premières à consacrer ce principe dans un article qui prévoit à la fois l'exercice de la compétence et l'obligation de poursuivre.

Les rédacteurs des conventions ultérieures ont été plus précis et ont inclus dans ces textes des dispositions portant spécifiquement sur la *compétence*, d'une part, et sur l'obligation de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), d'autre part. C'est le cas notamment de la convention de 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (art. 4 et 7 respectivement)¹³³ et de la convention de 1984 contre la torture (art. 5 et 7 respectivement)¹³⁴.

60. Pour évaluer dans quelle mesure il est permis aux Etats d'exercer une compétence universelle à l'égard des crimes de droit international, il importe que les conventions de droit international pénal établissent une distinction entre les dispositions relatives à la *compétence* et celles relatives à l'*obligation de poursuivre (aut dedere aut judicare)*.

61. Dans ces conventions, les dispositions relatives à la *compétence*

¹²⁸ Voir ci-dessus la note 110.

¹²⁹ Voir comité international de la Croix-Rouge, *National Enforcement of International Humanitarian Law: Universal Jurisdiction over War Crimes (Répression nationale des violations du droit international humanitaire: la compétence universelle en matière de crimes de guerre)*, consultable sur le site: <http://www.icrc.org/>; R. van Elst, «Implementing Universal Jurisdiction over Grave Breaches of the Geneva Conventions», *LJIL*, 2000, vol. 13, p. 815-854.

¹³⁰ G. Guillaume, «La compétence universelle. Formes anciennes et nouvelles», dans *Mélanges offerts à Georges Levasseur*, 1992, p. 27.

¹³¹ Convention relative à l'esclavage, Genève, 25 septembre 1926, Société des Nations, *Recueil des traités*, vol. 60, p. 253.

¹³² Convention pour la répression du faux monnayage, Genève, 20 avril 1929, Société des Nations, *Recueil des traités*, vol. 112, p. 371.

¹³³ Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, adoptée à La Haye le 16 décembre 1970, *ILM*, 1971, p. 133.

¹³⁴ Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée à New York le 10 décembre 1984, *ILM*, 1984, p. 1027, modifiée dans *ILM*, 1985, p. 535.

jurisdiction over acts committed abroad: the relevant provision is Article 146 of the IV Geneva Convention¹²⁸, which lays down the principle *aut dedere aut judicare* for war crimes committed against civilians¹²⁹.

From the perspective of the drafting history of international criminal law conventions, this is probably one of the first codifications of this principle, which, in legal doctrine, goes back at least to Hugo Grotius but has probably much older roots¹³⁰. However, it had not been codified in conventional international law until 1949. There are older Conventions such as the 1926 Slavery Convention¹³¹ or the 1929 Convention on Counterfeiting¹³², which require States to lay down rules on *jurisdiction* but which do not provide an *aut dedere aut judicare* obligation. The 1949 Conventions are probably the first to lay down this principle in an article that is meant to cover both jurisdiction and prosecution.

Subsequent Conventions have refined this way of drafting and have laid down distinctive provisions on *jurisdiction* on the one hand and on prosecution (*aut dedere aut judicare*) on the other. Examples are the 1970 Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft (Articles 4 and 7 respectively)¹³³ and the 1984 Convention against Torture (Articles 5 and 7 respectively)¹³⁴.

60. In order to assess the “permissibility” of universal jurisdiction for international crimes, it is important to distinguish between *jurisdiction* clauses and *prosecution* (*aut dedere aut judicare*) clauses in international criminal law conventions.

61. The *jurisdiction* clauses in these Conventions usually oblige States

¹²⁸ See *supra*, footnote 110.

¹²⁹ See International Committee of the Red Cross, *National Enforcement of International Humanitarian Law: Universal Jurisdiction over War Crimes*, retrievable at: <http://www.icrc.org>; R. van Elst, “Implementing Universal Jurisdiction over Grave Breaches of the Geneva Conventions”, 13 *LJIL*, 2000, pp. 815-854.

¹³⁰ G. Guillaume, “La compétence universelle. Formes anciennes et nouvelles”, in *Mélanges offerts à Georges Levasseur*, 1992, p. 27.

¹³¹ Slavery Convention, Geneva, 25 September 1926, League of Nations, *Treaty Series (LNTS)*, Vol. 60, p. 253.

¹³² International Convention for the Suppression of Counterfeiting Currency, Geneva, 20 April 1929, *LNTS*, Vol. 112, p. 371.

¹³³ Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, signed at The Hague on 16 December 1970, *ILM*, 1971, p. 134.

¹³⁴ Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, New York, 10 December 1984, *ILM*, 1984, p. 1027, with changes in *ILM*, 1985, p. 535.

imposent habituellement aux Etats de se doter d'une compétence extra-territoriale, mais ne leur interdisent pas d'exercer leur compétence conformément à leur législation nationale. Même lorsqu'elles ne prévoient pas la compétence universelle, ces dispositions ne l'excluent pas non plus, pas davantage qu'elles ne demandent aux Etats d'éviter d'exercer cette forme de compétence en vertu de leur droit interne. Ce principe est habituellement exprimé par la formule suivante: «[I]a présente convention n'écarte aucune compétence pénale exercée conformément aux lois nationales», que l'on retrouve dans un grand nombre d'instruments, notamment dans la convention de 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (art. 4, par. 3) et dans la convention de 1984 contre la torture (art. 5, par. 3).

62. Les dispositions relatives à l'*obligation de poursuivre (aut dedere aut judicare)* lient parfois cette dernière à l'extradition, dans le sens où un Etat n'est tenu de poursuivre un suspect que «s'il n'extrade pas ce dernier». C'est notamment le cas de l'article 7 de la convention de 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs et de l'article 7 de la convention de 1984 contre la torture. Toutefois, cela ne signifie pas qu'un Etat ne puisse poursuivre un suspect *que s'il a refusé de l'extrader*.

On ne retrouve assurément pas cette formule dans l'article 146 de la quatrième convention de Genève, dont certains auteurs affirment qu'il fait même passer l'obligation de poursuivre avant celle d'extrader: *primo prosequi, secundo dedere*¹³⁵. Même en considérant que la notion de compétence universelle telle que la voit la doctrine présuppose la présence de l'accusé, rien dans l'article 146 ne permet de conclure au caractère obligatoire de cette présence¹³⁶.

2. La compétence universelle n'est pas contraire au principe de complémentarité tel qu'énoncé par le statut de Rome portant création de la Cour pénale internationale

63. D'aucuns font valoir que, en vertu du statut de Rome, les auteurs présumés de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité devront être poursuivis par la Cour pénale internationale et non par des Etats qui voudraient exercer une compétence universelle, et que, dès lors, les législations nationales qui, comme celle de la Belgique, prévoient la compétence universelle seraient en contradiction avec cette nouvelle approche et risqueraient d'entraver le fonctionnement de la Cour pénale internationale. C'était aussi la thèse du Congo dans le présent différend¹³⁷.

¹³⁵ Les conventions de Genève de 1949 sont uniques en ce qu'elles prévoient un mécanisme qui va plus loin que l'obligation «*aut dedere, aut judicare*», imposant aux Etats ce que l'on pourrait appeler la règle «*aut judicare, aut dedere*» ou même «*primo prosequi, secundo dedere*». Voir, respectivement, R. van Elst, *loc. cit.*, p. 818-819, et M. Henzelin, *op. cit.*, p. 353, par. 1112.

¹³⁶ Voir M. Henzelin, *op. cit.*, p. 354, par. 1113.

¹³⁷ Voir le mémoire de la République démocratique du Congo, p. 59: «Obligation de ne pas priver le Statut de la Cour pénale internationale de son objet et de son but.»

to provide extraterritorial jurisdiction, but do not exclude States from exercising jurisdiction under their national laws. Even where they do not provide universal jurisdiction, they do not exclude it either, nor do they require States to refrain from providing this form of jurisdiction under their domestic law. The standard formulation of this idea is that “[t]his Convention does not exclude any criminal jurisdiction exercised in accordance with national law”. This formula can be found in a host of Conventions, including the 1970 Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft (Art. 4, para. 3) and the 1984 Convention against Torture (Art. 5, para. 3).

62. The *prosecution* clauses (*aut dedere aut judicare*), however, sometimes link the prosecution obligation to extradition, in the sense that a State’s duty to prosecute a suspect only exists “if it does not extradite him”. Examples are Article 7 of the 1970 Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft and Article 7 of the 1984 Convention against Torture. This, however, does not mean that prosecution is *only* possible in cases where extradition has been refused.

Surely, this formula cannot be read into Article 146 of the IV Geneva Convention which according to some authors even prioritizes prosecution over extradition: *primo prosequi, secundo dedere*¹³⁵. Even if one adopts the doctrinal viewpoint that the notion of universal jurisdiction assumes the presence of the offender, there is nothing in Article 146 that warrants the conclusion that this is an actual requirement¹³⁶.

2. *Universal Jurisdiction Is Not Contrary to the Complementarity Principle in the Statute for an International Criminal Court*

63. Some argue that, in the light of the Rome Statute for an International Criminal Court, it will be for the International Criminal Court, and not for States acting on the basis of universal jurisdiction, to prosecute suspects of war crimes and crimes against humanity. National statutes providing universal jurisdiction, like the Belgian Statute, would be contrary to this new philosophy and could paralyse the International Criminal Court. This was also the proposition of the Congo in the present dispute¹³⁷.

¹³⁵ The Geneva Conventions of 1949 are unique in that they provide a mechanism which goes further than the “*aut dedere, aut judicare*” model and which can be described as “*aut judicare, aut dedere*”, or, even more poignantly, as “*primo prosequi, secundo dedere*”. See, respectively, R. van Elst, *loc. cit.*, pp. 818-819; M. Henzlin, *op. cit.*, p. 353, para. 1112.

¹³⁶ See M. Henzlin, *op. cit.*, p. 354, para. 1113.

¹³⁷ See Memorial of the Congo, p. 59, “The obligation not to defeat the object and purpose of the Statute of the International Criminal Court.” [*Translation by the Registry.*]

64. Cette thèse est erronée. Le statut de Rome n'interdit pas l'exercice de la compétence universelle. Il serait absurde d'interpréter ce statut comme limitant à l'Etat de nationalité, à l'Etat territorial ou à la Cour pénale internationale la compétence à l'égard des crimes les plus graves. Les dispositions du statut qui traitent de la compétence énoncent les conditions requises pour que la Cour pénale internationale puisse connaître d'une affaire (art. 17 du statut de Rome, principe de la complémentarité); on ne saurait y voir une restriction générale interdisant aux Etats tiers d'enquêter et d'engager des poursuites en cas de crimes particulièrement graves. Le statut de Rome n'empêche assurément pas les Etats tiers (autres que l'Etat territorial et l'Etat de la nationalité) d'exercer une compétence universelle. On ne saurait le déduire de son préambule, qui affirme sans équivoque que l'objectif visé est de faire échec à l'impunité. En outre, l'*opinio juris* qui se dégage des résolutions des Nations Unies¹³⁸ insiste sur la lutte contre l'impunité, l'obligation individuelle de répondre de ses actes et le devoir de *tous* les Etats de punir les auteurs des crimes les plus graves.

65. Un aspect pratique important réside dans le fait que la Cour pénale internationale ne pourra pas traiter *toutes* les infractions, et que le besoin existera toujours de voir les Etats tiers — notamment, mais non exclusivement, ceux de la nationalité et du territoire — ouvrir des enquêtes et engager des poursuites pour punir les crimes les plus graves, en particulier en cas de simulacre de procès. En outre, la Cour pénale internationale ne sera pas compétente à l'égard des crimes commis avant l'entrée en vigueur de son statut (art. 11). Si les auteurs de ces crimes-là ne pouvaient être poursuivis par le biais d'autres mécanismes tels que les juridictions nationales exerçant une compétence universelle, il en découlerait une impunité inacceptable¹³⁹.

66. Le statut de Rome ne constitue pas un *nouveau* fondement juridique à l'établissement de la compétence universelle d'Etats tiers. Il ne l'interdit pas, certes, mais il ne l'autorise pas non plus. Il s'ensuit que, pour ce qui est des crimes relevant du statut de Rome (crimes de guerre, crimes contre l'humanité, génocide et, peut-être, à l'avenir, agression et autres crimes), les sources de droit international préexistantes conservent toute leur importance.

3. Conclusion

67. L'article 7 de la loi belge de 1993/1999, qui donne effet au principe de la compétence universelle à l'égard des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, n'est pas contraire au droit international. Ce dernier n'interdit pas aux Etats de se doter d'une telle compétence normative. Au contraire, il les autorise et les encourage même à prévoir cette forme de compétence pour empêcher les personnes soupçonnées de crimes de guerre

¹³⁸ Voir ci-dessus les notes 48 et 49.

¹³⁹ Voir ci-dessus, par. 37.

64. This proposition is wrong. The Rome Statute does not prohibit universal jurisdiction. It would be absurd to read the Rome Statute in such a way that it limits the jurisdiction for core crimes to either the national State or the territorial State or the International Criminal Court. The relevant clauses are about the preconditions for the International Criminal Court to exercise jurisdiction (Art. 17, Rome Statute — the complementarity principle), and cannot be construed as containing a general limitation for third States to investigate and prosecute core crimes. Surely, the Rome Statute does not preclude third States (other than the territorial State and the State of nationality) from exercising universal jurisdiction. The preamble, which unequivocally states the objective of avoiding impunity, does not allow this inference. In addition, the *opinio juris*, as it appears from United Nations resolutions¹³⁸, focuses on impunity, individual accountability and the responsibility of *all* States to punish core crimes.

65. An important practical element is that the International Criminal Court will not be able to deal with *all* crimes; there will still be a need for States to investigate and prosecute core crimes. These States include, but are not limited to, national and territorial States. As observed previously, there will still be a need for third States to investigate and prosecute, especially in the case of sham trials. Also, the International Criminal Court will not have jurisdiction over crimes committed before the entry into force of its Statute (Art. 11, Rome Statute). In the absence of other mechanisms for the prosecution of these crimes, such as national courts exercising universal jurisdiction, this would leave an unacceptable source of impunity¹³⁹.

66. The Rome Statute does not establish a *new* legal basis for third States to introduce universal jurisdiction. It does not prohibit it but does not authorize it either. This means that, as far as crimes in the Rome Statute are concerned (war crimes, crimes against humanity, genocide and in the future perhaps aggression and other crimes), pre-existing sources of international law retain their importance.

3. Conclusion

67. Article 7 of Belgium's 1993/1999 Act, giving effect to the principle of universal jurisdiction regarding war crimes and crimes against humanity, is not contrary to international law. International law does not prohibit States from asserting prescriptive jurisdiction of this kind. On the contrary, international law permits and even encourages States to assert this form of jurisdiction in order to ensure that suspects of war crimes

¹³⁸ See *supra*, footnotes 48 and 49.

¹³⁹ See also *supra*, para. 37.

et de crimes contre l'humanité d'échapper à la justice. Une telle compétence ne va pas à l'encontre du principe de complémentarité tel qu'énoncé par le statut de Rome portant création de la Cour pénale internationale.

IV. EXISTENCE D'UN FAIT INTERNATIONALEMENT ILLICITE

68. Après avoir conclu que les ministres des affaires étrangères en exercice bénéficient d'une immunité de juridiction pénale totale à l'étranger (par. 54 de l'arrêt), même lorsqu'ils sont accusés de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité (par. 58 de l'arrêt), la Cour internationale de Justice examine si l'émission et la diffusion du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 constituaient une violation de ces règles. Concernant l'émission et la diffusion de ce mandat, la Cour conclut respectivement :

«que l'émission dudit mandat a constitué une violation d'une obligation de la Belgique à l'égard du Congo, en ce qu'elle a méconnu l'immunité de ce ministre et, plus particulièrement, violé l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité dont il jouissait alors en vertu du droit international» (par. 70 de l'arrêt)

«que la diffusion dudit mandat, qu'elle ait ou non entravé en fait l'activité diplomatique de M. Yerodia, a constitué une violation d'une obligation de la Belgique à l'égard du Congo, en ce qu'elle a 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 il jouissait alors en vertu du droit international» (par. 71 de l'arrêt).

69. Ainsi que je l'ai déjà fait remarquer au début de mon opinion, je trouve extrêmement regrettable que la Cour, dans ces deux phrases capitales de son argumentation, ne mentionne pas que le mandat d'arrêt concernait des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Le dispositif non plus n'en fait pas mention (par. 78, al. 2, de l'arrêt).

70. Je ne souscris pas à la conclusion selon laquelle il y a eu violation d'une obligation de la Belgique à l'égard du Congo, parce que j'en rejette le postulat de départ. Pour les raisons exposées plus haut, M. Yerodia ne bénéficiait pas en Belgique de l'immunité de juridiction pour les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Comme je l'ai dit précédemment, cet état de fait est peut-être contraire à la courtoisie internationale, mais aucune règle du droit international coutumier ou conventionnel n'accorde d'immunité à des ministres des affaires étrangères en exercice soupçonnés de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité.

71. En outre, M. Yerodia n'a en fait jamais été arrêté en Belgique, et rien ne prouve qu'il ait été empêché d'exercer ses fonctions à l'étranger. Associant ce qui précède aux remarques sur la compétence universelle que j'ai formulées au chapitre précédent, je souhaite établir

and crimes against humanity do not find safe havens. It is not in conflict with the principle of complementarity in the Statute for an International Criminal Court.

IV. EXISTENCE OF AN INTERNATIONALLY WRONGFUL ACT

68. Having concluded that incumbent Ministers for Foreign Affairs are fully immune from foreign criminal jurisdiction (Judgment, para. 54), even if charged with war crimes and crimes against humanity (Judgment, para. 58), the International Court of Justice examines whether the issuing and circulating of the warrant of 11 April 2000 constituted a violation of those rules. On the subject of the *issuance* and the *circulation* of the warrant respectively, the Court concludes:

“that the issue of the warrant constituted a violation of an obligation of Belgium towards the Congo, in that it failed to respect the immunity of that Minister and, more particularly, infringed the immunity from criminal jurisdiction and the inviolability then enjoyed by him under international law” (Judgment, para. 70)

“that the circulation of the warrant, whether or not it significantly interfered with Mr. Yerodia’s diplomatic activity, constituted a violation of an obligation of Belgium towards the Congo, in that it failed to respect the immunity of the incumbent Minister for Foreign Affairs of the Congo and, more particularly, infringed the immunity from criminal jurisdiction and the inviolability then enjoyed by him under international law” (Judgment, para. 71).

69. As stated at the outset, I find it highly regrettable that neither of these crucial sentences in the Court’s reasoning mention the fact that the arrest warrant was about war crimes and crimes against humanity. The *dispositif* (para. 78 (2)) also fails to mention this fact.

70. I disagree with the conclusion that there was a violation of an obligation of Belgium towards the Congo, because I reject its premise. Mr. Yerodia was not immune from Belgian jurisdiction for war crimes and crimes against humanity for the reasons set out above. As set out before, this may be contrary to international courtesy, but there is no rule of customary or conventional international law granting immunity to incumbent Foreign Ministers who are suspected of war crimes and crimes against humanity.

71. Moreover, Mr. Yerodia was never actually arrested in Belgium, and there is no evidence that he was hindered in the exercise of his functions in third countries. Linking the foregoing with my observations on the question of universal jurisdiction in the preceding section of my dis-

une distinction entre les deux «actes» que la Cour internationale de Justice, dans son arrêt, qualifie de violations du droit international coutumier : d'une part, l'*émission* du mandat d'arrêt litigieux et, d'autre part, sa *diffusion*.

1. L'émission en Belgique du mandat d'arrêt litigieux n'était pas contraire au droit international

72. M. Yerodia n'a jamais été arrêté, pas davantage lors de sa visite officielle en Belgique, en juin 2000¹⁴⁰, que par la suite. Si la Cour avait appliqué la seule disposition de droit international conventionnel pertinente en l'affaire, à savoir l'article 21, paragraphe 2, de la convention sur les missions spéciales, elle n'aurait pu parvenir à la conclusion qui est la sienne aujourd'hui. Cet article prévoit que les ministres des affaires étrangères,

«quand ils prennent part à une mission spéciale de l'Etat d'envoi, jouissent, dans l'Etat de réception ou dans un Etat tiers, en plus de ce qui est accordé par la présente convention, des facilités, privilèges et immunités reconnus par le droit international»¹⁴¹.

Au vu de cette disposition, on ne pourrait conclure en l'espèce qu'à l'absence de violation, puisque le mandat d'arrêt n'a jamais été exécuté, ni en Belgique, ni dans un Etat tiers.

73. La Belgique a accepté, conformément aux règles de la courtoisie internationale, que le mandat d'arrêt ne soit pas exécuté à l'encontre de M. Yerodia si ce dernier devait se rendre en visite officielle en Belgique. Cette immunité d'exécution était explicitement précisée dans le mandat : celui-ci n'était pas exécutoire et n'a, de fait, pas été signifié ni exécuté lorsque M. Yerodia a effectué une visite officielle en *Belgique* en juin 2000. La Belgique a donc respecté le principe énoncé à l'article 21 de la convention sur les missions spéciales, principe qui ressortit non pas au droit international coutumier mais uniquement à la courtoisie internationale¹⁴².

74. Il s'agit là des seuls *éléments objectifs* que la Cour aurait dû

¹⁴⁰ La visite officielle de M. Yerodia en Belgique n'est pas mentionnée dans l'arrêt, les Parties au différend ayant été assez ambiguës sur ce point. Pourtant il semblerait que M. Yerodia s'est effectivement rendu en Belgique le 17 juin 2000. Cette visite a été rapportée par les médias (voir la déclaration du ministre des affaires étrangères au journal *De Standaard*, 7 juillet 2000) et évoquée à l'occasion d'une question parlementaire adressée au ministre de la justice : voir question orale de M. Tony Van Parys au ministre de la justice sur «l'intervention politique du gouvernement dans le dossier à charge du ministre congolais des affaires étrangères, M. Yerodia», *Chambre des représentants de la Belgique, compte rendu intégral avec compte rendu analytique*, Commission de la Justice, 14 novembre 2000, CRIV 50 COM 294, p. 12. Même si ce fait ne faisait pas, en tant que tel, partie du dossier judiciaire, je suis d'avis que la Cour internationale de Justice aurait pu le prendre en considération.

¹⁴¹ Voir ci-dessus, par. 18.

¹⁴² Voir la déclaration du rapporteur spécial de la Commission du droit international citée ci-dessus, par. 17.

senting opinion, I wish to distinguish between the two different “acts” that, in the International Court of Justice’s Judgment, constitute a violation of customary international law: on the one hand, the *issuing* of the disputed arrest warrant, on the other its *circulation*.

1. The Issuance of the Disputed Arrest Warrant in Belgium Was Not in Violation of International Law

72. Mr. Yerodia was never arrested, either when he visited Belgium officially in June 2000¹⁴⁰ or thereafter. Had it applied the only relevant provision of conventional international law to the dispute, Article 21, paragraph 2, of the Special Missions Convention, the Court could not have reached its decision. According to this article, Foreign Ministers

“when they take part in a special mission of the sending State, shall enjoy in the receiving State or in third State, in addition to what is granted by the present Convention, the facilities, privileges and immunities accorded by international law”¹⁴¹.

In the present dispute, this could only lead to the conclusion that there was no violation: the warrant was never executed, either in Belgium, or in third countries.

73. Belgium accepted, as a matter of international courtesy, that the warrant could not be executed against Mr. Yerodia were he to have visited Belgium officially. This was explicitly mentioned in the warrant: the warrant was not enforceable and was in fact not served on him or executed when Mr. Yerodia came to *Belgium* on an official visit in June 2001. Belgium thus respected the principle, contained in Article 21 of the Special Missions Convention, that is not a statement of customary international law but only of international courtesy¹⁴².

74. These are the only *objective elements* the Court should have looked

¹⁴⁰ Mr. Yerodia’s visit to Belgium is not mentioned in the Judgment because the Parties were rather unclear on this point. Yet, it seems that Mr. Yerodia effectively visited Belgium on 17 June 2000. This was reported in the media (see the statement by the Minister for Foreign Affairs in *De Standaard*, 7 July 2000) and also in a question that was put in Parliament to the Minister of Justice. See oral question put by Mr. Tony Van Parys to the Minister of Justice concerning “the political intervention by the Government in the proceedings against the Congolese Minister for Foreign Affairs, Mr. Yerodia” [*translation by the Registry*]. *Chambre des représentants de la Belgique, compte rendu intégral avec compte rendu analytique*, Commission de la Justice, 14 November 2000, CRIV 50 COM 294, p. 12. Despite the fact that this fact is not, as such, recorded in the documents that were before the International Court of Justice, I believe the Court could have taken judicial notice of it.

¹⁴¹ *Supra*, para. 18.

¹⁴² See the statement of the International Law Commission’s Special Rapporteur, referred to *supra*, para. 17.

prendre en considération. Les éléments *subjectifs*, autrement dit la question de savoir si le mandat d'arrêt a produit un effet psychologique sur M. Yerodia ou s'il a été perçu comme une offense par le Congo (voir le terme *injuria* employé par M^e Rigaux tout au long de sa plaidoirie, en octobre 2001¹⁴³, et les termes *capitis diminutio* employés par M^e Vergès dans la sienne, en novembre 2000¹⁴⁴), sont dépourvus de pertinence en l'espèce. Le mandat d'arrêt n'était susceptible d'avoir un effet juridique sur M. Yerodia en tant que particulier que dans la mesure où celui-ci se serait rendu à titre privé en Belgique, ce qui n'a pas été le cas.

75. Dans son dispositif (par. 78, al. 2, de l'arrêt), la Cour estime que la Belgique a méconnu l'immunité de juridiction pénale *et l'inviolabilité* des ministres des affaires étrangères en exercice. J'ai déjà exposé les raisons pour lesquelles j'estime qu'il n'y a pas eu violation des règles relatives à l'*immunité* de juridiction pénale. Il m'est difficile de comprendre comment, *au surplus* (la Cour utilisant le mot «et»), la Belgique aurait pu méconnaître l'*inviolabilité* de M. Yerodia par la seule diffusion d'un acte qui n'a jamais été exécuté.

L'arrêt n'explique pas ce qu'il entend par «inviolabilité», et se borne à accoler ce terme au mot «immunité». Ce peut être une source de confusion. La Cour estime-t-elle qu'il n'y a pas de différence entre un mandat *décerné* et un mandat *exécuté*? Cela signifierait-il que les enquêtes relatives à des accusations formulées à l'encontre d'un ministre des affaires étrangères seraient contraires au principe de l'inviolabilité?

Il est clair que, en ce qui concerne les agents diplomatiques, qui jouissent d'une immunité et d'une inviolabilité absolues en vertu de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961¹⁴⁵, un crime qu'un diplomate est soupçonné d'avoir commis peut faire l'objet d'une enquête aussi longtemps que le diplomate n'est pas interrogé ou cité à comparaître en justice. M. Jean Salmon se prononce très clairement à cet égard¹⁴⁶. M. Jonathan Brown note que, dans le cas d'un diplomate, un acte de citation (*issuance of a summons*) ou d'inculpation (*issuance of a charge*) méconnaîtrait probablement l'*immunité* du diplomate, alors que l'exécution de ces actes méconnaîtrait vraisemblablement son *inviolabilité*¹⁴⁷.

Si, de l'interprétation du dispositif de l'arrêt, il ressortait que le simple fait d'ouvrir une enquête au pénal à l'encontre de ministres des affaires étrangères méconnaît l'inviolabilité de ceux-ci, cela impliquerait que ces ministres jouissent d'une plus grande protection que les diplomates en vertu de la convention de Vienne. Cette protection irait clairement au-delà de ce qui est actuellement accepté en droit international à l'égard de diplomates.

¹⁴³ CR 2001/5, p. 14.

¹⁴⁴ CR 2000/32.

¹⁴⁵ Convention sur les relations diplomatiques, Vienne, 18 avril 1961, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 500, p. 95.

¹⁴⁶ J. Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, 1994, p. 304.

¹⁴⁷ J. Brown, «Diplomatic Immunity: State Practice under the Vienna Convention on Diplomatic Relations», *ICLQ*, 1988, vol. 37, p. 53.

at. The *subjective* elements, i.e., whether the warrant had a psychological effect on Mr. Yerodia or whether it was perceived as offensive by the Congo (cf. the term *injuria* used by Maître Rigaux throughout his pleadings in October 2001¹⁴³ and the term *capitis diminutio* used by Maître Vergès during his pleadings in November 2000¹⁴⁴) was irrelevant for the dispute. The warrant only had a potential legal effect on Mr. Yerodia as a private person in case he would have visited Belgium privately, *quod non*.

75. In its *dispositif* (Judgment, para. 78 (2)), the Court finds that Belgium failed to respect the immunity from criminal jurisdiction and *inviolability* for incumbent Foreign Ministers. I have already explained why, in my opinion, there has been no infringement of the rules on *immunity* from criminal jurisdiction. I find it hard to see how, *in addition* (the Court using the word “and”), Belgium could have infringed the *inviolability* of Mr. Yerodia by the mere issuance of a warrant that was never enforced.

The Judgment does not explain what is meant by the word “inviolability”, and simply juxtaposes it to the word “immunity”. This may give rise to confusion. Does the Court put the *mere issuance* of an order on the same footing as the *actual enforcement* of the order? Would this also mean that the mere act of investigating criminal charges against a Foreign Minister would be contrary to the principle of *inviolability*?

Surely, in the case of diplomatic agents, who enjoy absolute immunity and *inviolability* under the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations¹⁴⁵, allegations of criminal offences may be investigated as long as the agent is not interrogated or served with an order to appear. This view is clearly stated by Jean Salmon¹⁴⁶. Jonathan Brown notes that, in the case of a diplomat, the issuance of a charge or summons is probably contrary to the diplomat’s *immunity*, whereas its execution would be likely to infringe the agent’s *inviolability*¹⁴⁷.

If the Court’s *dispositif* were to be interpreted as to mean that mere investigations of criminal charges against Foreign Ministers would infringe their *inviolability*, the implication would be that Foreign Ministers enjoy greater protection than diplomatic agents under the Vienna Convention. This would clearly go beyond what is accepted under international law in the case of diplomats.

¹⁴³ CR 2001/5, p. 14.

¹⁴⁴ CR 2000/32.

¹⁴⁵ Convention on Diplomatic Relations, Vienna, 18 April 1961, *UNTS*, Vol. 500, p. 95.

¹⁴⁶ J. Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, 1994, p. 304.

¹⁴⁷ J. Brown, “Diplomatic Immunity: State Practice under the Vienna Convention on Diplomatic Relations”, 37 *ICLQ*, 1988, p. 53.

2. *La diffusion internationale du mandat d'arrêt litigieux n'était pas contraire au droit international*

76. La question de la diffusion du mandat d'arrêt est quelque peu différente, car l'on pourrait faire valoir que diffuser un tel mandat à l'échelle internationale revenait à exercer une compétence *d'exécution*, ce qui, en vertu du critère de l'arrêt du *Lotus*, est en principe interdit. Selon ce critère, un Etat ne peut étendre sa compétence au territoire d'un autre Etat que si le droit international l'y autorise. C'est la « limitation primordiale » qu'impose le droit international aux Etats¹⁴⁸.

77. Même en admettant, à l'instar de la Cour, qu'il existe une règle de droit international coutumier visant à protéger les ministres des affaires étrangères de toute procédure pénale engagée par un Etat tiers, y compris lorsqu'ils sont soupçonnés de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, il resterait à démontrer que la Belgique a effectivement violé cette règle en exerçant une compétence d'exécution. L'intitulé du mandat d'arrêt, qualifié de « mandat d'arrêt *international* » dans le document établi par le juge belge, a provoqué une grande confusion. Il s'agit là d'un intitulé très trompeur tant en droit belge qu'en droit international. Les mandats d'arrêt internationaux proprement dits n'existent pas, pas plus en droit belge qu'en droit international. Les termes utilisés dans le mandat étaient certes de nature à créer une confusion, mais ce n'est pas parce qu'un document porte un intitulé trompeur qu'il produit en réalité l'effet suggéré par celui-ci.

78. L'expression « mandat d'arrêt *international* » est trompeuse en ce qu'elle donne à penser que le mandat en question peut être exécuté dans un Etat tiers sans avoir été validé par les autorités locales. Or, tel n'est pas le cas : une validation par les autorités de l'Etat où se trouve la personne visée par le mandat est toujours indispensable. En conséquence, le mandat d'arrêt belge décerné à l'encontre de M. Yerodia ne pouvait pas, même après sa diffusion par le biais d'Interpol, être automatiquement exécuté dans tous les Etats membres de cette organisation. Ce mandat peut avoir occasionné des désagréments perçus comme une offense par M. Yerodia ou par les autorités congolaises, mais il ne constitue pas en soi une restriction au droit du ministre congolais des affaires étrangères de voyager et d'exercer ses fonctions.

Je n'ai connaissance d'aucun Etat qui exécute automatiquement des mandats d'arrêt émis dans d'autres Etats, pas même au sein de structures régionales comme l'Union européenne. De fait, le débat qui est en cours à propos du *mandat d'arrêt européen* porte sur une proposition visant à introduire quelque chose qui n'existe pas actuellement : une règle permet-

¹⁴⁸ Voir ci-dessus, par. 49.

2. *The International Circulation of the Disputed Arrest Warrant Was Not in Violation of International Law*

76. The question of the circulation of the warrant may be somewhat different, because it might be argued that circulating a warrant internationally brings it within the realm of *enforcement* jurisdiction, which, under the “*Lotus*” test, is in principle prohibited. Under that test, States can only act on the territory of other States if there is permission to this effect in international law. This is the “first and foremost restriction” that international law imposes on States¹⁴⁸.

77. Even if one would accept, together with the Court, the premise there is a rule under customary law protecting Foreign Ministers suspected of war crimes and crimes against humanity from the criminal process of other States, it still remains to be established that Belgium actually infringed this rule by asserting enforcement jurisdiction. Much confusion arose from the title that was given to the warrant, which was called “*international* arrest warrant” on the document issued by the Belgian judge. However, this is a very misleading term both under Belgian law and under international law. International arrest warrants do not exist as a special category under Belgian law. It is true that the title of the document was misleading, but giving a document a misleading name does not actually mean that this document also has the effect that it suggests it has.

78. The term *international* arrest warrant is misleading, in that it suggests that arrest warrants can be enforced in third countries without the validation of the local authorities. This is not the case: there is always a need for a validation by the authorities of the State where the person, mentioned in the warrant, is found. Accordingly, the Belgian arrest warrant against Mr. Yerodia, even after being circulated in the Interpol system, could not be automatically enforced in all Interpol member States. It may have caused an inconvenience that was perceived as offensive by Mr. Yerodia or by the Congolese authorities. It is not *per se* a limitation of the Congolese Foreign Minister’s right to travel and to exercise his functions.

I know of no State that automatically enforces arrest warrants issued in other States, not even in regional frameworks such as the European Union. Indeed, the discussions concerning the *European arrest warrant* were about introducing something that does not exist at present: a rule by which member States of the European Union would automatically

¹⁴⁸ See *supra*, para. 49.

tant à tout Etat membre de l'Union européenne d'exécuter automatiquement les mandats d'arrêt émis dans un autre Etat membre de l'Union¹⁴⁹. Actuellement, les mandats du genre de celui qui a été décerné par le juge belge à l'encontre de M. Yerodia ne sont pas automatiquement exécutés en Europe.

Dans le cadre des relations interétatiques, lorsqu'un Etat veut s'assurer la présence de délinquants qui ne se trouvent pas sur son territoire, la démarche à suivre consiste à en demander l'*extradition*. C'est dans cette optique que doivent être examinés les effets juridiques du mandat d'arrêt belge dans les Etats tiers. Lorsqu'un juge décerne un mandat d'arrêt à l'encontre d'un suspect dont il pense qu'il se trouve à l'étranger, ce mandat peut déboucher sur une demande d'*extradition*, sans toutefois que cela soit automatique: c'est au gouvernement de demander ou non l'*extradition*¹⁵⁰. Les demandes d'*extradition* sont souvent précédées d'une *demande d'arrestation provisoire aux fins d'extradition*. C'est là l'objet des *notices rouges d'Interpol*. Les notices rouges sont émises par Interpol à la demande d'un Etat souhaitant qu'un Etat tiers arrête provisoirement, en vue de l'extrader, la personne visée dans le mandat. Les Etats ne donnent cependant pas tous cet effet à une notice rouge d'Interpol¹⁵¹.

Les demandes d'arrestation provisoire sont, à leur tour, souvent précédées d'une *demande de recherche internationale*, qui vise à localiser la personne désignée dans le mandat d'arrêt. Cette «communication» n'a pas l'effet d'une notice rouge et ne comprend pas de demande d'arrestation provisoire de la personne désignée. Certains pays peuvent refuser l'entrée sur leur territoire à une personne dont le nom a été diffusé par le biais d'Interpol ou qui a fait l'objet d'une demande d'émission de notice rouge. Cependant, il s'agit là d'une question de droit interne.

Les Etats peuvent également interdire la visite officielle de personnes soupçonnées de crimes au regard du droit international, en leur refusant

¹⁴⁹ Voir la *Proposition de décision-cadre du Conseil relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats Membres* (document COM(2001)522), disponible sur Internet: <http://europa.eu.int/eur-lex>. Une version modifiée en date du 10 décembre 2001 figure dans le document 14867/1/01 REV 1 COPEN 79 CATS 50.

¹⁵⁰ Souvent, les gouvernements s'abstiennent de demander l'*extradition* pour des raisons politiques, comme on l'a vu dans le cas de M. Ocalan, dont l'Allemagne a décidé de ne pas solliciter l'*extradition* auprès de l'Italie. Voir les comptes rendus publiés à ce sujet dans la presse: «Bonn stellt Auslieferungsersuchen für Öcalan zurück», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 21 novembre 1998, et «Die Bundesregierung verzichtet endgültig auf die Auslieferung des Kurdenführers Öcalan», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 28 novembre 1998.

¹⁵¹ Interpol, secrétariat général, *Rapport sur la valeur juridique des notices rouges*, OIPC-Interpol, assemblée générale, 66^e session, New Delhi, 15-21 octobre 1997, AGN/66/RAP/8, n^o 8 «notices rouges», tel que modifié conformément à la résolution n^o AGN/66/RES/7.

enforce each other's arrest warrants¹⁴⁹. At present, warrants of the kind that the Belgian judge issued in the case of Mr. Yerodia are not automatically enforceable in Europe.

In inter-State relations, the proper way for States to obtain the presence of offenders who are not on their territory is through the process of *extradition*. The discussion about the legal effect of the Belgian arrest warrant in third States has to be seen from that perspective. When a judge issues an arrest warrant against a suspect whom he believes to be abroad, this warrant may lead to an *extradition* request. This is not automatic: it is up to the Government whether or not to request extradition¹⁵⁰. Extradition requests are often preceded by a request for *provisional arrest for the purposes of extradition*. This is what the *Interpol Red Notices* are about. Red Notices are issued by Interpol on the request of a State which wishes to have the person named in the warrant provisionally arrested in a third State for the purposes of extradition. Not all States, however, give this effect to an Interpol Red Notice¹⁵¹.

Requests for the provisional arrest are, in turn, often preceded by an *international tracing request*, which aims at localizing the person named in the arrest warrant. This "communication" does not have the effect of a Red Notice, and does not include a request for the provisional arrest of the person named in the warrant. Some countries may refuse access to a person whose name has been circulated in the Interpol system or against whom a Red Notice has been requested. This is, however, a question of domestic law.

States may also prohibit the official visits of persons who are suspected of international crimes refusing a visa, or by refusing accreditation if such

¹⁴⁹ See the *Proposal for a Council Framework Decision on the European Arrest Warrant and the Surrender Procedures between the Member States*, COM(2001)522, available on the Internet: http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/pdf/2001/en_501PC0522.pdf. An amended version can be found in: Council of the European Union, Outcome of Proceedings, 10 December 2001, 14867/1/01 REV 1 COPEN 79 CATS 50.

¹⁵⁰ Often, Governments refrain from requesting extradition for political reasons, as was shown in the case of Mr. Ocalan, where Germany decided not to proceed to request Mr. Ocalan's extradition from Italy. See Press Reports: "Bonn stellt Auslieferungsersuchen für Ocalan zurück", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 21 November 1998, and "Die Bundesregierung verzichtet endgültig auf die Auslieferung des Kurdenführers Ocalan", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 28 November 1998.

¹⁵¹ Interpol, General Secretariat, *Rapport sur la valeur juridique des notices rouges*, ICPO-Interpol, General Assembly, 66th Session, New Delhi, 15-21 October 1997, AGN/66/RAP/8, No. 8 Red Notices, as amended pursuant to resolution No. AGN/66/RES/7.

un visa, ou refuser de les accréditer si elles sont proposées pour un poste diplomatique¹⁵², mais, là encore, c'est une affaire interne propre à chaque Etat tiers, et non la conséquence automatique d'un mandat d'arrêt décerné par un juge.

79. Dans le cas de M. Yerodia, la Belgique a transmis le mandat d'arrêt à Interpol (fin juin 2000), mais elle ne lui a pas demandé d'émettre une notice rouge avant septembre 2001, date à laquelle M. Yerodia avait cessé d'exercer toute fonction ministérielle. Il s'ensuit que la Belgique n'a jamais demandé à aucun pays d'arrêter provisoirement M. Yerodia aux fins d'extradition pendant qu'il était ministre des affaires étrangères. Le Congo affirme que M. Yerodia a vu sa liberté de mouvement restreinte par le mandat d'arrêt belge. Il ne fournit toutefois aucun élément de preuve à l'appui de cette affirmation. Il semble, au contraire, que M. Yerodia ait effectué un certain nombre de voyages à l'étranger après la diffusion du mandat par le biais d'Interpol (en 2000), notamment pour assister à titre officiel à une conférence des Nations Unies. Lors des audiences, il a été dit que, au cours de ce voyage à New York, M. Yerodia avait choisi le plus court trajet entre l'aéroport et le bâtiment des Nations Unies, parce qu'il craignait d'être arrêté¹⁵³. Cette crainte, qu'il peut avoir éprouvée, tenait à des raisons psychologiques et non pas à des motifs juridiques. Aux termes de la convention des Nations Unies de 1969 sur les missions spéciales, M. Yerodia ne pouvait pas être arrêté dans un pays tiers pendant un voyage officiel. Lors des voyages officiels qu'il a effectués à l'étranger, il n'a fait l'objet d'aucune mesure de contrainte en application du mandat d'arrêt belge.

3. Conclusion

80. Le mandat d'arrêt n'était exécutoire — et, de fait, n'a pas été exécuté — ni dans le pays où il a été *émis* (la Belgique), ni dans les pays où il a été *diffusé*. Il n'a pas été exécuté *en Belgique* lors de la visite officielle de M. Yerodia en juin 2000. Cet Etat n'a pas formulé de demande d'extradition auprès de *pays tiers*, ni de demande d'arrestation provisoire aux fins d'extradition. Le mandat n'était pas un «mandat d'arrêt international», malgré les mots employés par le juge belge. Il ne pouvait pas produire cet effet, ni en Belgique ni dans des pays tiers, et cela n'a pas été le cas. Le fait internationalement illicite reproché à la Belgique était une mesure purement interne, sans effet *effectif* extraterritorial.

V. LES REMÈDES

81. La République démocratique du Congo a sollicité de la Cour deux mesures de réparation différentes: a) un jugement déclaratoire consta-

¹⁵² Voir les comptes rendus publiés dans la presse danoise à propos des hésitations du Gouvernement danois concernant l'accréditation d'un ambassadeur d'Israël, voir ci-dessus la note 21.

¹⁵³ CR 2001/10/20.

persons are proposed for a diplomatic function¹⁵², but this, again, is a domestic matter for third States to consider, and not an automatic consequence of a judge's arrest warrant.

79. In the case of Mr. Yerodia, Belgium communicated the warrant to Interpol (end of June 2000), but did not request an Interpol Red Notice until September 2001, which was when Mr. Yerodia had ceased to be a Minister. It follows that Belgium never requested any country to arrest Mr. Yerodia provisionally for the purposes of extradition while he was a Foreign Minister. The Congo claims that Mr. Yerodia was, in fact, restricted in his movements as a result of the Belgian arrest warrant. Yet, it fails to adduce evidence to prove this point. It appears, on the contrary, that Mr. Yerodia has made a number of foreign travels after the warrant had been circulated in the Interpol system (2000), including an official visit to the United Nations. During the hearings, it was said that, when attending this United Nations Conference in New York, Mr. Yerodia chose the shortest way between the airport and the United Nations building, because he feared being arrested¹⁵³. This fear, which he may have had, was based on psychological, not on legal grounds. Under the 1969 Special Missions Convention, he could not be arrested in third countries when on an official visit. On his official visits in third States, no coercive action was taken against him on the basis of the Belgian warrant.

3. Conclusion

80. The warrant could not be and was not executed in the country where it was *issued* (Belgium) or in the countries to which it was *circulated*. The warrant was not executed *in Belgium* when Mr. Yerodia visited Belgium officially in June 2000. Belgium did not lodge an extradition request to *third countries* or a request for the provisional arrest for the purposes of extradition. The warrant was not an "international arrest warrant", despite the language used by the Belgian judge. It could and did not have this effect, neither in Belgium nor in third countries. The allegedly wrongful act was a purely domestic act, with no *actual* extra-territorial effect.

V. REMEDIES

81. On the subject of remedies, the Congo asked the Court for two different actions: (*a*) a declaratory judgment to the effect that the warrant

¹⁵² See the Danish hesitations concerning the accreditation of an Ambassador for Israel. *supra*, footnote 21.

¹⁵³ CR 2001/10/20.

tant le caractère illicite, au regard du droit international, du mandat et de sa diffusion dans le cadre d'Interpol et *b*) une décision appelant la Belgique à mettre à néant et à «retirer de la circulation» le mandat. La Cour a fait droit à ces deux demandes: elle a dit *a*) que l'émission du mandat d'arrêt et sa diffusion sur le plan international avaient constitué des violations d'une obligation juridique de la Belgique à l'égard de la République démocratique du Congo (par. 78, al. 2, du dispositif de l'arrêt) et *b*) que la Belgique devait, 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 avait été diffusé (par. 78, al. 3, du dispositif de l'arrêt).

82. J'ai exposé, dans les deuxième, troisième et quatrième parties de la présente opinion dissidente, consacrées respectivement aux immunités, à la compétence et à l'existence d'un fait internationalement illicite, les raisons qui m'avaient amenée à voter contre l'alinéa 2 du paragraphe 2 du dispositif relatif à l'illicéité du mandat d'arrêt au regard du droit international: j'estime que le droit international positif ne faisait pas obligation à la Belgique d'accorder l'immunité à M. Yerodia dès lors que celui-ci était soupçonné de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité et que, de surcroît, la Belgique était tout à fait fondée à vouloir exercer, pour de tels crimes, sa compétence extraterritoriale à l'encontre de M. Yerodia.

83. Il me reste à expliquer pourquoi j'ai voté contre l'alinéa 3 du paragraphe 78 du dispositif, appelant la Belgique à mettre à néant et à «retirer de la circulation» le mandat litigieux. Même à admettre, pour les besoins de l'argumentation, que le mandat d'arrêt était illicite en l'an 2000, il ne l'était plus lorsque la Cour s'est prononcée en la présente espèce. La violation d'une obligation internationale qu'aurait commise la Belgique n'avait pas de caractère continu: elle a peut-être duré tant que M. Yerodia était en fonction, mais elle ne s'est pas perpétuée au-delà¹⁵⁴. C'est pourquoi je pense que la Cour internationale de Justice ne peut demander à la Belgique de mettre à néant et de «retirer de la circulation» un acte qui ne revêt aujourd'hui aucun caractère illicite.

84. Dans son contre-mémoire et dans ses plaidoiries, la Belgique a soulevé trois exceptions préliminaires fondées sur le changement intervenu dans les fonctions de M. Yerodia. Selon la Belgique, le fait que M. Yerodia ne soit plus ministre aujourd'hui signifiait que: *a*) la Cour n'avait plus compétence pour connaître du différend, *b*) l'affaire était devenue sans objet et *c*) la requête du Congo n'était pas recevable. La Cour a rejeté ces trois exceptions préliminaires.

¹⁵⁴ Voir l'article 14 des projets d'articles de 2001 sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite élaborés par la Commission du droit international (Nations Unies, doc. A/CN.4/L.602/Rev.1), relatif à l'extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale, qui énonce:

«1. La violation d'une obligation internationale par le fait de l'Etat n'ayant pas un caractère continu a lieu au moment où le fait se produit, même si ses effets perdurent.

2. La violation d'une obligation internationale par le fait de l'Etat ayant un caractère continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale.»

and its circulation through Interpol was contrary to international law and (b) a decision to the effect that Belgium should withdraw the warrant and its circulation. The Court granted both requests: it decided (a) that the issue and international circulation of the arrest warrant were in breach of a legal obligation of Belgium towards the Congo (Judgment, para. 78 (2) of the *dispositif*) and (b) that Belgium must, by means of its own choosing, cancel the arrest warrant and so inform the authorities to whom the warrant was issued (Judgment, para. 78 (3) of the *dispositif*).

82. I have, in Sections II (Immunities), III (Jurisdiction) and IV (Existence of an Internationally Wrongful Act) of my dissenting opinion, given the reasons why I voted against paragraph 78 (2) of the *dispositif* relating to the illegality, under international law, of the arrest warrant: I believe that Belgium was not, under positive international law, obliged to grant immunity to Mr. Yerodia on suspicions of war crimes and crimes against humanity and, moreover, I believe that Belgium was perfectly entitled to assert extraterritorial jurisdiction against Mr. Yerodia for such crimes.

83. I still need to give reasons for my vote against paragraph 78 (3) of the *dispositif*, calling for the cancellation and the “de-circulation” of the disputed arrest warrant. Even assuming, *arguendo*, that the arrest warrant was illegal in the year 2000, it was no longer illegal at the moment when the Court gave Judgment in this case. Belgium’s alleged breach of an international obligation did not have a continuing character: it may have lasted as long as Mr. Yerodia was in office, but it did not continue in time thereafter¹⁵⁴. For that reason, I believe the International Court of Justice cannot ask Belgium to cancel and “decirculate” an act that is not illegal today.

84. In its Counter-Memorial and pleadings, Belgium formulated three preliminary objections based on Mr. Yerodia’s change of position. It argued that, due to Mr. Yerodia’s ceasing to be a Minister today, the Court (a) no longer had jurisdiction to try the case, (b) that the case had become moot, and (c) that the Congo’s Application was inadmissible. The Court dismissed all these preliminary objections.

¹⁵⁴ See Article 14 of the 2001 ILC Draft Articles on State Responsibility, United Nations doc. A/CN.4/L.602/Rev.1, concerning the extension in time of the breach of an international obligation, which states the following:

“1. The breach of an international obligation by an act of a State not having a continuing character occurs at the moment when the act is performed, even if its effects continue.

2. The breach of an international obligation by an act of a State having a continuing character extends over the entire period during which the act continues and remains not in conformity with the international obligation . . .”

J'ai voté en faveur de cette décision dans les trois cas. Je partage l'avis de la Cour lorsqu'elle conclut que la Belgique avait tort sur les questions de *compétence* et de *recevabilité*. Il existe une solide jurisprudence montrant que, aux fins d'apprécier la *compétence* de la Cour pour connaître d'une affaire et la *recevabilité* d'une requête, la date pertinente est celle du dépôt de cette dernière (en l'espèce, M. Yerodia était encore ministre à cette date) et non celle du prononcé de l'arrêt de la Cour (M. Yerodia n'était alors plus ministre). Ce principe ressort de plusieurs précédents, dont le plus notable est celui de l'affaire *Lockerbie*¹⁵⁵. C'est pourquoi je souscris aux sous-alinéas B) et D) de l'alinéa 1 du paragraphe 78 de l'arrêt.

J'ai davantage hésité, en revanche, sur la question du *non-lieu*. La Cour a estimé à ce sujet que la requête du Congo n'était «pas dépourvue d'objet» (par. 78, al. 1, sous-alinéa C)). Il ne ressort pas de l'affaire *Lockerbie* que, aux fins d'apprécier le défaut d'objet d'un différend, la date pertinente soit celle du dépôt de la requête¹⁵⁶. Une affaire peut être privée de son objet en raison d'un événement postérieur à ce dépôt. La question était donc de savoir si, dans la mesure où M. Yerodia n'exerçait plus la fonction de ministre des affaires étrangères, il y avait toujours lieu, pour l'Etat défendeur, de rencontrer les moyens de l'Etat demandeur. Je pense que oui, pour la raison suivante: ce n'est pas parce qu'un acte présumé illicite a cessé d'être que son illicéité disparaît. De ce point de vue, je pense que l'affaire n'était pas dépourvue d'objet. Cela n'est toutefois valable que pour la première demande du Congo (prononcé d'un jugement déclaratoire proclamant solennellement l'illicéité de la conduite de la Belgique). Concernant la deuxième demande du Congo, je pense que l'affaire était peut-être sans objet, du fait que M. Yerodia n'exerce plus la fonction de ministre aujourd'hui.

Si une violation du droit international a été commise en 2000 (ce que je conteste, pour les raisons exposées plus haut), elle n'existe certainement plus aujourd'hui. Même en admettant que la Belgique ait manqué, ainsi que cela lui était reproché, à une obligation internationale — si tant est que cette obligation existait, ce dont je doute —, il s'agissait en tout état

¹⁵⁵ *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 23, par. 38 (compétence), et p. 26, par. 44 (recevabilité). Voir également S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, 1997, vol. II, p. 521-522.

¹⁵⁶ Dans l'affaire relative à des *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, la Cour a statué uniquement sur les questions de compétence (*ibid.*, *exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 30, par. 53, al. 1) et de recevabilité (*ibid.*, par. 53, al. 2), sans trancher celle du non-lieu (*ibid.*, p. 31, par. 53, al. 3). Le *ratio decidendi* de la Cour, dans ces alinéas 1 et 2 du paragraphe 53, est que la date pertinente aux fins d'apprécier la compétence et la recevabilité est celle du dépôt de la requête. La Cour n'a formulé aucune observation analogue sur la question du non-lieu (par. 53, al. 1).

I voted with the Court on these three points. I agree with the Court that Belgium was wrong on the points of *jurisdiction* and *admissibility*. There is well-established case law to the effect that the Court's jurisdiction to adjudicate a case and the admissibility of the Application must be determined on the date on which the Application was filed (when Mr. Yerodia was still a Minister), not on the date of the Judgment (when Mr. Yerodia had ceased to be a Minister). This follows from several precedents, the most important of which is the *Lockerbie* case¹⁵⁵. I therefore agree with paragraph 78 (1) (B) and (D) of the Judgment.

I was, however, more hesitant on the subject of *mootness*, where the Court held that the Congo's Application was "not without object" (Judgment, para. 78 (1) (C)). It does not follow from *Lockerbie* that the question of mootness must be assessed on the date of the filing of the application¹⁵⁶. An event subsequent to the filing of an application can still render a case moot. The question therefore was whether, given the fact that Mr. Yerodia is no longer a Foreign Minister today, there was still a case for the respondent State to answer. I think there was, for the following reason: it is not because an allegedly illegal act has ceased to continue in time that the illegality disappears. From that perspective, I think the case was not moot. This, however, is only true for the Congo's first claim (a declaratory judgment solemnly declaring the illegality of Belgium's act). However, I think the case might have been moot regarding the Congo's second claim, given the fact that Mr. Yerodia is no longer a Minister today.

If there was an infringement of international law in the year 2000 (which I do not think exists, for the reasons set out above), it has certainly ceased to exist today. Belgium's alleged breach of an international obligation, if such an obligation existed — which I doubt — was in any event a breach of an obligation not of a continuing character. If the

¹⁵⁵ *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, *Preliminary Objections*, *I.C.J. Reports 1998*, p. 23, para. 38 (jurisdiction) and p. 26, para. 44 (admissibility). See further, S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, Vol. II, 1997, pp. 521-522.

¹⁵⁶ In the *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)* case the Court only decided on the points of jurisdiction (*ibid.*, *Preliminary Objections, Judgment*, *I.C.J. Reports 1998*, p. 30, para. 53 (1)) and admissibility (*ibid.*, para. 53 (2)), not on mootness (*ibid.*, p. 31, para. 53 (3)). The *ratio decidendi* for paragraphs 53 (1) and (2) is that the relevant date for the assessment of both jurisdiction and admissibility is the date of the filing of the Application. The Court did not make such a statement in relation to mootness.

de cause de la violation d'une obligation non permanente. Si la Cour avait suivi jusqu'au bout son propre raisonnement sur les immunités (lien temporel entre la protection garantie par les immunités et la fonction de ministre des affaires étrangères), elle aurait logiquement conclu qu'il fallait rejeter les troisième et quatrième conclusions du Congo. C'est la raison pour laquelle j'ai voté avec la Cour en faveur du sous-alinéa C) de l'alinéa 1 du paragraphe 78 concernant l'exception préliminaire de non-lieu soulevée par la Belgique, mais que, contrairement à la majorité de mes collègues, j'ai voté contre l'alinéa 3 du paragraphe 78 du dispositif.

Je pense également, à supposer là encore que la Belgique ait manqué à une obligation internationale, que la constatation de ce manquement dans l'arrêt suffisait à réparer le préjudice moral subi par le Congo. Même si un acte constituant une violation *avait* été commis, ce que je ne crois pas (il s'agissait de l'émission par un juge belge d'un mandat d'arrêt ne contrevenant pas au droit international coutumier et n'ayant en outre jamais été exécuté), cet acte serait insignifiant en comparaison de la violation, par le Congo, de l'obligation qui est la sienne aux termes de l'article 146 de la quatrième convention de Genève (à savoir enquêter sur les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité commis sur son territoire, en vue d'en poursuivre les auteurs). Le Congo n'avait pas «les mains propres» lorsqu'il s'est présenté devant la Cour¹⁵⁷ internationale de Justice, et sa requête aurait dû être rejetée. *De minimis non curat lex*¹⁵⁸.

VI. REMARQUES FINALES

85. Pour les raisons exposées dans la présente opinion, j'estime que la Cour internationale de Justice a eu tort de dire qu'une règle de droit international coutumier confère, vis-à-vis d'Etats tiers, une immunité pénale aux ministres des affaires étrangères en exercice soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Le droit international coutumier ne prévoit rien de tel. La Cour n'a pas recherché le juste milieu qui importait tant en l'espèce. En adoptant une approche minimaliste et formaliste, elle a privilégié *de facto* l'intérêt des Etats, qui est de favoriser la conduite de relations internationales, au détriment de l'intérêt de la communauté internationale, qui est d'assurer l'application du principe selon lequel les dignitaires d'Etat soupçonnés de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité sont tenus de rendre compte de leurs actes sur le plan international.

86. La loi belge de 1993/1999 va peut-être trop loin et il serait probablement sage, d'un point de vue politique, de prévoir des exceptions de procédure en faveur des étrangers ou de restreindre l'exercice de la compétence universelle. Il se peut que la Belgique fasse preuve de naïveté en

¹⁵⁷ Voir ci-dessus, par. 35.

¹⁵⁸ Ce concept n'est pas égal au «*de minimis non curat praetor*» en droit continental. Voir, sur *de minimis non curat lex*, *Black's Law Dictionary*.

Court would take its own reasoning about immunities to its logical conclusion (the temporal linkage between the protection of immunities and the function of the Foreign Minister), then it should have reached the conclusion that the Congo's third and fourth submissions should have been rejected. This is why I have voted with the Court on paragraph 78 (I) (C) concerning Belgium's preliminary objection regarding mootness, but against the Court on paragraph 78 (3) of the *dispositif*.

I also believe, assuming again that there has been an infringement of an international obligation by Belgium, that the declaratory part of the Judgment should have sufficed as reparation for the moral injury suffered by Congo. If there *was* an act constituting an infringement, which I do not believe exists (a Belgian arrest warrant that was not contrary to customary international law and that was moreover never enforced), it was trivial in comparison with the Congo's failure to comply with its obligation under Article 146 of the IV Geneva Convention (investigating and prosecuting charges of war crimes and crimes against humanity committed on its territory). The Congo did not come to the International Court with clean hands¹⁵⁷, and its Application should have been rejected. *De minimis non curat lex*¹⁵⁸.

VI. FINAL OBSERVATIONS

85. For the reasons set out in this opinion, I think the International Court of Justice has erred in finding that there is a rule of customary international law protecting incumbent Foreign Ministers suspected of war crimes and crimes against humanity from the criminal process in other States. No such rule of customary international law exists. The Court has not engaged in the balancing exercise that was crucial for the present dispute. Adopting a minimalist and formalistic approach, the Court has *de facto* balanced in favour of the interests of States in conducting international relations, not the international community's interest in asserting international accountability of State officials suspected of war crimes and crimes against humanity.

86. The Belgian 1993/1999 Act may go too far and it may be politically wise to provide procedural restrictions for foreign dignitaries or to restrict the exercise of universal jurisdiction. Proposals to this effect are under study in Belgium. Belgium may be naive in trying to be a forerunner in

¹⁵⁷ See *supra*, para. 35.

¹⁵⁸ This expression is not synonymous with *de minimis non curat praetor* in civil law systems. See *Black's Law Dictionary*.

cherchant à se placer à l'avant-garde de la répression des crimes de droit international et en défendant l'idée que, à défaut d'intervention de l'Etat territorial, il appartient aux Etats tiers d'ouvrir aux victimes des voies de droit. La Belgique a peut-être tort, d'un point de vue politique, de vouloir transposer l'idée de simulacre de procès (statut de Rome portant création de la Cour pénale internationale — principe de complémentarité (art. 17)) à des situations régies par le principe «*aut dedere aut judicare*»¹⁵⁹. Toutefois, la question pour la Cour n'est pas de savoir si la Belgique fait preuve de naïveté ou de sagesse politique, ni même si la courtoisie internationale exigerait une application plus stricte de la compétence universelle ou davantage de respect pour les dignitaires étrangers. La question était de savoir si la Belgique avait méconnu une obligation en vertu du droit international à ne pas décerner et faire circuler un mandat d'arrêt pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité contre un ministre des affaires étrangères en fonction.

87. Peut-être cet arrêt vise-t-il, de manière implicite, à éviter d'ouvrir la voie aux abus et au chaos, la Cour craignant que les Etats n'invoquent sans cesse la compétence universelle pour engager des poursuites abusives contre les ministres des affaires étrangères en exercice d'autres Etats, paralysant ainsi le fonctionnement de ces derniers. L'argument de la «*monstrueuse cacophonie*»¹⁶⁰ était très présent dans le mémoire et les plaidoiries du Congo. Il peut se résumer ainsi: si les Etats engageaient des poursuites contre les membres de gouvernements étrangers sans égard pour les immunités qui leur sont reconnues, la situation ne tarderait pas à devenir chaotique; de même, si les Etats invoquaient de manière outrancière la compétence universelle en l'absence d'un quelconque lien avec leur ordre juridique interne, des tensions politiques pourraient naître sur le plan international.

Dans la présente affaire, aucune allégation d'abus de procédure n'a été portée à l'encontre de la Belgique. La procédure pénale engagée contre M. Yerodia n'était ni inconséquente, ni abusive. Le mandat a été émis après deux ans d'instruction pénale et nul n'a accusé le juge d'instruction qui l'a décerné d'avoir fondé sa décision sur des faits erronés. L'accusation selon laquelle la Belgique aurait appliqué sa loi sur les crimes de guerre de manière insultante et discriminatoire à l'encontre d'un ministre des affaires étrangères congolais était manifestement mal fondée. La Belgique souhaite — à tort ou à raison — se faire le bras de la communauté internationale en permettant aux étrangers de porter plainte contre de graves violations des droits de l'homme dont ils ont été victimes à l'étranger. Depuis la tristement célèbre affaire Dutroux (une affaire de sévices sur enfants qui a canalisé l'attention des médias à la fin des années quatre-vingt-dix), la Belgique a amendé ses lois afin d'accorder davan-

¹⁵⁹ Voir ci-dessus, par. 37.

¹⁶⁰ J. Verhoeven, «M. Pinochet, la coutume internationale et la compétence universelle», *Journal des tribunaux*, 1999, p. 315; J. Verhoeven, «Vers un ordre répressif universel? Quelques observations», *Annuaire français de droit international*, 1999, p. 55.

the suppression of international crimes and in substantiating the view that, where the territorial State fails to take action, it is the responsibility of third States to offer a forum to victims. It may be politically wrong in its efforts to transpose the “sham trial” exception to complementarity in the Rome Statute for an International Criminal Court (Art. 17)¹⁵⁹ into “*aut dedere aut judicare*” situations. However, the question that was before the Court was not whether Belgium is naive or has acted in a politically wise manner or whether international comity would command a stricter application of universal jurisdiction or a greater respect for foreign dignitaries. The question was whether Belgium had violated an obligation under international law to refrain from issuing and circulating an arrest warrant on charges of war crimes and crimes against humanity against an incumbent Foreign Minister.

87. An implicit consideration behind this Judgment may have been a concern for abuse and chaos, arising from the risk of States asserting unbridled universal jurisdiction and engaging in abusive prosecutions against incumbent Foreign Ministers of other States and thus paralysing the functioning of these States. The “*monstrous cacophony*” argument¹⁶⁰ was very present in the Congo’s Memorial and pleadings. The argument can be summarized as follows: if a State would prosecute members of foreign Governments without respecting their immunities, chaos will be the result; likewise, if States exercise unbridled universal jurisdiction without any point of linkage to the domestic legal order, there is a danger for political tensions between States.

In the present dispute, there was no allegation of abuse of process on the part of Belgium. Criminal proceedings against Mr. Yerodia were not frivolous or abusive. The warrant was issued after two years of criminal investigations and there were no allegations that the investigating judge who issued it acted on false factual evidence. The accusation that Belgium applied its War Crimes Statute in an offensive and discriminatory manner against a Congolese Foreign Minister was manifestly ill founded. Belgium, rightly or wrongly, wishes to act as an agent of the world community by allowing complaints brought by foreign victims of serious human rights abuses committed abroad. Since the infamous *Dutroux* case (a case of child molestation attracting great media attention in the late 1990s), Belgium has amended its laws in order to improve victims’ procedural rights, without discriminating between Belgian and foreign victims. In doing so, Belgium has also opened its courts to victims bring-

¹⁵⁹ See *supra*, para. 37.

¹⁶⁰ J. Verhoeven, “M. Pinochet, la coutume internationale et la compétence universelle”, *Journal des tribunaux*, 1999, p. 315; J. Verhoeven, “Vers un ordre répressif universel? Quelques observations”, *AFDI*, 1999, p. 55.

tage de droits procéduraux aux victimes, que celles-ci soient belges ou étrangères. Ce faisant, la Belgique a également ouvert ses tribunaux aux victimes portant plainte pour des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité commis à l'étranger. Cette nouvelle législation a été appliquée non seulement dans le cas de M. Yerodia, mais également dans le cadre d'affaires contre M. Pinochet, M. Sharon, M. Rafsandjani, M. Hissène Habré, M. Fidel Castro, etc. Il serait donc faux d'affirmer que la loi sur les crimes de guerre a été appliquée de manière discriminatoire à l'encontre d'un ressortissant congolais.

Il se peut, dans l'abstrait, que l'argument du chaos soit pertinent. Ce risque existe peut-être, et la Cour aurait pu, de manière légitime, mettre en garde contre ce risque dans son arrêt sans pour autant conclure qu'il existe une règle de droit international coutumier reconnaissant l'immunité aux ministres des affaires étrangères. Accorder des immunités aux ministres des affaires étrangères pourrait, en revanche, ouvrir la voie à d'autres sortes d'abus. Cela revient à accroître de manière extraordinaire le nombre de personnes bénéficiant d'une immunité de juridiction internationale. De là à reconnaître des immunités aux autres membres de gouvernement, il n'y a qu'un pas: dans la société actuelle, tous les membres de cabinet représentent leur pays dans diverses réunions. Si le ministre des affaires étrangères a besoin d'immunités pour exercer ses fonctions, pourquoi ne pas également les accorder aux autres membres du gouvernement? Certes, la Cour internationale de Justice ne déclare rien de tel, mais cette conclusion ne s'impose-t-elle pas d'elle-même lorsque la Cour conclut que les ministres des affaires étrangères sont des personnes protégées? La raison pour laquelle la Cour assimile les ministres des affaires étrangères aux agents diplomatiques et aux chefs d'Etat, qui est au cœur de son raisonnement, est également valable s'agissant des autres ministres qui représentent officiellement l'Etat, par exemple les ministres de l'éducation qui assistent aux conférences de l'Unesco à New York ou tout autre ministre recevant le titre de docteur *honoris causa* à l'étranger. Des gouvernements pourraient, à leur escient, nommer à des postes ministériels des personnes soupçonnées d'avoir commis de graves violations des droits de l'homme afin de les mettre à l'abri de poursuites à l'étranger. Il se peut que la Cour internationale de Justice, en essayant de refermer une boîte de Pandore par crainte du chaos et des abus, en ait ouvert une autre, avec le risque de conférer l'immunité, et donc l'impunité *de facto*, à un nombre croissant de représentants de gouvernement.

(Signé) Christine VAN DEN WYNGAERT.

ing charges based on war crimes and crimes against humanity committed abroad. This new legislation has been applied not only in the case against Mr. Yerodia but also in cases against Mr. Pinochet, Mr. Sharon, Mr. Rafsanjani, Mr. Hissen Habré, Mr. Fidel Castro, etc. It would therefore be wrong to say that the War Crimes Statute has been applied against a Congolese national in a discriminatory way.

In the abstract, the chaos argument may be pertinent. This risk may exist, and the Court could have legitimately warned against this risk in its Judgment without necessarily reaching the conclusion that a rule of customary international law exists to the effect of granting immunity to Foreign Ministers. However, granting immunities to incumbent Foreign Ministers may open the door to other sorts of abuse. It dramatically increases the number of persons that enjoy international immunity from jurisdiction. Recognizing immunities for other members of government is just one step further: in present-day society, all Cabinet members represent their countries in various meetings. If Foreign Ministers need immunities to perform their functions, why not grant immunities to other Cabinet members as well? The International Court of Justice does not state this, but doesn't this flow from its reasoning leading to the conclusion that Foreign Ministers are immune? The rationale for assimilating Foreign Ministers with diplomatic agents and Heads of State, which is at the centre of the Court's reasoning, also exists for other Ministers who represent the State officially, for example, Ministers of Education who have to attend Unesco conferences in New York or other Ministers receiving honorary doctorates abroad. *Male fide* Governments may appoint persons to Cabinet posts in order to shelter them from prosecutions on charges of international crimes. Perhaps the International Court of Justice, in its effort to close one Pandora's box for fear of chaos and abuse, has opened another one: that of granting immunity and thus *de facto* impunity to an increasing number of government officials.

(Signed) Christine VAN DEN WYNGAERT.

PRINTED IN THE NETHERLANDS

ISSN 0074-4441
ISBN 92-1-070940-3
