

JOINT SEPARATE OPINION OF JUDGES HIGGINS,
KOOIJMANS AND BUERGENTHAL

Necessity of a finding on jurisdiction — Reasoning on jurisdiction not precluded by ultra petita rule.

Status of universal jurisdiction to be tested by reference to the sources of international law — Few examples of universal jurisdiction within national legislation or case law of national courts — Examination of jurisdictional basis of multilateral treaties on grave offences do not evidence established practice of either obligatory or voluntary universal criminal jurisdiction — Aut dedere aut prosequi — Contemporary trends suggesting universal jurisdiction in absentia not precluded — The “Lotus” case — Evidence that national courts and international tribunals intended to have parallel roles in acting against impunity — Universal jurisdiction not predicated upon presence of accused in territory, nor limited to piracy — Necessary safeguards in exercising such a jurisdiction — Rejection of Belgium’s argument that it had in fact exercised no extraterritorial criminal jurisdiction.

The immunities of an incumbent Minister for Foreign Affairs and their role in society — Rejection of assimilation with Head of State immunities — Trend to preclude immunity when charged with international crimes — Immunity not precluded in the particular circumstances of this case — Role of international law to balance values it seeks to protect — Narrow interpretation to be given to “official acts” when immunities of an ex-Minister for Foreign Affairs under review.

No basis in international law for Court’s order to withdraw warrant.

1. We generally agree with what the Court has to say on the issues of jurisdiction and admissibility and also with the conclusions it reaches. There are, however, reservations that we find it necessary to make, both on what the Court has said and what it has chosen not to say when it deals with the merits. Moreover, we consider that the Court erred in ordering Belgium to cancel the outstanding arrest warrant.

* * *

2. In its Judgment the Court says nothing on the question of whether — quite apart from the status of Mr. Yerodia at the relevant time — the Belgian magistracy was entitled under international law to issue an arrest warrant for someone not at that time within its territory and pass it to Interpol. It has, in effect, acceded to the common wish of the Parties that

OPINION INDIVIDUELLE COMMUNE DE M^{ME} HIGGINS,
M. KOOIJMANS ET M. BUERGENTHAL

[Traduction]

Nécessité d'une conclusion sur la compétence — Prononcé sur la compétence n'étant pas exclu par la règle ultra petita.

Statut de la compétence universelle devant être apprécié au regard des sources du droit international — Peu d'exemples de compétence universelle dans la législation nationale ou la jurisprudence des tribunaux nationaux — Examen du fondement juridictionnel des traités multilatéraux sur les infractions graves n'attestant pas l'existence d'une pratique établie de la compétence pénale universelle obligatoire ou volontaire — Aut dedere aut prosequi — Tendances contemporaines donnant à penser que la compétence universelle par défaut n'est pas exclue — Affaire du Lotus — Eléments attestant que les tribunaux nationaux et les juridictions internationales doivent agir en parallèle dans la lutte contre l'impunité — Compétence universelle ne postulant pas la présence de l'accusé sur le territoire, et n'étant pas limitée à la piraterie — Garanties nécessaires dans l'exercice de cette compétence — Rejet de l'argument de la Belgique selon lequel elle n'a en fait exercé aucune compétence pénale extra-territoriale.

Immunités d'un ministre des affaires étrangères en exercice et leur rôle dans la société — Pas d'assimilation aux immunités d'un chef d'Etat — Tendance à exclure l'immunité en cas d'accusation de crimes internationaux — Immunité non exclue dans les circonstances particulières de l'espèce — Rôle du droit international s'agissant de mettre en balance les valeurs qu'il cherche à protéger — Expression « actes officiels » devant être interprétée étroitement lorsque l'on examine les immunités d'un ancien ministre des affaires étrangères.

Injonction de la Cour d'annuler le mandat non fondée en droit international.

1. Nous souscrivons d'une manière générale à ce que la Cour a dit sur les questions de compétence et de recevabilité de même qu'aux conclusions auxquelles elle parvient. Nous jugeons toutefois nécessaire de faire des réserves, tant sur ce que la Cour a dit que sur ce qu'elle a choisi de ne pas dire quant au fond. De plus, nous estimons que la Cour a commis une erreur en ordonnant à la Belgique d'annuler le mandat d'arrêt.

* * *

2. Dans son arrêt, la Cour ne dit rien de la question de savoir si — quel qu'ait été le statut de M. Yerodia au moment pertinent — la magistrature belge était habilitée en droit international à émettre un mandat d'arrêt à l'encontre de quelqu'un qui n'était pas à l'époque sur le territoire belge et de le transmettre à Interpol. Elle a, en fait, fait droit au

the Court should not pronounce upon the key issue of jurisdiction that divided them, but should rather pass immediately to the question of immunity as it applied to the facts of this case.

3. In our opinion it was not only desirable, but indeed necessary, that the Court should have stated its position on this issue of jurisdiction. The reasons are various. "Immunity" is the common shorthand phrase for "immunity from jurisdiction". If there is no jurisdiction *en principe*, then the question of an immunity from a jurisdiction which would otherwise exist simply does not arise. The Court, in passing over the question of jurisdiction, has given the impression that "immunity" is a free-standing topic of international law. It is not. "Immunity" and "jurisdiction" are inextricably linked. Whether there is "immunity" in any given instance will depend not only upon the status of Mr. Yerodia but also upon what type of jurisdiction, and on what basis, the Belgian authorities were seeking to assert it.

4. While the notion of "immunity" depends, conceptually, upon a pre-existing jurisdiction, there is a distinct corpus of law that applies to each. What can be cited to support an argument about the one is not always relevant to an understanding of the other. In by-passing the issue of jurisdiction the Court has encouraged a regrettable current tendency (which the oral and written pleadings in this case have not wholly avoided) to conflate the two issues.

5. Only if it is fully appreciated that there are two distinct norms of international law in play (albeit that the one — immunity — can arise only if the other — jurisdiction — exists) can the larger picture be seen. One of the challenges of present-day international law is to provide for stability of international relations and effective international intercourse while at the same time guaranteeing respect for human rights. The difficult task that international law today faces is to provide that stability in international relations by a means other than the impunity of those responsible for major human rights violations. This challenge is reflected in the present dispute and the Court should surely be engaged in this task, even as it fulfils its function of resolving a dispute that has arisen before it. But through choosing to look at half the story — immunity — it is not in a position to do so.

6. As Mr. Yerodia was a non-national of Belgium and the alleged offences described in the arrest warrant occurred outside of the territory over which Belgium has jurisdiction, the victims being non-Belgians, the arrest warrant was necessarily predicated on a universal jurisdiction. Indeed, both it and the enabling legislation of 1993 and 1999 expressly say so. Moreover, Mr. Yerodia himself was outside of Belgium at the time the warrant was issued.

7. In its Application instituting proceedings (p. 7), the Democratic Republic of the Congo complained that Article 7 of the Belgian Law:

vœu commun des Parties tendant à ce qu'elle ne se prononce par sur la question clef de compétence qui les divisait, mais passe immédiatement à la question de l'immunité telle qu'elle s'applique aux faits de la présente espèce.

3. A notre avis, il n'était pas seulement souhaitable mais, de fait, nécessaire que la Cour prenne position sur cette question de compétence. Les raisons en sont diverses. Qui dit «immunité» dit «immunité de juridiction». S'il n'y a pas de juridiction en principe, alors la question de l'immunité d'une juridiction qui autrement existerait ne se pose tout simplement pas. La Cour, passant outre la question de la compétence, a donné l'impression qu'en droit international l'«immunité» est un sujet autonome. Il n'en est rien. «Immunité» et «compétence» sont inextricablement liées. La question de savoir s'il y a «immunité» dans un cas donné dépendra non seulement du statut de M. Yerodia mais aussi du type de compétence, et du chef de compétence, dont les autorités belges entendaient se prévaloir.

4. Si la notion d'«immunité» dépend, en théorie, d'une compétence préexistante, un corpus de droit distinct s'applique à chacune des notions. Ce qu'on peut citer à l'appui d'un argument au sujet de la première n'est pas toujours pertinent s'agissant de comprendre la seconde. En laissant de côté la question de la compétence, la Cour a encouragé une tendance actuelle regrettable (que dans leurs écritures et leurs plaidoiries les parties à la présente affaire n'ont pas totalement évitée) à réunir les deux questions.

5. Ce n'est que si l'on comprend pleinement que deux normes distinctes du droit international sont en jeu (bien que la première — l'immunité — ne puisse naître que si l'autre — la compétence — existe) que l'on peut avoir une vue d'ensemble. L'un des défis du droit international contemporain est d'assurer la stabilité des relations internationales et l'efficacité des rapports internationaux tout en garantissant le respect des droits de l'homme. La tâche difficile à laquelle le droit international est aujourd'hui confronté est d'assurer la stabilité des relations internationales autrement que par l'impunité des responsables de violations majeures des droits de l'homme. Ce défi est reflété dans le présent différend et la Cour devrait assurément œuvrer à cette tâche, alors même qu'elle exerce sa fonction de régler un différend qui a été porté devant elle. Mais en choisissant de ne voir que la moitié de l'histoire — l'immunité — elle n'est pas en position de le faire.

6. Comme M. Yerodia n'était pas un national de la Belgique et comme les infractions alléguées dans le mandat d'arrêt ont eu lieu hors du territoire sur lequel la Belgique exerce sa juridiction, les victimes étant des non-Belges, le mandat d'arrêt reposait nécessairement sur une compétence universelle. De fait, tant ce mandat que les textes de 1993 et 1999 en vertu desquels il a été émis l'indiquent expressément. De plus, M. Yerodia lui-même était hors de Belgique au moment où le mandat a été émis.

7. Dans sa requête introductive d'instance (p. 7), la République démocratique du Congo se plaint que l'article 7 de la loi belge

“establishes the universal applicability of the Law and the universal jurisdiction of the Belgian courts in respect of ‘serious violations of international humanitarian law’, without even making such applicability and jurisdiction conditional on the presence of the accused on Belgian territory.

It is clearly this unlimited jurisdiction which the Belgian State confers upon itself which explains the issue of the arrest warrant against Mr. Yerodia Ndombasi, against whom it is patently evident that no basis of territorial or in personam jurisdiction, nor any jurisdiction based on the protection of the security or dignity of the Kingdom of Belgium, could have been invoked.”

In its Memorial, the Congo denied that

“international law recognized such an enlarged criminal jurisdiction as that which Belgium purported to exercise, namely in respect of incidents of international humanitarian law when the accused was not within the prosecuting State’s territory” (Memorial of Congo, para. 87). [*Translation by the Registry.*]

In its oral submissions the Congo once again stated that it was not opposed to the principle of universal jurisdiction *per se*. But the assertion of a universal jurisdiction over perpetrators of crimes was not an obligation under international law, only an option. The exercise of universal jurisdiction required, in the Congo’s view, that the sovereignty of the other State be not infringed and an absence of any breach of an obligation founded in international law (CR 2001/6, p. 33). Further, according to the Congo, States who are not under any obligation to prosecute if the perpetrator is not present on their territory, nonetheless are free to do so in so far as this exercise of jurisdiction does not infringe the sovereignty of another State and is not in breach of international law (*ibid.*). The Congo stated that it had no intention of discussing the existence of the principle of universal jurisdiction, nor of placing obstacles in the way of any emerging custom regarding universal jurisdiction (*ibid.*, p. 30). As the oral proceedings drew to a close, the Congo acknowledged that the Court might have to pronounce on certain aspects of universal jurisdiction, but it did not request the Court to do so, as the question did not interest it directly (CR 2001/10, p. 11). It was interested to have a ruling from the Court on Belgium’s obligations to the Congo in the light of Mr. Yerodia’s immunity at the relevant time. The final submissions as contained in the Application were amended so as to remove any request for the Court to make a determination on the issue of universal jurisdiction.

8. Belgium in its Counter-Memorial insisted that there was a general obligation on States under customary international law to prosecute perpetrators of crimes. It conceded, however, that where such persons were non-nationals, outside of its territory, there was no obligation but rather an available option (Counter-Memorial of Belgium, para. 3.3.25). No

«établit ... la compétence universelle de la loi et des juridictions belges à l'égard des «violations graves du droit international humanitaire», sans même subordonner cette compétence à la présence de la personne poursuivie sur le territoire belge.

C'est manifestement cette compétence illimitée que s'attribue lui-même l'Etat belge qui explique l'émission du mandat d'arrêt visant M. Yerodia Ndombasi, contre lequel aucun chef de compétence territoriale ou personnelle, ni de compétence fondée sur la protection de la sûreté ou du crédit du Royaume de Belgique n'aurait, à l'évidence, pu être invoqué.»

Dans son mémoire, le Congo a nié que

«le droit international reconnaissait une compétence pénale aussi étendue que celle que la Belgique entendait exercer, à savoir en ce qui concerne des incidents de droit international humanitaire alors que l'accusé n'est pas sur le territoire de l'Etat qui exerce des poursuites» (mémoire du Congo, par. 87).

Dans ses plaidoiries, le Congo a une nouvelle fois dit qu'il n'était pas opposé au principe même de la compétence universelle. Mais l'affirmation d'une compétence universelle à l'égard des auteurs de crimes n'était pas, en droit international, une obligation mais seulement une option. L'exercice de la compétence universelle exigeait, pour le Congo, qu'il ne soit pas porté atteinte à la souveraineté de l'autre Etat, et l'absence de tout manquement à une obligation fondée en droit international (CR 2001/10, p. 33). En outre, selon le Congo, les Etats qui ne sont pas tenus de poursuivre si l'auteur n'est pas présent sur leur territoire sont néanmoins libres de le faire dans la mesure où cet exercice de leur compétence ne porte pas atteinte à la souveraineté d'un autre Etat et n'est pas en violation du droit international (*ibid.*). Le Congo a déclaré qu'il n'avait pas l'intention de discuter l'existence du principe de la compétence universelle, ni de faire obstacle à l'apparition d'une coutume concernant la compétence universelle (*ibid.*, p. 30). Alors que les plaidoiries touchaient à leur fin, le Congo a reconnu que la Cour pourrait avoir à se prononcer sur certains aspects de la compétence universelle, mais il ne lui a pas demandé de le faire, comme la question ne l'intéressait pas directement (CR 2001/10, p. 11). Il souhaitait que la Cour se prononce sur les obligations dues par la Belgique au Congo à la lumière de l'immunité de M. Yerodia au moment pertinent. Les conclusions finales qui figuraient dans la requête ont été modifiées afin qu'il n'y soit plus demandé que la Cour statue sur la question de la compétence universelle.

8. Dans son contre-mémoire, la Belgique a souligné que, en vertu du droit international coutumier, une obligation générale s'imposait aux Etats de poursuivre les auteurs de crimes. Elle a toutefois concédé que lorsque les intéressés étaient des non-nationaux, se trouvant hors de son territoire, il n'y avait pas d'obligation mais plutôt une option disponible

territorial presence was required for the exercise of jurisdiction where the offence violated the fundamental interests of the international community (Counter-Memorial of Belgium, paras. 3.3.44-3.3.52). In Belgium's view an investigation or prosecution mounted against a person outside its territory did not violate any rule of international law, and was accepted both in international practice and in the internal practice of States, being a necessary means of fighting impunity (Counter-Memorial of Belgium, paras. 3.3.28-3.3.74).

9. These submissions were reprised in oral argument, while noting that the Congo "no longer contest[ed] the exercise of universal jurisdiction by default" (CR 2001/9, pp. 8-13). Belgium, too, was eventually content that the Court should pronounce simply on the immunity issue.

10. That the Congo should have gradually come to the view that its interests were best served by reliance on its arguments on immunity, was understandable. So was Belgium's satisfaction that the Court was being asked to pronounce on immunity and not on whether the issue and circulations of an international arrest warrant required the presence of the accused on its territory. Whether the Court should accommodate this consensus is another matter.

11. Certainly it is not required to do so by virtue of the *ultra petita* rule. In the Counter-Memorial Belgium quotes the *locus classicus* for the *non ultra petita* rule, the *Asylum (Interpretation)* case:

"it is the duty of the Court not only to reply to the questions as stated in the final submissions of the parties, but also to abstain from *deciding* points not included in those submissions" (*Request for Interpretation of the Judgment of 20 November 1950 in the Asylum Case, Judgment, I.C.J. Reports 1950*, p. 402; Counter-Memorial of Belgium, para. 2.75; emphasis added).

It also quotes Rosenne who said: "It does not confer jurisdiction on the Court or detract jurisdiction from it. It limits the extent to which the Court may go in its decision." (Counter-Memorial of Belgium, para. 2.77.)

12. Close reading of these quotations shows that Belgium is wrong if it wishes to convey to the Court that the *non ultra petita* rule would bar it from *addressing* matters not included in the submissions. It only precludes the Court from deciding upon such matters in the operative part of the Judgment since that is the place where the submissions are dealt with. But it certainly does not prevent the Court from considering in its reasoning issues which it deems relevant for its conclusions. As Sir Gerald Fitzmaurice said:

(contre-mémoire de la Belgique, par. 3.3.25). Aucune présence sur le territoire n'était requise pour l'exercice de la compétence lorsque l'infraction violait des intérêts fondamentaux de la communauté internationale (contre-mémoire de la Belgique, par. 3.3.44 à 3.3.52). Pour la Belgique, le fait d'ouvrir une enquête ou d'engager des poursuites contre une personne se trouvant hors de son territoire ne violait aucune règle du droit international, et était accepté aussi bien dans la pratique internationale que dans la pratique interne des Etats comme un moyen nécessaire pour lutter contre l'impunité (contre-mémoire de la Belgique, par. 3.3.28 à 3.3.74).

9. Ces conclusions ont été reprises lors des plaidoiries, la Belgique notant que le Congo «ne conteste plus ... l'exercice d'une compétence universelle par défaut» (CR 2001/9, p. 8 à 13). La Belgique, elle aussi, était finalement satisfaite que la Cour ne se prononce que sur la question de l'immunité.

10. Il est compréhensible que le Congo en soit venu progressivement à penser que ses intérêts seraient mieux servis s'il faisait fond sur ses arguments concernant l'immunité. Il l'est tout autant que la Belgique soit satisfaite qu'il fût demandé à la Cour de se prononcer sur l'immunité et non sur la question de savoir si l'émission et la diffusion d'un mandat d'arrêt international exigeaient la présence de l'accusé sur son territoire. Une autre question est de savoir si la Cour devait faire droit à ce consensus.

11. Assurément, elle n'est pas tenue de le faire par l'effet de la règle *ultra petita*. Dans son contre-mémoire, la Belgique cite le *locus classicus* de la règle *non ultra petita*, l'affaire du *Droit d'asile* (*demande d'interprétation*) :

«la Cour a le devoir de répondre aux demandes des parties telles qu'elles s'expriment dans leurs conclusions finales, mais aussi celui de s'abstenir de *statuer* sur des points non compris dans lesdites demandes ainsi exprimées» (*Demande d'interprétation de l'arrêt du 20 novembre 1950 en l'affaire du droit d'asile, arrêt, C.I.J. Recueil 1950, p. 402; contre-mémoire de la Belgique, par. 2.75; les italiques sont de nous*).

Elle cite également Rosenne, qui a écrit : «Elle ne donne pas de compétence à la Cour ni ne lui retire sa compétence. Elle limite la Cour dans la portée de sa décision.» (Contre-mémoire de la Belgique, par. 2.77.)

12. Une lecture attentive de ces citations montre que la Belgique a tort si elle souhaite indiquer à la Cour que la règle *non ultra petita* empêcherait celle-ci d'*aborder* des questions qui ne sont pas comprises dans les conclusions. Cette règle empêche seulement la Cour de statuer sur ces questions dans le dispositif de son arrêt puisque c'est l'endroit où elle répond aux conclusions. Mais elle n'empêche certainement pas la Cour d'examiner dans le cadre de son raisonnement les questions qu'elle juge pertinentes pour ses conclusions. Comme l'a déclaré sir Gerald Fitzmaurice :

“unless certain distinctions are drawn, there is a danger that [the *non ultra petita* rule] might hamper the tribunal in coming to a correct decision, and might even cause it to arrive at a legally incorrect one, by compelling it to neglect juridically relevant factors” (*The Law and Procedure of the International Court of Justice*, 1986, Vol. II, pp. 529-530).

13. Thus the *ultra petita* rule can operate to preclude a finding of the Court, in the *dispositif*, on a question not asked in the final submissions by a party. But the Court should not, because one or more of the parties finds it more comfortable for its position, forfeit necessary steps on the way to the finding it *does* make in the *dispositif*. The Court has acknowledged this in paragraph 43 of the present Judgment. But having reserved the right to deal with aspects of universal jurisdiction in its reasoning, “should it deem this necessary or desirable”, the Court says nothing more on the matter.

14. This may be contrasted with the approach of the Court in the Advisory Opinion request put to it in *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2, of the Charter)* (*I.C.J. Reports* 1962, pp. 156-157). (The Court was constrained by the request put to it, rather than by the final submissions of the Applicant, but the point of principle remains the same.) The Court was asked by the General Assembly whether the expenditures incurred in connection with UNEF and ONUC constituted “expenses of the organization” for purposes of Article 17, paragraph 2, of the Charter.

15. France had in fact proposed an amendment to this request, whereby the Court would have been asked to consider whether the expenditures in question were made in conformity with the provisions of the Charter, before proceeding to the question asked. This proposal was rejected. The Court stated

“The rejection of the French amendment does not constitute a directive to the Court to exclude from its consideration the question whether certain expenditures were ‘decided on in conformity with the Charter’, if the Court finds such consideration appropriate. It is not to be assumed that the General Assembly would thus seek to fetter or hamper the Court in the discharge of its judicial functions; the Court must have full liberty to consider all relevant data available to it in forming an opinion on a question posed to it for an advisory opinion.” (*Ibid.*, p. 157.)

The Court further stated that it

“has been asked to answer a specific question related to certain identified expenditures which have actually been made, but the Court would not adequately discharge the obligation incumbent on it unless it examined in some detail various problems raised by the question which the General Assembly has asked” (*ibid.*, p. 158).

«si l'on ne fait pas certaines distinctions, il existe un danger que [la règle *non ultra petita*] empêche le tribunal de parvenir à une décision correcte, et même l'amène à aboutir à une conclusion juridiquement incorrecte en le forçant à négliger des facteurs juridiquement pertinents» (*The Law and Procedure of the International Court of Justice*, 1986, vol. II, p. 529 et 530).

13. Ainsi, la règle *ultra petita* peut jouer pour empêcher la Cour de parvenir, dans le dispositif, à une conclusion sur une question qui n'est pas posée dans les conclusions finales d'une partie. Mais la Cour ne devrait pas, parce qu'une partie ou les deux jugent que cela sert mieux leur cause, renoncer aux étapes nécessaires pour aboutir à la conclusion à laquelle elle aboutit *effectivement* dans le dispositif. La Cour l'a reconnu au paragraphe 43 du présent arrêt. Mais s'étant réservé le droit d'aborder tel ou tel aspect de la compétence universelle dans sa motivation «si elle l'estime nécessaire ou souhaitable», la Cour ne dit rien de plus sur cette question.

14. Cette démarche peut être opposée à celle que la Cour a adoptée dans l'avis consultatif qu'elle a rendu dans l'affaire concernant *Certaines dépenses de l'Organisation des Nations Unies* (art. 17, par. 2, de la Charte) (*C.I.J. Recueil* 1962, p. 156 et 157). (La Cour y était contrainte par la question qui lui était posée et non par les conclusions finales du demandeur, mais le point de principe demeure le même.) La Cour était priée par l'Assemblée générale de dire si les dépenses encourues au titre de la FENU et de l'ONUC constituaient des «dépenses de l'Organisation» aux fins de l'article 17, paragraphe 2, de la Charte.

15. La France avait en fait proposé un amendement à cette question, aux termes duquel il aurait été demandé à la Cour d'examiner si les dépenses en question avaient été décidées conformément aux dispositions de la Charte avant de passer à la question posée. Cet amendement fut rejeté. La Cour a déclaré :

«Le rejet de l'amendement français ne constitue pas une injonction pour la Cour d'avoir à écarter l'examen de la question de savoir si certaines dépenses ont été «décidées conformément aux dispositions de la Charte», si la Cour croit opportun de l'aborder. On ne doit pas supposer que l'Assemblée générale ait ainsi entendu lier ou gêner la Cour dans l'exercice de ses fonctions judiciaires; la Cour doit avoir la pleine liberté d'examiner tous les éléments pertinents dont elle dispose pour se faire une opinion sur une question qui lui est posée en vue d'un avis consultatif.» (*Ibid.*, p. 157.)

La Cour ajoutait

«qu'on lui a demandé de répondre à une question précise qui a trait à certaines dépenses déterminées qui ont été effectivement faites, mais la Cour n'exercerait pas de façon adéquate l'obligation qui lui incombe si elle n'examinait pas en détail les différents problèmes soulevés par la question que l'Assemblée générale lui a posée» (*ibid.*, p. 158).

16. For all the reasons expounded above, the Court should have “found it appropriate” to deal with the question of whether the issue and international circulation of a warrant based on universal jurisdiction in the absence of Mr. Yerodia’s presence on Belgian territory was unlawful. This should have been done before making a finding on immunity from jurisdiction, and the Court should indeed have “examined in some detail various problems raised” by the request as formulated by the Congo in its final submissions.

17. In agreeing to pronounce upon the question of immunity without addressing the question of a jurisdiction from which there could be immunity, the Court has allowed itself to be manoeuvred into answering a hypothetical question. During the course of the oral pleadings Belgium drew attention to the fact that Mr. Yerodia had ceased to hold any ministerial office in the Government of the Democratic Republic of the Congo. In Belgium’s view, this meant that the Court should declare the request to pronounce upon immunity to be inadmissible. In Belgium’s view the case had become one “about legal principle and the speculative consequences for the immunities of Foreign Ministers from the possible action of a Belgian judge” (CR 2001/8, p. 26, para. 43). The dispute was “a difference of opinion of an abstract nature” (CR 2001/8, p. 36, para. 71). The Court should not “enter into a debate which it may well come to see as essentially an academic exercise” (CR 2001/9, p. 7, para. 4 [*translation by the Registry*]).

18. In its Judgment the Court rightly rejects those contentions (see Judgment, paras. 30-32). But nothing is more academic, or abstract, or speculative, than pronouncing on an immunity from a jurisdiction that may, or may not, exist. It is regrettable that the Court has not followed the logic of its own findings in the *Certain Expenses* case, and in this Judgment addressed in the necessary depth the question of whether the Belgian authorities could legitimately have invoked universal jurisdiction in issuing and circulating the arrest warrant for the charges contained therein, and for a person outside the territorial jurisdiction at the moment of the issue of the warrant. Only if the answer to these is in the affirmative does the question arise: “Nevertheless, was Mr. Yerodia immune from such exercise of jurisdiction, and by reference to what moment of time is that question to be answered?”

* * *

19. We therefore turn to the question whether States are entitled to exercise jurisdiction over persons having no connection with the forum State when the accused is not present in the State’s territory. The necessary point of departure must be the sources of international law identified in Article 38, paragraph 1 (*c*), of the Statute of the Court, together with obligations imposed upon all United Nations Members by Security Council resolutions, or by such General Assembly resolutions as meet the

16. Pour toutes les raisons exposées ci-dessus, la Cour aurait dû «croire opportun» de se demander si l'émission et la diffusion internationale d'un mandat reposant sur la compétence universelle alors que M. Yerodia n'était pas présent sur le territoire belge étaient illicites. Elle aurait dû le faire avant de tirer une conclusion sur l'immunité de juridiction, et elle aurait, de fait, dû «examiner en détail les différents problèmes soulevés» par la demande qui était formulée par le Congo dans ses conclusions finales.

17. En acceptant de se prononcer sur la question de l'immunité sans aborder la question d'une juridiction de laquelle il pouvait y avoir immunité, la Cour s'est laissé manœuvrer et amener à répondre à une question théorique. Dans ses plaidoiries, la Belgique a appelé l'attention sur le fait que M. Yerodia n'occupait plus aucun poste ministériel dans le Gouvernement de la République démocratique du Congo. Pour la Belgique, cela signifiait que la Cour devait déclarer irrecevable la demande tendant à ce qu'elle se prononce sur l'immunité. Selon elle, l'affaire était devenue une affaire concernant «un principe de droit et une affaire relative aux conséquences que l'action éventuelle d'un juge belge pourrait théoriquement avoir pour l'immunité des ministres des affaires étrangères» (CR 2001/8, p. 26, par. 43). Le différend était «une divergence [d'opinions] d'ordre théorique» (CR 2001/8, p. 36, par. 71). La Cour ne devait pas «entrer dans un débat qui risque fort de lui apparaître comme essentiellement académique» (CR 2001/9, p. 7, par. 4).

18. Dans son arrêt, la Cour rejette à juste titre ces arguments (voir arrêt, par. 30-32). Mais rien n'est plus académique, abstrait, ou théorique, que de se prononcer sur l'immunité d'une juridiction qui peut-être existe ou peut-être n'existe pas. Il est regrettable que la Cour n'ait pas suivi la logique de ses propres conclusions dans l'affaire relative à *Certaines dépenses des Nations Unies*, et abordé dans le présent arrêt, de manière suffisamment approfondie, la question de savoir si les autorités belges pouvaient légitimement invoquer la compétence universelle pour émettre et diffuser le mandat d'arrêt pour les accusations formulées dans celui-ci, et à l'encontre d'une personne se trouvant hors de leur juridiction territoriale au moment où le mandat a été émis. Ce n'est que si la réponse à ces questions est affirmative que se pose la question suivante : «Néanmoins, M. Yerodia était-il exempt de l'exercice de cette compétence, et en se plaçant à quel moment faut-il répondre à cette question ?»

* * *

19. Nous examinerons donc la question de savoir si les Etats sont habilités à exercer leur compétence à l'égard de personnes n'ayant aucun lien avec l'Etat du for lorsque l'accusé n'est pas présent sur le territoire de cet Etat. Le point de départ nécessaire doit être les sources du droit international recensées à l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut de la Cour, ainsi que les obligations mises à la charge de tous les membres de l'Organisation des Nations Unies par les résolutions du Conseil de sécurité, et

criteria enunciated by the Court in the case concerning *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, *Advisory Opinion* (I.C.J. Reports 1996, p. 226, para. 70).

20. Our analysis may begin with national legislation, to see if it evidences a State practice. Save for the Belgian legislation of 10 February 1999, national legislation, whether in fulfilment of international treaty obligations to make certain international crimes offences also in national law, or otherwise, does not suggest a universal jurisdiction over these offences. Various examples typify the more qualified practice. The Australian War Crimes Act of 1945, as amended in 1988, provides for the prosecution in Australia of crimes committed between 1 September 1939 and 8 May 1945 by persons who were Australian citizens or residents at the times of being charged with the offences (Arts. 9 and 11). The United Kingdom War Crimes Act of 1991 enables proceedings to be brought for murder, manslaughter or culpable homicide, committed between 1 September 1935 and 5 June 1945, in a place that was part of Germany or under German occupation, and in circumstances where the accused was at the time, or has become, a British citizen or resident of the United Kingdom. The statutory jurisdiction provided for by France, Germany and (in even broader terms) the Netherlands, refer for their jurisdictional basis to the jurisdictional provisions in those international treaties to which the legislation was intended to give effect. It should be noted, however, that the German Government on 16 January 2002 has submitted a legislative proposal to the German Parliament, section 1 of which provides:

“This Code governs all the punishable acts listed herein violating public international law, [and] in the case of felonies listed herein [this Code governs] even if the act was committed abroad and does not show any link to [Germany].”

The Criminal Code of Canada 1985 allows the execution of jurisdiction when at the time of the act or omission the accused was a Canadian citizen or “employed by Canada in a civilian or military capacity”; or the “victim is a Canadian citizen or a citizen of a State that is allied with Canada in an armed conflict”, or when “at the time of the act or omission Canada could, in conformity with international law, exercise jurisdiction over the person on the basis of the person’s presence in Canada” (Art. 7).

21. All of these illustrate the trend to provide for the trial and punishment under international law of certain crimes that have been committed extraterritorially. But none of them, nor the many others that have been studied by the Court, represent a classical assertion of a universal jurisdiction over particular offences committed elsewhere by persons having no relationship or connection with the forum State.

22. The case law under these provisions has largely been cautious so

par les résolutions de l'Assemblée générale qui répondent aux critères énoncés par la Cour dans l'affaire concernant la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif* (C.I.J. Recueil 1996, p. 226, par. 70).

20. Notre analyse peut commencer par la législation nationale, pour déterminer si elle atteste l'existence d'une pratique des Etats. A l'exception de la législation belge du 10 février 1999, la législation nationale, qu'elle découle d'obligations conventionnelles internationales obligeant à ériger certains crimes internationaux en infractions également en droit interne, n'indique pas l'existence d'une compétence universelle en ce qui concerne ces infractions. Divers exemples révèlent une pratique plus limitée. La loi australienne sur les crimes de guerre de 1945, telle qu'amendée en 1988, prévoit la répression en Australie de crimes commis entre le 1^{er} septembre 1939 et le 8 mai 1945 par des personnes qui étaient des nationaux ou des résidents de l'Australie au moment où ils ont été accusés des infractions (art. 9 et 11). La loi du Royaume-Uni sur les crimes de guerre de 1991 autorise l'engagement de poursuites pour meurtre, homicide ou homicide par négligence commis entre le 1^{er} septembre 1935 et le 5 juin 1945 en un lieu qui faisait partie de l'Allemagne ou était sous occupation allemande, et lorsque l'accusé était à l'époque, ou est devenu, un ressortissant ou un résident du Royaume-Uni. En France, en Allemagne et (en termes même plus larges) aux Pays-Bas, la législation renvoie pour fonder la compétence aux dispositions juridictionnelles figurant dans les traités internationaux auxquels elle vise à donner effet. Il convient de noter toutefois que le 16 janvier 2002 le Gouvernement allemand a présenté au Parlement allemand un projet de loi dont l'article premier dispose :

«Le présent Code vise tous les actes punissables qui y sont énumérés qui violent le droit international public, [et] dans le cas des crimes qui sont visés, [le présent Code s'applique] même si l'acte a été commis à l'étranger et n'a aucun lien avec [l'Allemagne].»

Le code criminel du Canada (1985) autorise l'exercice de la compétence lorsque, au moment de l'acte ou de l'omission, l'accusé était un citoyen canadien ou était «employé par le Canada à titre civil ou militaire», ou si la «victime est un citoyen canadien ou un citoyen d'un Etat qui est allié au Canada dans un conflit armé», ou si «au moment de l'acte ou de l'omission le Canada pouvait, conformément au droit international, exercer sa compétence à l'égard de la personne en raison de la présence de celle-ci au Canada» (art. 7).

21. Tout ce qui précède illustre la tendance en droit international à juger et punir certains crimes qui ont été commis extraterritorialement. Mais aucune de ces lois, ni aucune des nombreuses autres qu'a étudiées la Cour, ne représente une affirmation classique de la compétence universelle en ce qui concerne certains crimes commis ailleurs par des personnes n'ayant aucune relation ni aucun lien avec l'Etat du for.

22. La jurisprudence relative à ces dispositions a été en grande partie

far as reliance on universal jurisdiction is concerned. In the *Pinochet* case in the English courts, the jurisdictional basis was clearly treaty based, with the double criminality rule required for extradition being met by English legislation in September 1988, after which date torture committed abroad was a crime in the United Kingdom as it already was in Spain. In Australia the Federal Court referred to a group of crimes over which international law granted universal jurisdiction, even though national enabling legislation would also be needed (*Nulyarimma*, 1999: genocide). The High Court confirmed the authority of the legislature to confer jurisdiction on the courts to exercise a universal jurisdiction over war crimes (*Polyukhovich*, 1991). In Austria (whose Penal Code emphasizes the double-criminality requirement), the Supreme Court found that it had jurisdiction over persons charged with genocide, given that there was not a functioning legal system in the State where the crimes had been committed nor a functioning international criminal tribunal at that point in time (*Cvijetkovic*, 1994). In France it has been held by a juge d'instruction that the Genocide Convention does not provide for universal jurisdiction (*in re Javor*, reversed in the Cour d'Appel on other grounds. The Cour de Cassation ruling equally does not suggest universal jurisdiction). The *Munyeshyaka* finding by the Cour d'Appel (1998) relies for a finding — at first sight inconsistent — upon cross-reference into the Statute of the International Tribunal for Rwanda as the jurisdictional basis. In the *Qaddafi* case the Cour d'Appel relied on passive personality and not on universal jurisdiction (in the Cour de Cassation it was immunity that assumed central importance).

23. In the *Bouterse* case the Amsterdam Court of Appeal concluded that torture was a crime against humanity, and as such an “extraterritorial jurisdiction” could be exercised over a non-national. However, in the Hoge Raad, the Dutch Supreme Court attached conditions to this exercise of extraterritorial jurisdiction (nationality, or presence within the Netherlands at the moment of arrest) on the basis of national legislation.

24. By contrast, a universal jurisdiction has been asserted by the Bavarian Higher Regional Court in respect of a prosecution for genocide (the accused in this case being arrested in Germany). And the case law of the United States has been somewhat more ready to invoke “universal jurisdiction”, though considerations of passive personality have also been of key importance (*Yunis*, 1988; *Bin Laden*, 2000).

25. An even more ambiguous answer is to be derived from a study of the provisions of certain important treaties of the last 30 years, and the obligations imposed by the parties themselves.

26. In some of the literature on the subject it is asserted that the great international treaties on crimes and offences evidence universality as a ground for the exercise of jurisdiction recognized in international law. (See the interesting recent article of Luis Benavides, “The Universal Juris-

prudente s'agissant de faire fond sur la compétence universelle. Dans l'affaire *Pinochet* dont ont connu les tribunaux anglais, il est clair que la compétence avait un fondement conventionnel, la condition de double incrimination exigée pour l'extradition étant remplie par la législation anglaise en septembre 1988, date après laquelle les actes de torture commis à l'étranger constituaient un crime au Royaume-Uni comme déjà en Espagne. En Australie, la Cour fédérale a mentionné un groupe d'infractions pour lesquelles le droit international accordait compétence universelle, même si une législation nationale d'application était aussi nécessaire (*Nulyarimma*, 1999 : génocide). La Haute Cour a confirmé que le législateur avait le pouvoir d'autoriser les tribunaux à exercer une compétence universelle pour les crimes de guerre (*Polyukhovich*, 1991). En Autriche (dont le code pénal insiste sur la condition de double incrimination), la Cour suprême a jugé qu'elle était compétente pour juger des personnes accusées de génocide, au motif qu'il n'y avait pas de système judiciaire opérationnel dans l'Etat où les crimes avaient été commis ni de tribunal pénal international opérationnel à ce moment (*Cvijetkovic*, 1994). En France, un juge d'instruction a estimé que la convention sur le génocide ne prévoyait pas la compétence universelle (*in re Javor*, décision infirmée pour d'autres motifs devant la cour d'appel. La décision de la Cour de cassation n'implique pas non plus la compétence universelle.) Dans l'affaire *Munyeshyaka* (1998), la cour d'appel s'appuie pour parvenir à une conclusion — à première vue incohérente — sur un renvoi au statut du Tribunal international pour le Rwanda pour fonder sa compétence. Dans l'affaire *Khadafi*, la cour d'appel a fait fond sur la personnalité passive et non sur la compétence universelle (devant la Cour de cassation, c'est l'immunité qui avait revêtu une importance centrale).

23. Dans l'affaire *Bouterse*, la cour d'appel d'Amsterdam a conclu que la torture était un crime contre l'humanité et que de ce fait une «compétence extraterritoriale» pouvait être exercée à l'égard d'un non-national. Toutefois, le Hoge Raad, la Cour suprême néerlandaise, a subordonné cet exercice de la compétence extraterritoriale à ces conditions (nationalité, ou présence aux Pays-Bas au moment de l'arrestation) sur la base de la législation nationale.

24. Par contraste, la Haute Cour régionale bavaroise a retenu une compétence universelle dans le cas de poursuites pour génocide (l'accusé avait en l'espèce été arrêté en Allemagne). La jurisprudence des Etats-Unis a été quelque peu plus encline à invoquer la «compétence universelle», bien que des considérations touchant la personnalité passive aient aussi joué un rôle clef (*Yunis*, 1988; *Bin Laden*, 2000).

25. Une réponse encore plus ambiguë résulte d'une étude des dispositions de certains traités importants des trente dernières années, et des obligations imposées par les parties elles-mêmes.

26. Certains auteurs ayant traité le sujet affirment que les grands traités internationaux sur les crimes et autres infractions attestent que l'universalité est un fondement de l'exercice de la compétence reconnu en droit international (voir l'intéressant article publié récemment par

diction Principle: Nature and Scope”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. 1, p. 58 (2001).) This is doubtful.

27. Article VI of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 9 December 1948, provides:

“Persons charged with genocide or any of the other acts enumerated in Article III shall be tried by a competent tribunal of the State in the territory of which the act was committed, or by such international penal tribunal as may have jurisdiction with respect to those Contracting Parties which shall have accepted its jurisdiction.”

This is an obligation to assert territorial jurisdiction, though the *travaux préparatoires* do reveal an understanding that this obligation was not intended to affect the right of a State to exercise criminal jurisdiction on its own nationals for acts committed outside the State (A/C.6/SR.134, p. 5). Article VI also provides a potential grant of non-territorial competence to a possible future international tribunal — even this not being automatic under the Genocide Convention but being restricted to those Contracting Parties which would accept its jurisdiction. In recent years it has been suggested in the literature that Article VI does not prevent a State from exercising universal jurisdiction in a genocide case. (And see, more generally, *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (1987), §404.)

28. Article 49 of the First Geneva Convention, Article 50 of the Second Geneva Convention, Article 129 of the Third Geneva Convention and Article 146 of the Fourth Geneva Convention, all of 12 August 1949, provide:

“Each High Contracting Party shall be under the obligation to search for persons alleged to have committed, or to have ordered to be committed, . . . grave breaches, and shall bring such persons, regardless of their nationality, before its own courts. It may also, if it prefers, and in accordance with the provisions of its own legislation, hand such persons over for trial to another High Contracting Party concerned, provided such High Contracting Party has made out a *prima facie* case.”

29. Article 85, paragraph 1, of the First Additional Protocol to the 1949 Geneva Convention incorporates this provision by reference.

30. The stated purpose of the provision was that the offences would not be left unpunished (the extradition provisions playing their role in this objective). It may immediately be noted that this is an early form of the *aut dedere aut prosecute* to be seen in later conventions. But the obligation to prosecute is primary, making it even stronger.

31. No territorial or nationality linkage is envisaged, suggesting a true

Luis Benavides, «The Universal Jurisdiction Principle: Nature and Scope», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 1, p. 58 (2001)). Cela est douteux.

27. L'article VI de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (9 décembre 1948) dispose :

«Les personnes accusées de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III seront traduites devant les tribunaux compétents de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis, ou devant la cour criminelle internationale qui sera compétente à l'égard de celles des parties contractantes qui en auront reconnu la juridiction.»

Il s'agit là d'une obligation d'exercer la compétence territoriale, bien que les travaux préparatoires révèlent effectivement qu'il était entendu que cette obligation n'était pas censée affecter le droit d'un Etat d'exercer sa compétence pénale vis-à-vis de ses propres nationaux pour des actes commis à l'étranger (A/C.6/SR.134, p. 5). L'article VI prévoit aussi la possibilité qu'une compétence non territoriale soit attribuée à un futur tribunal international — même si aux termes de la convention sur le génocide cela n'est pas automatique mais limité aux parties contractantes qui en reconnaîtraient la compétence. Ces dernières années, des auteurs ont déclaré que l'article VI n'empêchait pas un Etat d'exercer la compétence universelle dans une affaire de génocide. (Et voir, plus généralement, *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (1987), par. 404.)

28. L'article 49 de la première convention de Genève, l'article 50 de la deuxième convention de Genève, l'article 129 de la troisième convention de Genève et l'article 146 de la quatrième convention de Genève, toutes quatre en date du 12 août 1949, disposent :

«Chaque partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, ... ces infractions graves, et elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité. Elle pourra aussi, si elle le préfère, et selon les conditions prévues par sa propre législation, les remettre pour jugement à une autre partie contractante intéressée à la poursuite, pour autant que cette partie contractante ait retenu contre lesdites personnes des charges suffisantes.»

29. L'article 85, paragraphe 1, du premier protocole additionnel aux conventions de Genève de 1949 reprend cette disposition par renvoi.

30. L'objectif déclaré de cette disposition est que les infractions ne demeurent pas impunies (les dispositions relatives à l'extradition jouant leur rôle dans la réalisation de cet objectif). On peut noter immédiatement qu'il s'agit d'une des premières formes de la règle *aut dedere aut prosequi* que l'on retrouve dans des conventions postérieures. Mais l'obligation de poursuivre est la première, ce qui la rend encore plus forte.

31. Aucun lien territorial ou de nationalité n'est envisagé, ce qui sug-

universality principle (see also 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, pp. 354-356). But a different interpretation is given in the authoritative Pictet Commentary: *Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, 1952, which contends that this obligation was understood as being an obligation upon States parties to search for offenders who may be on their territory. Is it a true example of universality, if the obligation to search is restricted to the own territory? Does the obligation to search imply a permission to prosecute *in absentia*, if the search had no result?

32. As no case has touched upon this point, the jurisdictional matter remains to be judicially tested. In fact, there has been a remarkably modest corpus of national case law emanating from the jurisdictional possibilities provided in the Geneva Conventions or in Additional Protocol I.

33. The Single Convention on Narcotics and Drugs, 1961, provides in Article 36, paragraph 2, that:

“(a) (iv) Serious offences heretofore referred to committed either by nationals or by foreigners shall be prosecuted by the Party in whose territory the offence was committed, or by the Party in whose territory the offender is found if extradition is not acceptable in conformity with the law of the Party to which application is made, and if such offender has not already been prosecuted and judgment given.”

34. Diverse views were expressed as to whether the State where the offence was committed should have first right to prosecute the offender (E/CN.7/AC.3/9, 11 September 1958, p. 17, fn. 43; cf. E/CN.7/AC.3/9 and Add.1, E/CONF.34/1/Add.1, 6 January 1961, p. 32). Nevertheless, the principle of “primary universal repression” found its way into the text, notwithstanding the strong objections of States such as the United States, New Zealand and India that their national laws only envisaged the prosecution of persons for offences occurring within their national borders. (The development of the concept of “impact jurisdiction” or “effects jurisdiction” has in more recent years allowed continued reliance on territoriality while stretching far the jurisdictional arm.) The compromise reached was to make the provisions of Article 36, paragraph 2 (iv), “subject to the constitutional limitations of a Party, its legal system and domestic law”. But the possibility of a universal jurisdiction was not denounced as contrary to international law.

35. The Hague Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, 16 December 1970, making preambular reference to the “urgent need” to make such acts “punishable as an offence and to provide for appropriate measures with respect to prosecution and extradition of

gère l'existence d'un véritable principe d'universalité (voir également 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, p. 354-356). Mais le commentaire Pictet, qui fait autorité, donne une interprétation différente: *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, 1952, qui affirme que cette obligation était comprise comme une obligation à la charge des Etats parties de rechercher les auteurs d'infractions pouvant se trouver sur leur territoire. Est-ce un véritable exemple d'universalité, si l'obligation de recherche se limite au propre territoire de l'Etat ? Cette obligation de recherche implique-t-elle une autorisation de poursuivre par défaut, si les recherches sont infructueuses ?

32. Comme ce point n'a été abordé dans aucune affaire, la question de la compétence n'a pas été tranchée judiciairement. En fait, la jurisprudence des tribunaux internes découlant des possibilités juridictionnelles offertes par les conventions de Genève ou le protocole additionnel I est remarquablement modeste.

33. La convention unique sur les stupéfiants de 1961 dispose, au paragraphe 2 de son article 36 :

«a) iv) Les infractions graves précitées, qu'elles soient commises par des nationaux ou des étrangers, seront poursuivies par la partie sur le territoire de laquelle l'infraction a été commise, ou par la partie sur le territoire de laquelle le délinquant se trouvera si son extradition n'est pas acceptable conformément à la législation de la partie à laquelle la demande est adressée, et si ledit délinquant n'a pas été déjà poursuivi et jugé.»

34. Des opinions diverses ont été exprimées sur le point de savoir si l'Etat où l'infraction a été commise devait avoir le premier le droit de poursuivre le délinquant (E/CN.7/AC.3/9, 11 septembre 1958, p. 17, note 43; cf. E/CN.7/AC.3/9 et Add.1, E/CONF.34/1/Add.1, 6 janvier 1961, p. 32). Néanmoins, le principe de la «répression universelle primaire» a été consacré dans le texte, nonobstant les objections vigoureuses d'Etats comme les Etats-Unis, la Nouvelle-Zélande et l'Inde dont les lois nationales ne prévoyaient des poursuites que pour les infractions commises à l'intérieur de leurs frontières nationales. (Le développement de la notion de «compétence d'impact» ou «compétence d'effets» a plus récemment permis de continuer de faire fond sur la territorialité tout en étendant considérablement la compétence.) Le compromis réalisé consistait à entendre les dispositions de l'alinéa iv) du paragraphe 2 de l'article 36 «sous réserve des limitations constitutionnelles d'une partie, de son système juridique et de son droit interne». Mais la possibilité d'une compétence universelle n'a pas été dénoncée comme contraire au droit international.

35. La convention de La Haye pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, en date du 7 décembre 1970, dispose dans son préambule qu'il est «urgent de réprimer ces actes en tant qu'infractions et de prévoir des mesures appropriées en vue d'en poursuivre et d'en extraditer les auteurs»,

offenders”, provided in Article 4 (1) for an obligation to take such measures as may be necessary to establish jurisdiction over these offences and other acts of violence against passengers or crew:

- “(a) when the offence is committed on board an aircraft registered in that State;
- (b) when the aircraft on board which the offence is committed lands in its territory with the alleged offender still on board;
- (c) when the offence is committed on board an aircraft leased without crew to a lessee who has his principal place of business or, if the lessee has no such place of business, his permanent residence, in that State”.

Article 4 (2) provided for a comparable obligation to establish jurisdiction where the alleged offender was present in the territory and if he was not extradited pursuant to Article 8 by the territory. Thus here too was a treaty provision for *aut dedere aut prosecute*, of which the limb was in turn based on the principle of “primary universal repression”. The jurisdictional bases provided for in Article 4 (1) (b) and 4 (2), requiring no territorial connection beyond the landing of the aircraft or the presence of the accused, were adopted only after prolonged discussion. The *travaux préparatoires* show States for whom mere presence was an insufficient ground for jurisdiction beginning reluctantly to support this particular type of formula *because of the gravity of the offence*. Thus the representative of the United Kingdom stated that his country “would see great difficulty in assuming jurisdiction merely on the ground that an aircraft carrying a hijacker had landed in United Kingdom territory”. Further,

“normally his country did not accept the principle that the mere presence of an alleged offender within the jurisdiction of a State entitled that State to try him. In view, however, of the gravity of the offence . . . he was prepared to support . . . [the proposal on mandatory jurisdiction on the part of the State where a hijacker is found].” (Hague Conference, p. 75, para. 18.)

36. It is also to be noted that Article 4, paragraphs 1 and 2, provides for the mandatory exercise of jurisdiction in the absence of extradition; but does not preclude criminal jurisdiction exercised on alternative grounds of jurisdiction in accordance with national law (though those possibilities are not made compulsory under the Convention).

37. Comparable jurisdictional provisions are to be found in Articles 5 and 8 of the International Convention against the Taking of Hostages of 17 December 1979. The obligation enunciated in Article 8 whereby a State party shall “without exception whatsoever and whether or not the offence was committed in its territory” submit the case for prosecution if

et prévoit au paragraphe 1 de son article 4 l'obligation pour les Etats contractants de prendre les mesures nécessaires pour établir leur compétence aux fins de connaître de ces infractions ainsi que de tout autre acte de violence dirigé contre les passagers ou l'équipage :

- «a) si [l'infraction] est commise à bord d'un aéronef immatriculé dans cet Etat;
- b) si l'aéronef à bord duquel l'infraction est commise atterrit sur son territoire avec l'auteur présumé de l'infraction se trouvant encore à bord;
- c) si l'infraction est commise à bord d'un aéronef donné en location sans équipage à une personne qui a le siège principal de son exploitation ou, à défaut, sa résidence permanente dans ledit Etat».

Le paragraphe 2 de l'article 4 prévoit une obligation comparable pour chaque Etat contractant d'établir sa compétence dans le cas où l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur son territoire et où ledit Etat ne l'extrade pas conformément à l'article 8. Ainsi, nous avons ici aussi une formulation conventionnelle de la règle *aut dedere aut prosequi*, dont le contenu reposait sur le principe de la «répression universelle». Les chefs de compétence prévus aux articles 4 1) b) et 4 2), ne nécessitant aucun lien territorial si ce n'est l'atterrissage de l'aéronef ou la présence de l'accusé, n'ont été adoptés qu'après de longs débats. Les travaux préparatoires montrent que des Etats pour lesquels la simple présence était un chef de compétence insuffisant ont commencé à appuyer avec réticence ce type particulier de formule *en raison de la gravité de l'infraction*. Ainsi, le représentant du Royaume-Uni a déclaré que son pays «aurait beaucoup de difficulté à établir sa compétence au seul motif qu'un aéronef transportant l'auteur d'un détournement avait atterri sur le territoire du Royaume-Uni». De plus,

«en règle générale, son pays n'accepte pas le principe selon lequel la simple présence de l'auteur présumé d'une infraction sur le territoire d'un Etat autorise celui-ci à le juger. Toutefois, devant la gravité de l'infraction ... il [était] disposé à appuyer ... [la proposition sur la compétence obligatoire de l'Etat où l'auteur d'un détournement se trouve].» (Conférence de La Haye, p. 75, par. 18.)

36. Il convient aussi de noter que l'article 4, paragraphes 1 et 2, prévoit l'exercice obligatoire de la compétence en l'absence d'extradition mais n'exclut pas l'exercice de la compétence pénale en vertu d'autres chefs de compétence conformément à la législation nationale (bien que l'exercice de cette faculté ne soit pas obligatoire aux termes de la convention).

37. On trouve des dispositions juridictionnelles comparables aux articles 5 et 8 de la convention internationale contre la prise d'otages du 17 décembre 1979. L'obligation énoncée à l'article 8, aux termes duquel tout Etat partie soumet une affaire, «sans aucune exception, et que l'infraction ait été ou non commise sur son territoire» à ses autorités

it does not extradite the alleged offender, was again regarded as necessary by the majority, given the nature of the crimes (Summary Record, *Ad Hoc* Committee on the Drafting of an International Convention against the Taking of Hostages (A/AC.188/SR.5, 7, 8, 11, 14, 15, 16, 17, 23, 24 and 35)). The United Kingdom cautioned against moving to universal criminal jurisdiction (*ibid.*, A/AC.188/SR.24, para. 27) while others (Poland, A/AC.188/SR.23, para. 18; Mexico, A/AC.188/SR.16, para. 11) felt the introduction of the principle of universal jurisdiction to be essential. The USSR observed that no State could exercise jurisdiction over crimes committed in another State by nationals of that State without contravening Article 2, paragraph 7, of the Charter. The Convention provisions were in its view to apply only to hostage taking that was a manifestation of international terrorism — another example of initial and understandable positions on jurisdiction being modified in the face of the exceptional gravity of the offence.

38. The Convention against Torture, of 10 December 1984, establishes in Article 5 an obligation to establish jurisdiction

- “(a) When the offences are committed in any territory under its jurisdiction or on board a ship or aircraft registered in that State;
- (b) When the alleged offender is a national of that State;
- (c) When the victim is a national of that State if that State considers it appropriate.”

If the person alleged to have committed the offence is found in the territory of a State party and is not extradited, submission of the case to the prosecuting authorities shall follow (Art. 7). Other grounds of criminal jurisdiction exercised in accordance with the relevant national law are not excluded (Art. 5, para. 3), making clear that Article 5, paragraphs 1 and 2, must not be interpreted *a contrario*. (See J. H. Burgers and H. Danelius, *The United Nations Convention against Torture*, 1988, p. 133.)

39. The passage of time changes perceptions. The jurisdictional ground that in 1961 had been referred to as the principle of “primary universal repression” came now to be widely referred to by delegates as “universal jurisdiction” — moreover, a universal jurisdiction thought appropriate, since torture, like piracy, could be considered an “offence against the law of nations” (United States: E/CN.4/1367, 1980). Australia, France, the Netherlands and the United Kingdom eventually dropped their objection that “universal jurisdiction” over torture would create problems under their domestic legal systems. (See E/CN.4/1984/72.)

40. This short historical survey may be summarized as follows.

41. The parties to these treaties agreed both to grounds of jurisdiction

compétentes pour l'exercice de l'action pénale s'il n'extrade pas l'auteur présumé de l'infraction, a encore été considérée comme nécessaire par la majorité, étant donné la nature des infractions (compte rendu analytique, comité spécial chargé d'élaborer une convention internationale contre la prise d'otages (A/AC.188/SR.5, 7, 8, 11, 14, 15, 16, 17, 23, 24 et 35)). Le Royaume-Uni a formulé une mise en garde contre l'adoption de la compétence pénale universelle (*ibid.*, A/AC.188/SR.24, par. 27) tandis que d'autres (la Pologne, A/AC.188/SR.23, par. 18; le Mexique, A/AC.188/SR.16, par. 11) estimaient que l'introduction du principe de la compétence universelle était essentielle. L'URSS a fait observer qu'aucun Etat ne pouvait exercer sa compétence en ce qui concerne des crimes commis dans un autre Etat par des nationaux de cet Etat sans contrevenir à l'article 2, paragraphe 7, de la Charte. Les dispositions de la convention devaient pour elle s'appliquer uniquement aux prises d'otages qui étaient une manifestation du terrorisme international — un autre exemple d'une position initiale compréhensible sur la compétence modifiée face à la gravité exceptionnelle de l'infraction.

38. La convention contre la torture du 10 décembre 1984 énonce en son article 5 une obligation d'établir sa compétence

- «a) quand l'infraction a été commise sur tout territoire sous la juridiction dudit Etat ou à bord d'aéronefs ou de navires immatriculés dans cet Etat;
- b) quand l'auteur présumé de l'infraction est un ressortissant dudit Etat;
- c) quand la victime est un ressortissant dudit Etat et que ce dernier le juge approprié».

Si l'auteur allégué de l'infraction est trouvé sur le territoire d'un Etat partie et n'est pas extradé, l'affaire doit être soumise aux autorités chargées des poursuites (art. 7). Les autres chefs de compétence pénale exercés conformément aux lois nationales ne sont pas exclus (art. 5, par. 3), ce qui indique que les paragraphes 1 et 2 de l'article 5 ne doivent pas être interprétés *a contrario*. (Voir J. H. Burgers et H. Danelius, *The United Nations Convention against Torture*, 1988, p. 133.)

39. Le passage du temps modifie les perceptions. Le chef de compétence qui en 1961 était appelé le principe de la «répression universelle» en est venu à être couramment désigné par les représentants des Etats comme la «compétence universelle» — de plus, une compétence universelle considérée comme appropriée, puisque la torture, comme la piraterie, pouvait être considérée comme une «infraction au droit des gens» (Etats-Unis : E/CN.4/1367, 1980). L'Australie, la France, les Pays-Bas et le Royaume-Uni ont finalement abandonné leur objection selon laquelle la «compétence universelle» à l'égard de la torture leur créerait des problèmes compte tenu de leurs systèmes juridiques internes. (Voir E/CN.4/1984/72.)

40. Ce bref tour d'horizon historique peut être résumé comme suit.

41. Les parties à ces traités se sont mises d'accord tant sur les chefs de

and as to the obligation to take the measures necessary to establish such jurisdiction. The specified grounds relied on links of nationality of the offender, or the ship or aircraft concerned, or of the victim. See, for example, Article 4 (1), Hague Convention; Article 3 (1), Tokyo Convention; Article 5, Hostages Convention; Article 5, Torture Convention. These may properly be described as treaty-based broad extraterritorial jurisdiction. But in addition to these were the parallel provisions whereby a State party in whose jurisdiction the alleged perpetrator of such offences is found shall prosecute him or extradite him. By the loose use of language the latter has come to be referred to as “universal jurisdiction”, though this is really an obligatory territorial jurisdiction over persons, albeit in relation to acts committed elsewhere.

* * *

42. Whether this obligation (whether described as the duty to establish universal jurisdiction, or, more accurately, the jurisdiction to establish a territorial jurisdiction over persons for extraterritorial events) is an obligation only of treaty law, *inter partes*, or whether it is now, *at least as regards the offences articulated in the treaties*, an obligation of customary international law was pleaded by the Parties in this case but not addressed in any great detail.

43. Nor was the question of whether any such general obligation applies to crimes against humanity, given that those too are regarded everywhere as comparably heinous crimes. Accordingly, we offer no view on these aspects.

44. However, we note that the inaccurately termed “universal jurisdiction principle” in these treaties is a principle of *obligation*, while the question in this case is whether Belgium had the right to issue and circulate the arrest warrant if it so chose.

If a dispassionate analysis of State practice and Court decisions suggests that no such jurisdiction is presently being exercised, the writings of eminent jurists are much more mixed. The large literature contains vigorous exchanges of views (which have been duly studied by the Court) suggesting profound differences of opinion. But these writings, important and stimulating as they may be, cannot of themselves and without reference to the other sources of international law, evidence the existence of a jurisdictional norm. The assertion that certain treaties and court decisions rely on universal jurisdiction, which in fact they do not, does not evidence an international practice recognized as custom. And the policy arguments advanced in some of the writings can certainly suggest why a practice or a court decision should be regarded as desirable, or indeed

compétence que sur l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour établir cette compétence. Les chefs de compétence indiqués reposaient sur les liens de nationalité de l'auteur de l'infraction, ou du navire ou de l'aéronef concerné, ou de la victime. (Voir, par exemple, l'article 4 1) de la convention de La Haye, l'article 3 1) de la convention de Tokyo, l'article 5 de la convention contre la prise d'otages et l'article 5 de la convention contre la torture.) Ces dispositions peuvent être proprement décrites comme des dispositions conventionnelles établissant une large compétence extraterritoriale. Mais outre ces dispositions, les traités en question en contenaient d'autres, parallèles, selon lesquelles un Etat partie dans la juridiction duquel l'auteur présumé de ces infractions était trouvé devait le poursuivre ou l'extrader. Par abus de langage, ces dernières en sont venues à être désignées comme établissant une «compétence universelle», bien qu'il s'agisse en réalité d'une compétence territoriale obligatoire sur des personnes, bien qu'en relation avec des actes commis ailleurs.

* * *

42. La question de savoir si cette obligation (qu'on la décrive comme l'obligation d'établir la compétence universelle ou, plus exactement, la compétence pour établir une compétence territoriale à l'égard de personnes pour des événements extraterritoriaux) est uniquement une obligation conventionnelle, *inter partes*, ou si elle est maintenant, *au moins en ce qui concerne les infractions définies dans les traités*, une obligation du droit international coutumier a été abordée dans leurs plaidoiries par les parties à la présente affaire mais n'a pas été examinée très en détail.

43. Ne l'a pas été non plus la question de savoir si une telle obligation générale s'appliquait aux crimes contre l'humanité, étant donné que ces crimes également sont considérés partout comme tout aussi odieux. C'est pourquoi nous ne formulons pas d'opinion à cet égard.

44. Toutefois, nous notons que le principe qui figure dans ces traités, qui est inexactement qualifié de «principe de la compétence universelle», est un principe d'*obligation*, alors que la question qui se pose en l'espèce est de savoir si la Belgique avait le droit d'émettre et de diffuser le mandat d'arrêt si elle le décidait.

Si une analyse impartiale de la pratique des Etats et de la jurisprudence de la Cour donne à penser qu'une telle compétence n'est pas actuellement exercée, d'éminents juristes sont beaucoup plus mitigés dans leurs écrits. Les nombreux articles de doctrine contiennent de vigoureux échanges de vues (qui ont été dûment étudiés par la Cour) qui font apparaître de profondes divergences d'opinions. Mais ces écrits, aussi importants et stimulants soient-ils, ne peuvent en eux-mêmes et sans référence à d'autres sources du droit international attester l'existence d'une norme juridique. L'affirmation selon laquelle certains traités et certaines décisions judiciaires reposent sur la compétence universelle, ce qu'en fait ils ne font pas, ne prouve pas l'existence d'une pratique internationale reconnue comme coutume. Les arguments de principe avancés dans cer-

lawful; but contrary arguments are advanced, too, and in any event these also cannot serve to substantiate an international practice where virtually none exists.

45. That there is no established practice in which States exercise universal jurisdiction, properly so called, is undeniable. As we have seen, virtually all national legislation envisages links of some sort to the forum State; and no case law exists in which pure universal jurisdiction has formed the basis of jurisdiction. This does not necessarily indicate, however, that such an exercise would be unlawful. In the first place, national legislation reflects the circumstances in which a State provides in its own law the ability to exercise jurisdiction. But a State is not required to legislate up to the full scope of the jurisdiction allowed by international law. The war crimes legislation of Australia and the United Kingdom afford examples of countries making more confined choices for the exercise of jurisdiction. Further, many countries have no national legislation for the exercise of well recognized forms of extraterritorial jurisdiction, sometimes notwithstanding treaty obligations to enable themselves so to act. National legislation may be illuminating as to the issue of universal jurisdiction, but not conclusive as to its legality. Moreover, while none of the national case law to which we have referred happens to be based on the exercise of a universal jurisdiction properly so called, there is equally nothing in this case law which evidences an *opinio juris* on the illegality of such a jurisdiction. In short, national legislation and case law — that is, State practice — is neutral as to exercise of universal jurisdiction.

46. There are, moreover, certain indications that a universal criminal jurisdiction for certain international crimes is clearly not regarded as unlawful. The duty to prosecute under those treaties which contain the *aut dedere aut prosecute* provisions opens the door to a jurisdiction based on the heinous nature of the crime rather than on links of territoriality or nationality (whether as perpetrator or victim). The 1949 Geneva Conventions lend support to this possibility, and are widely regarded as today reflecting customary international law. (See, for example, Cherif Bassiouni, *International Criminal Law*, Vol. III: *Enforcement*, 2nd ed., 1999, p. 228; Theodor Meron, “International Criminalization of Internal Atrocities”, 89 *AJIL* (1995), p. 576.)

47. The contemporary trends, reflecting international relations as they stand at the beginning of the new century, are striking. The movement is towards bases of jurisdiction other than territoriality. “Effects” or “impact” jurisdiction is embraced both by the United States and, with certain qualifications, by the European Union. Passive personality jurisdiction, for so long regarded as controversial, is now reflected not only in

tains des écrits indiquent assurément pourquoi une pratique ou une décision judiciaire devrait être considérée comme souhaitable ou, de fait, licite; mais des arguments contraires sont également avancés, et de toute manière ceux-ci ne peuvent non plus servir à étayer une pratique internationale quasiment inexistante.

45. Il est indéniable qu'il n'y a pas de pratique établie d'exercice par les Etats de la compétence universelle au sens propre du terme. Comme nous l'avons vu, pratiquement toutes les législations nationales envisagent tel ou tel lien avec l'Etat du for; et il n'y a aucune décision fondant la compétence sur la compétence universelle pure. Cela n'indique pas nécessairement, néanmoins, qu'un tel exercice serait illicite. En premier lieu, la législation nationale traduit les circonstances dans lesquelles un Etat se donne dans son propre droit la capacité d'exercer sa compétence. Mais un Etat n'est pas tenu d'adopter une législation lui conférant toute l'étendue de la compétence autorisée par le droit international. Les législations autrichienne et du Royaume-Uni en matière de crimes de guerre constituent des exemples de pays qui font des choix plus limités pour l'exercice de leur compétence. De plus, de nombreux pays n'ont pas de législation nationale pour l'exercice de formes bien établies de compétence extraterritoriale, parfois bien qu'ils aient l'obligation conventionnelle de se donner les moyens de le faire. La législation nationale peut être éclairante sur la question de la compétence universelle, mais elle n'est pas concluante quant à la licéité de celle-ci. En outre, si aucune des décisions judiciaires nationales que nous avons évoquées ne repose sur l'exercice d'une compétence universelle au sens propre, il n'y a rien non plus dans cette jurisprudence qui atteste l'existence d'une *opinio juris* sur l'illicéité d'une telle compétence. En bref, la législation et la jurisprudence nationales — c'est-à-dire la pratique des Etats — sont neutres quant à l'exercice de la compétence universelle.

46. De plus, certaines indications donnent à penser qu'une compétence pénale universelle à l'égard de certains crimes internationaux n'est manifestement pas considérée comme illicite. L'obligation de poursuivre en vertu des traités qui contiennent des dispositions *aut dedere aut prosequi* ouvre la porte à une compétence fondée sur la nature odieuse du crime plutôt que sur les liens de territorialité ou de nationalité (que ce soit celle de l'auteur ou de la victime). Les conventions de Genève de 1949 confirment cette possibilité, et sont largement considérées aujourd'hui comme reflétant le droit international coutumier (voir, par exemple, Cherif Bassiouni, *International Criminal Law*, vol. III: *Enforcement*, 2^e éd., 1999, p. 228; Theodor Meron, «International Criminalization of Internal Atrocities», *AJIL*, 1995, vol. 89, p. 576).

47. Les tendances contemporaines, qui reflètent les relations internationales à l'aube du nouveau siècle, sont frappantes. On tend à retenir des chefs de compétence autres que la territorialité. La compétence reposant sur les «effets» ou l'«impact» a été adoptée aussi bien par les Etats-Unis que, sous certaines conditions, par l'Union européenne. La compétence reposant sur la personnalité passive, considérée pendant si longtemps

the legislation of various countries (the United States, Ch. 113A, 1986 Omnibus Diplomatic and Antiterrorism Act; France, Art. 689, Code of Criminal Procedure, 1975), and today meets with relatively little opposition, at least so far as a particular category of offences is concerned.

48. In civil matters we already see the beginnings of a very broad form of extraterritorial jurisdiction. Under the Alien Tort Claims Act, the United States, basing itself on a law of 1789, has asserted a jurisdiction both over human rights violations and over major violations of international law, perpetrated by non-nationals overseas. Such jurisdiction, with the possibility of ordering payment of damages, has been exercised with respect to torture committed in a variety of countries (Paraguay, Chile, Argentina, Guatemala), and with respect to other major human rights violations in yet other countries. While this unilateral exercise of the function of guardian of international values has been much commented on, it has not attracted the approbation of States generally.

49. Belgium — and also many writers on this subject — find support for the exercise of a universal criminal jurisdiction *in absentia* in the “*Lotus*” case. Although the case was clearly decided on the basis of jurisdiction over damage to a vessel of the Turkish navy and to Turkish nationals, it is the famous dictum of the Permanent Court which has attracted particular attention. The Court stated that:

“[T]he first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that — failing the existence of a permissive rule to the contrary — it may not exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or convention.

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. Such a view would only be tenable if international law contained a general prohibition to States to extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, and if, as an exception to this general prohibition, it allowed States to do so in certain specific cases. But this is certainly not the case under international law as it stands at present. 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

comme controversée, est maintenant non seulement consacrée dans la législation de divers pays (les Etats-Unis, chap. 113A, 1986 *Omnibus Diplomatic and Antiterrorism Act*; la France, art. 689, Code de procédure pénale, 1975), mais ne rencontre aujourd'hui guère d'opposition, à tout le moins en ce qui concerne une catégorie particulière d'infractions.

48. En matière civile, nous assistons déjà à l'apparition d'une forme très large de compétence extraterritoriale. En vertu de leur loi sur les dommages causés aux étrangers (*Alien Tort Claims Act*), les Etats-Unis, se fondant sur une loi de 1789, ont établi leur compétence en ce qui concerne tant les violations des droits de l'homme que les violations majeures du droit international, commises par des non-nationaux à l'étranger. Cette compétence, avec la faculté d'ordonner le paiement de dommages-intérêts, a été exercée à l'égard d'actes de torture commis dans divers pays (Paraguay, Chili, Argentine, Guatemala) et d'autres violations majeures des droits de l'homme commises dans d'autres pays encore. Si cet exercice unilatéral de la fonction de gardien des valeurs internationales a été très commenté, il n'a pas d'une manière générale suscité l'approbation des Etats.

49. La Belgique — et aussi de nombreux auteurs qui ont écrit sur ce sujet — trouve dans l'affaire du *Lotus* une justification pour l'exercice d'une compétence pénale universelle par défaut. Bien qu'il soit clair que l'affaire a été tranchée sur le fondement de la compétence pour des dommages causés à un navire de la flotte turque et à des nationaux turcs, c'est la célèbre observation incidente de la Cour permanente qui a particulièrement retenu l'attention. La Cour a déclaré :

«Or, la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'Etat est celle d'exclure — sauf l'existence d'une règle permissive contraire — tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat. Dans ce sens, la juridiction est certainement territoriale; elle ne pourrait être exercée hors du territoire, sinon en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention.

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. Pareille thèse ne saurait être soutenue que si le droit international défendait, d'une manière générale, aux Etats d'atteindre par leurs lois et de soumettre à la juridiction de leurs tribunaux des personnes, des biens et des actes hors du territoire, et si, par dérogation à cette règle générale prohibitive, il permettait aux Etats de ce faire dans des cas spécialement déterminés. Or, tel n'est certainement pas l'état actuel du droit international. Loin de défendre d'une manière générale aux Etats d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles

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.” (*P.C.I.J., Series A, No. 10*, pp. 18-19.)

The Permanent Court acknowledged that consideration had to be given as to whether these principles would apply equally in the field of criminal jurisdiction, or whether closer connections might there be required. The Court noted the importance of the territorial character of criminal law but also the fact that all or nearly all systems of law extend their action to offences committed outside the territory of the State which adopts them, and they do so in ways which vary from State to State. After examining the issue the Court finally concluded that for an exercise of extraterritorial criminal jurisdiction (other than within the territory of another State) it was equally necessary to “prove the existence of a principle of international law restricting the discretion of States as regards criminal legislation”.

50. The application of this celebrated dictum would have clear attendant dangers in some fields of international law. (See, on this point, Judge Shahabuddeen’s dissenting opinion in the case concerning *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1996*, pp. 394-396.) Nevertheless, it represents a continuing potential in the context of jurisdiction over international crimes.

51. That being said, the dictum represents the high water mark of laissez-faire in international relations, and an era that has been significantly overtaken by other tendencies. The underlying idea of universal jurisdiction properly so-called (as in the case of piracy, and possibly in the Geneva Conventions of 1949), as well as the *aut dedere aut prosequi* variation, is a common endeavour in the face of atrocities. The series of multilateral treaties with their special jurisdictional provisions reflect a determination by the international community that those engaged in war crimes, hijacking, hostage taking, torture should not go unpunished. Although crimes against humanity are not yet the object of a distinct convention, a comparable international indignation at such acts is not to be doubted. And those States and academic writers who claim the right to act unilaterally to assert a universal criminal jurisdiction over persons committing such acts, invoke the concept of acting as “agents for the international community”. This vertical notion of the authority of action is significantly different from the horizontal system of international law envisaged in the “*Lotus*” case.

At the same time, the international consensus that the perpetrators of international crimes should not go unpunished is being advanced by a flexible strategy, in which newly established international criminal tribunals, treaty obligations and national courts all have their part to play. We reject the suggestion that the battle against impunity is “made over” to international treaties and tribunals, with national courts having no com-

prohibitives; pour les autres cas, chaque Etat reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables.» (*C.P.J.I. série A n° 10*, p. 18-19.)

La Cour permanente a reconnu qu'il fallait examiner si ces principes s'appliqueraient également dans le domaine de la juridiction pénale ou si, dans ce domaine, des liens plus étroits pourraient être requis. La Cour a noté l'importance du caractère territorial du droit pénal mais aussi le fait que tous ou presque tous les systèmes de droit étendaient leur action à des infractions commises hors du territoire de l'Etat qui les adoptait, et qu'ils le faisaient sous des formes variables d'un Etat à l'autre. Après avoir examiné la question, la Cour a finalement conclu que, pour l'exercice d'une compétence pénale extraterritoriale (ailleurs que sur le territoire d'un autre Etat), il était également nécessaire de «prouver l'existence d'un principe de droit international restreignant le pouvoir discrétionnaire des Etats en ce qui concerne la législation pénale».

50. L'application de ce *dictum* célèbre serait manifestement dangereuse dans certains domaines du droit international. (Voir, sur ce point, l'opinion dissidente de M. Shahabuddeen dans l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *avis consultatif*, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 394-396.) Elle reste néanmoins toujours possible dans le contexte de la compétence à l'égard des crimes internationaux.

51. Cela dit, cette observation incidente correspond à l'apogée du laissez-faire dans les relations internationales, et à une époque qui a été sensiblement dépassée par d'autres tendances. L'idée qui sous-tend la compétence universelle proprement dite (comme dans le cas de la piraterie et, peut-être, des conventions de Genève de 1949), ainsi que la variante *aut dedere aut prosequi*, est qu'il faut agir de concert face aux atrocités. La série de traités multilatéraux avec leurs dispositions juridictionnelles spéciales montre que la communauté internationale est résolue à agir pour que ceux qui commettent des crimes de guerre, des détournements d'aéronefs, des prises d'otages ou des actes de torture ne demeurent pas impunis. Bien que les crimes contre l'humanité ne fassent pas encore l'objet d'une convention distincte, on ne peut douter que de tels actes suscitent une indignation internationale comparable. Et les Etats et auteurs qui revendiquent le droit d'agir unilatéralement pour établir une compétence pénale universelle à l'égard des personnes commettant de tels actes invoquent la notion d'action en qualité de «représentants de la communauté internationale». Ce concept vertical du pouvoir d'agir est sensiblement différent du système horizontal de droit international envisagé dans l'affaire du *Lotus*.

Dans le même temps, le consensus international selon lequel les auteurs de crimes internationaux ne doivent pas demeurer impunis est promu par une stratégie souple, dans le cadre de laquelle les tribunaux pénaux internationaux nouvellement créés, les obligations conventionnelles et les juridictions nationales ont tous leur rôle à jouer. Nous repoussons l'idée que la lutte contre l'impunité est «transférée» aux traités et tribunaux inter-

petence in such matters. Great care has been taken when formulating the relevant treaty provisions not to exclude other grounds of jurisdiction that may be exercised on a voluntary basis. (See Article 4 (3), Hague Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, 1970; Article 5 (3), International Convention against Taking of Hostages, 1979; Article 5 (3), Convention against Torture; Article 9, Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia; and Article 19, Rome Statute of the International Criminal Court.)

52. We may thus agree with the authors of *Oppenheim's International Law* (9th ed., p. 998), that:

“While no general rule of positive international law can as yet be asserted which gives to states the right to punish foreign nationals for crimes against humanity in the same way as they are, for instance, entitled to punish acts of piracy, there are clear indications pointing to the gradual evolution of a significant principle of international law to that effect.”

* * *

53. This brings us once more to the particular point that divides the Parties in this case: is it a precondition of the assertion of universal jurisdiction that the accused be within the territory?

54. Considerable confusion surrounds this topic, not helped by the fact that legislators, courts and writers alike frequently fail to specify the precise temporal moment at which any such requirement is said to be in play. Is the presence of the accused within the jurisdiction said to be required at the time the offence was committed? At the time the arrest warrant is issued? Or at the time of the trial itself? An examination of national legislation, cases and writings reveals a wide variety of temporal linkages to the assertion of jurisdiction. This incoherent practice cannot be said to evidence a precondition to any exercise of universal criminal jurisdiction. The fact that in the past the only clear example of an agreed exercise of universal jurisdiction was in respect of piracy, *outside of any territorial jurisdiction*, is not determinative. The only prohibitive rule (repeated by the Permanent Court in the “*Lotus*” case) is that criminal jurisdiction should not be exercised, without permission, within the territory of another State. The Belgian arrest warrant envisaged the arrest of Mr. Yerodia in Belgium, or the possibility of his arrest in third States at the discretion of the States concerned. This would in principle seem to violate no existing prohibiting rule of international law.

55. In criminal law, in particular, it is said that evidence-gathering requires territorial presence. But this point goes to *any* extraterritoriality, including those that are well established and not just to universal jurisdiction.

56. Some jurisdictions provide for trial *in absentia*; others do not. If it

nationaux, les tribunaux nationaux n'ayant pas compétence en la matière. On a pris grand soin, lorsqu'on a formulé les dispositions conventionnelles pertinentes, de ne pas exclure d'autres chefs de compétence, laquelle peut être exercée sur une base volontaire. (Voir l'article 4, par. 3, de la convention de La Haye pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (1970); l'article 5, par. 3, de la convention internationale contre la prise d'otages (1979); l'article 5, par. 3, de la convention contre la torture; l'article 9 du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie; et l'article 19 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale.)

52. Nous pouvons donc déclarer avec les auteurs d'*Oppenheim's International Law* (9^e éd., p. 998) que :

« Si l'on ne peut encore faire valoir aucune règle générale du droit international positif qui donne aux Etats le droit de punir des étrangers pour des crimes contre l'humanité de la même manière qu'ils sont, par exemple, habilités à punir les actes de piraterie, il existe des indications claires qu'un principe important du droit international se fait progressivement jour à cet effet. »

* * *

53. Cela nous ramène au point particulier qui divise les Parties en l'espèce : la présence de l'accusé sur le territoire est-elle une condition préalable à l'exercice de la compétence universelle ?

54. Il existe une confusion considérable à ce sujet, et le fait que les législateurs et les tribunaux, comme les auteurs, omettent fréquemment de dire à quel moment précis une telle condition serait opérante ne contribue pas à la dissiper. L'accusé doit-il être présent dans la juridiction au moment où l'infraction est commise ? Au moment où le mandat d'arrêt est délivré ? Ou au moment du procès lui-même ? Un examen de la législation nationale, de la jurisprudence et de la doctrine fait apparaître une grande variété de liens temporels pour l'exercice de la compétence. On ne peut dire que cette pratique incohérente atteste l'existence d'une condition préalable à tout exercice de la compétence universelle. Le fait que par le passé le seul exemple clair d'un exercice accepté de la compétence universelle soit en matière de piraterie, *en dehors de toute juridiction territoriale*, n'est pas déterminant. La seule prohibition (reprise par la Cour permanente dans l'affaire du *Lotus*) est que la compétence pénale ne doit pas être exercée sans autorisation sur le territoire d'un autre Etat. Le mandat d'arrêt belge envisageait que M. Yerodia serait arrêté en Belgique, ou la possibilité qu'il le soit dans des Etats tiers à la discrétion des Etats concernés. En principe, cela ne semblerait violer aucune prohibition existante du droit international.

55. En droit pénal, en particulier, on dit que la réunion des preuves exige la présence territoriale. Mais cela vaut pour toute extraterritorialité, y compris celles qui sont bien établies et pas seulement la compétence universelle.

56. Certains pays prévoient le jugement par défaut; d'autres non. Si

is said that a person must be within the jurisdiction at the time of the trial itself, that may be a prudent guarantee for the right of fair trial but has little to do with bases of jurisdiction recognized under international law.

57. On what basis is it claimed, alternatively, that an arrest warrant may not be issued for non-nationals in respect of offences occurring outside the jurisdiction? The textual provisions themselves of the 1949 Geneva Convention and the First Additional Protocol give no support to this view. The great treaties on aerial offences, hijacking, narcotics and torture are built around the concept of *aut dedere aut prosequi*. *Definitionally, this envisages presence on the territory.* There cannot be an obligation to extradite someone you choose not to try unless that person is within your reach. National legislation, enacted to give effect to these treaties, quite naturally also may make mention of the necessity of the presence of the accused. These sensible realities are critical for the obligatory exercise of *aut dedere aut prosequi* jurisdiction, but cannot be interpreted *a contrario so as to exclude a voluntary exercise of a universal jurisdiction.*

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

* * *

59. If, as we believe to be the case, a State may choose to exercise a universal criminal jurisdiction *in absentia*, it must also ensure that certain safeguards are in place. They are absolutely essential to prevent abuse and to ensure that the rejection of impunity does not jeopardize stable relations between States.

No exercise of criminal jurisdiction may occur which fails to respect the inviolability or infringes the immunities of the person concerned. We return below to certain aspects of this facet, but will say at this juncture that commencing an investigation on the basis of which an arrest warrant may later be issued does not of itself violate those principles. The function served by the international law of immunities does not require that States fail to keep themselves informed.

A State contemplating bringing criminal charges based on universal jurisdiction must first offer to the national State of the prospective accused person the opportunity itself to act upon the charges concerned. The Court makes reference to these elements in the context of this case at paragraph 16 of its Judgment.

Further, such charges may only be laid by a prosecutor or juge d'instruction who acts in full independence, without links to or control

l'on dit qu'une personne doit se trouver dans la juridiction au moment du procès lui-même, cela peut constituer une garantie prudente du droit à un procès équitable mais n'a guère de rapport avec les chefs de compétence reconnus en droit international.

57. Sur quel fondement avance-t-on, à défaut, qu'un mandat d'arrêt ne peut être émis à l'encontre de non-nationaux s'agissant d'infractions commises hors de la juridiction ? Le texte lui-même des dispositions de la convention de Genève de 1949 et du premier protocole additionnel n'étaye pas ce point de vue. Les grands traités sur les infractions aériennes, le détournement d'aéronefs, les stupéfiants et la torture s'articulent autour du principe *aut dedere aut prosequi*. Par définition, cela implique la présence sur le territoire. Vous ne pouvez être tenu d'extraire quelqu'un que vous choisissez de ne pas juger si vous ne pouvez vous assurer de sa personne. Les lois nationales, adoptées pour donner effet à ces traités, mentionnent aussi, tout naturellement, la nécessité de la présence de l'accusé. Ces réalités raisonnables sont critiques pour l'exercice obligatoire de la compétence *aut dedere aut prosequi*, mais ne peuvent être interprétées *a contrario de manière à exclure* un exercice volontaire d'une compétence universelle.

58. Si l'objectif fondamental de la désignation de certains actes comme crimes internationaux est d'autoriser l'exercice d'une large compétence à l'égard des personnes qui les commettent, il n'y a pas de règle du droit international (et certainement pas le principe *aut dedere*) qui rende illécites les actes publics de coopération visant à obtenir la présence de ces personnes sur le territoire d'un Etat souhaitant exercer sa compétence.

* * *

59. Si, comme nous le pensons, un Etat peut choisir d'exercer une compétence pénale universelle par défaut, il doit aussi veiller à ce que certaines garanties soient en place. Celles-ci sont absolument essentielles pour prévenir les abus et faire en sorte que le rejet de l'impunité ne compromette pas la stabilité des relations entre les Etats.

Aucun exercice de la compétence pénale ne peut intervenir qui ne respecterait pas l'inviolabilité ou porterait atteinte aux immunités de la personne concernée. Nous revenons ci-après sur certains aspects de ce point, mais nous déclarons à ce stade qu'ouvrir une enquête sur la base de laquelle un mandat d'arrêt pourra ultérieurement être délivré ne viole pas en soi ces principes. La fonction que sert le droit international des immunités n'exige pas des Etats qu'ils ne se tiennent pas informés.

Un Etat envisageant l'action pénale sur la base de la compétence universelle doit d'abord donner à l'Etat de nationalité de la personne qui pourra être accusée la possibilité de donner suite aux accusations en cause. La Cour évoque ces éléments dans le cadre de la présente affaire au paragraphe 16 de son arrêt.

En outre, de telles accusations ne peuvent être portées que par un procureur ou un juge d'instruction qui agit en toute indépendance, sans liens

by the government of that State. Moreover, the desired equilibrium between the battle against impunity and the promotion of good inter-State relations will only be maintained if there are some special circumstances that do require the exercise of an international criminal jurisdiction and if this has been brought to the attention of the prosecutor or juge d'instruction. For example, persons related to the victims of the case will have requested the commencement of legal proceedings.

* * *

60. It is equally necessary that universal criminal jurisdiction be exercised only over those crimes regarded as the most heinous by the international community.

61. Piracy is the classical example. This jurisdiction was, of course, exercised on the high seas and not as an enforcement jurisdiction within the territory of a non-agreeing State. But this historical fact does not mean that universal jurisdiction only exists with regard to crimes committed on the high seas or in other places outside national territorial jurisdiction. Of decisive importance is that this jurisdiction was regarded as lawful because the international community regarded piracy as damaging to the interests of all. War crimes and crimes against humanity are no less harmful to the interests of all because they do not usually occur on the high seas. War crimes (already since 1949 perhaps a treaty-based provision for universal jurisdiction) may be added to the list. The specification of their content is largely based upon the 1949 Conventions and those parts of the 1977 Additional Protocols that reflect general international law. Recent years have also seen the phenomenon of an alignment of national jurisdictional legislation on war crimes, specifying those crimes under the statutes of the ICTY, ICTR and the intended ICC.

62. The substantive content of the concept of crimes against humanity, and its status as crimes warranting the exercise of universal jurisdiction, is undergoing change. Article 6 (c) of the Charter of the International Military Tribunal of 8 August 1945 envisaged them as a category linked with those crimes over which the Tribunal had jurisdiction (war crimes, crimes against the peace). In 1950 the International Law Commission defined them as murder, extermination, enslavement, deportation or other inhuman acts perpetrated on the citizen population, or persecutions on political, racial or religious grounds if in exercise of, or connection with, any crime against peace or a war crime (*Yearbook of the International Law Commission*, 1950, Principle VI (c), pp. 374-377). Later definitions of crimes against humanity both widened the subject-matter, to include such offences as torture and rape, and de-coupled the link to other earlier established crimes. Crimes against humanity are now regarded as a distinct category. Thus the 1996 Draft Code of Crimes

avec le gouvernement de cet Etat ni contrôle de ce dernier. De plus, l'équilibre souhaité entre la lutte contre l'impunité et la promotion de bonnes relations interétatiques ne sera maintenu que s'il existe des circonstances spéciales qui exigent effectivement l'exercice d'une compétence pénale internationale et si elles ont été portées à l'attention du procureur ou du juge d'instruction. Par exemple, que des personnes liées aux victimes aient demandé qu'une action en justice soit engagée.

* * *

60. Il est également nécessaire que la compétence pénale universelle ne soit exercée qu'à l'égard des crimes considérés comme les plus odieux par la communauté internationale.

61. La piraterie est l'exemple classique. La compétence était, bien entendu, exercée en haute mer et non en tant que compétence d'exécution sur le territoire d'un Etat qui n'était pas d'accord. Mais ce fait historique ne signifie pas que la compétence universelle n'existe qu'à l'égard des crimes commis en haute mer ou en d'autres lieux ne relevant de la juridiction territoriale d'aucun Etat. Il est d'une importance décisive que cette compétence était considérée comme licite parce que la communauté internationale considérait la piraterie comme préjudiciable aux intérêts de tous. Les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité ne sont pas moins préjudiciables aux intérêts de tous parce qu'ils ne sont pas habituellement commis en haute mer. Les crimes de guerre (depuis 1949 déjà, peut-être une disposition conventionnelle en faveur de la compétence universelle) peuvent être ajoutés à la liste. La définition de leur contenu repose largement sur les conventions de 1949 et les sections des protocoles additionnels de 1977 qui correspondent au droit international général. On a aussi vu ces dernières années un phénomène d'alignement des législations nationales sur la compétence en matière de crimes de guerre, visant les crimes définis dans les statuts du TPIY, du TPIR et de la future CPI.

62. La substance de la notion de crimes contre l'humanité, et le statut de crimes justifiant de l'exercice de la compétence universelle que ceux-ci revêtent, est en train d'évoluer. L'article 6 c) du Statut du Tribunal militaire international du 8 août 1945 les envisageait comme une catégorie liée aux crimes dont le Tribunal était compétent pour connaître (crimes de guerre, crimes contre la paix). En 1950, la Commission du droit international les définissait comme l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou tout autre acte inhumain commis contre toute population civile, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions sont commis à la suite d'un crime contre la paix ou d'un crime de guerre, ou en liaison avec ces crimes (rapport de la CDI, 1950, document A/1316, principe VI c), p. 15). Des définitions ultérieures des crimes contre l'humanité ont à la fois étendu la matière de manière à couvrir des crimes comme la torture et le viol, et supprimé le lien avec d'autres crimes établis antérieu-

against the Peace and Security of Mankind, adopted by the International Law Commission at its 48th session, provides that crimes against humanity

“means any of the following acts, when committed in a systematic manner or on a large scale and instigated or directed by a Government or any organization or group:

- (a) Murder;
- (b) Extermination;
- (c) Torture;
- (d) Enslavement;
- (e) Persecution on political, racial, religious or ethnic grounds;
- (f) Institutionalized discrimination on racial, ethnic or religious grounds involving the violation of fundamental human rights and freedoms and resulting in seriously disadvantaging a part of the population;
- (g) Arbitrary deportation or forcible transfer of population;
- (h) Arbitrary imprisonment;
- (i) Forced disappearance of persons;
- (j) Rape, enforced prostitution and other forms of sexual abuse;
- (k) Other inhumane acts which severely damage physical or mental integrity, health or human dignity, such as mutilation and severe bodily harm”.

63. The Belgian legislation of 1999 asserts a universal jurisdiction over acts broadly defined as “grave breaches of international humanitarian law”, and the list is a compendium of war crimes and the Draft Codes of Offences listing of crimes against humanity, with genocide being added. Genocide is also included as a listed “crime against humanity” in the 1968 Convention on the Non-Applicability of Statutes of Limitation to War Crimes and Crimes against Humanity, as well as being included in the ICTY, ICTR and ICC Statutes.

64. The arrest warrant issued against Mr. Yerodia accuses him both of war crimes and of crimes against humanity. As regards the latter, charges of incitement to racial hatred, which are said to have led to murders and lynchings, were specified. Fitting of this charge within the generally understood substantive context of crimes against humanity is not without its problems. “Racial hatred” would need to be assimilated to “persecution on racial grounds”, or, on the particular facts, to mass murder and extermination. Incitement to perform any of these acts is not in terms listed in the usual definitions of crimes against humanity, nor is it explicitly mentioned in the Statutes of the ICTY or the ICTR, nor in the Rome

rement. Les crimes contre l'humanité sont maintenant considérés comme une catégorie distincte. Ainsi, le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté en 1996 par la Commission du droit international, à sa 48^e session, dispose qu'on entend par crime contre l'humanité

«le fait de commettre, d'une manière systématique ou sur une grande échelle et à l'instigation ou sous la direction d'un gouvernement, d'une organisation ou d'un groupe, l'un des actes ci-après :

- a) le meurtre;
- b) l'extermination;
- c) la torture;
- d) la réduction en esclavage;
- e) les persécutions pour des motifs politiques, raciaux, religieux ou ethniques;
- f) la discrimination institutionnalisée pour des motifs raciaux, ethniques ou religieux comportant la violation des libertés et droits fondamentaux de l'être humain et ayant pour résultat de défavoriser gravement une partie de la population;
- g) la déportation ou le transfert forcé de populations, opérés de manière arbitraire;
- h) l'emprisonnement arbitraire;
- i) la disparition forcée de personnes;
- j) le viol, la contrainte à la prostitution et les autres formes de violence sexuelle;
- k) d'autres actes inhumains qui portent gravement atteinte à l'intégrité physique ou mentale, à la santé ou à la dignité humaine, tels que mutilations et sévices graves».

63. La législation belge de 1999 établit une compétence universelle à l'égard d'actes largement définis comme des «violations graves du droit international humanitaire», et la liste de ces actes comprend les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité visés dans le projet de code des crimes, auxquels le génocide a été ajouté. Le génocide figure également en tant que «crime contre l'humanité» dans la convention de 1968 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, ainsi que dans les statuts du TPIY, du TPIR et de la CPI.

64. Le mandat d'arrêt émis contre M. Yerodia accuse celui-ci aussi bien de crimes de guerre que de crimes contre l'humanité. En ce qui concerne ces derniers, des incitations à la haine raciale, dont il est allégué qu'elles ont entraîné des meurtres et des lynchages, étaient visées. Faire entrer cette accusation dans le cadre substantiel tel qu'il est généralement compris des crimes contre l'humanité n'est pas sans poser problème. Il faudrait assimiler la «haine raciale» à la «persécution pour des motifs raciaux» ou, compte tenu des faits de l'espèce, aux massacres et à l'extermination. L'incitation à la commission de l'un quelconque de ces actes ne figure pas dans les définitions usuelles des crimes contre l'humanité et

Statute for the ICC. However, Article 7 (l) of the ICTY and Article 6 (l) of the ICTR do stipulate that

“any person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided or abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to [in the relevant articles: crimes against humanity being among them] shall be individually responsible for the crime”.

In the *Akayesu* Judgment (96-4-T) a Chamber of the ICTR has held that liability for a crime against humanity includes liability through incitement to commit the crime concerned (paras. 481-482). The matter is dealt with in a comparable way in Article 25 (3) of the Rome Statute.

65. It would seem (without in any way pronouncing upon whether Mr. Yerodia did or did not perform the acts with which he is charged in the warrant) that the acts alleged do fall within the concept of “crimes against humanity” and would be within that small category in respect of which an exercise of universal jurisdiction is not precluded under international law.

* * *

66. A related point can usefully be dealt with at this juncture. Belgium contended that, regardless of how international law stood on the matter of universal jurisdiction, it had in fact exercised no such jurisdiction. Thus, according to Belgium, there was neither a violation of any immunities that Mr. Yerodia might have, nor any infringement of the sovereignty of the Congo. To this end, Belgium, in its Counter-Memorial, observed that immunity from enforcement of the warrant was carefully provided for “representatives of foreign States who visit Belgium on the basis of any official invitation. In such circumstances, the warrant makes clear that the person concerned would be immune from enforcement in Belgium” (Counter-Memorial of Belgium, para. 1.12). Belgium further observed that the arrest warrant

“has no legal effect at all either in or as regards the DRC. Although the warrant was circulated internationally for information by Interpol in June 2000, it was not the subject of a Red Notice. Even had it been, the legal effect of Red Notices is such that, for the DRC, it would not have amounted to a request for provisional arrest, let alone a formal request for extradition.” (Counter-Memorial of Belgium, para. 3.1.12.) [*Translation by the Registry.*]

67. It was explained to the Court that a primary purpose in issuing an international warrant was to learn the whereabouts of a person. Mr. Yerodia’s whereabouts were known at all times.

n'est pas non plus explicitement mentionnée dans les statuts du TPIY ou du TPIR, ni dans le Statut de Rome de la CPI. Toutefois, l'article 7 1) du Statut du TPIY et l'article 6 1) du Statut du TPIR stipulent bien que

«quiconque a planifié, incité à commettre, ordonné, commis ou de toute autre manière aidé et encouragé à planifier, préparer ou exécuter un crime visé [aux articles pertinents : les crimes contre l'humanité en faisant partie] est individuellement responsable dudit crime».

Dans le jugement *Akayesu* (96-4-T), une chambre du TPIR a jugé que la responsabilité d'un crime contre l'humanité comprend la responsabilité de l'incitation à commettre le crime en question (par. 481-482). Cette question est traitée de manière comparable à l'article 25 3) du Statut de Rome.

65. Il semblerait (sans qu'il y ait à se prononcer d'aucune manière sur le point de savoir si M. Yerodia a ou non commis les actes dont il est accusé dans le mandat d'arrêt) que les actes allégués relèvent bien de la notion de «crimes contre l'humanité» et entrent dans la catégorie restreinte de crimes à l'égard desquels l'exercice de la compétence universelle n'est pas exclu en droit international.

* * *

66. Il peut être utile de traiter d'un point connexe à ce stade. La Belgique a affirmé que, quel que soit l'état du droit international sur la question de la compétence universelle, elle n'a pas en fait exercé une telle compétence. Ainsi, selon la Belgique, il n'y a eu ni violation des immunités dont pouvait jouir M. Yerodia, ni atteinte à la souveraineté du Congo. A cette fin, la Belgique, dans son contre-mémoire, fait observer que l'immunité d'exécution du mandat est soigneusement prévue pour les «représentants d'Etats étrangers qui visitent la Belgique suite à une invitation officielle. Dans ces cas, le mandat d'arrêt précise que la personne visée serait à l'abri d'une exécution du mandat d'arrêt en Belgique» (contre-mémoire de la Belgique, par. 1.12). La Belgique fait en outre observer que le mandat d'arrêt

«n'a aucun effet juridique ni pour la RDC ni sur son territoire. Bien que le mandat ait été diffusé internationalement par Interpol pour information, en juin 2000, à l'époque il n'était pas l'objet d'une notice rouge. Même si cela avait été le cas, la portée juridique d'une notice rouge est telle que, pour la RDC, elle n'aurait pas pu équivaloir à une requête d'arrestation provisoire, ni, a fortiori, à une demande formelle d'extradition.» (Contre-mémoire de la Belgique, par. 3.1.12.)

67. On a expliqué à la Cour qu'un des premiers objectifs de l'émission d'un mandat international était de découvrir où se trouvait une personne. L'endroit où se trouvait M. Yerodia a toujours été connu.

68. We have not found persuasive the answers offered by Belgium to a question put to it by Judge Koroma, as to what the *purpose* of the warrant was, if it was indeed so carefully formulated as to render it unenforceable.

69. We do not feel it can be said that, given these explanations by Belgium, there was no exercise of jurisdiction as such that could attract immunity or infringe the Congo's sovereignty. If a State issues an arrest warrant against the national of another State, that other State is entitled to treat it as such — certainly unless the issuing State draws to the attention of the national State the clauses and provisions said to vacate the warrant of all efficacy. Belgium has conceded that the purpose of the international circulation of the warrant was "to establish a legal basis for the arrest of Mr. Yerodia . . . abroad and his subsequent extradition to Belgium". An international arrest warrant, even though a Red Notice has not yet been linked, is analogous to the locking-on of radar to an aircraft: it is already a statement of willingness and ability to act and as such may be perceived as a threat so to do at a moment of Belgium's choosing. Even if the action of a third State is required, the ground has been prepared.

* * *

70. We now turn to the findings of the Court on the impact of the issue of circulation of the warrant on the inviolability and immunity of Mr. Yerodia.

71. As to the matter of immunity, although we agree in general with what has been said in the Court's Judgment with regard to the specific issue put before it, we nevertheless feel that the approach chosen by the Court has to a certain extent transformed the character of the case before it. By focusing exclusively on the immunity issue, while at the same time bypassing the question of jurisdiction, the impression is created that immunity has value *per se*, whereas in reality it is an exception to a normative rule which would otherwise apply. It reflects, therefore, an interest which in certain circumstances prevails over an otherwise predominant interest, it is an exception to a jurisdiction which normally can be exercised and it can only be invoked when the latter exists. It represents an interest of its own that must always be balanced, however, against the interest of that norm to which it is an exception.

72. An example is the evolution the concept of State immunity in civil law matters has undergone over time. The original concept of absolute immunity, based on status (*par in parem non habet imperium*) has been replaced by that of restrictive immunity; within the latter a distinction was made between *acta jure imperii* and *acta jure gestionis* but immunity is granted only for the former. The meaning of these two notions is not carved in stone, however; it is subject to a continuously changing inter-

68. Nous n'avons pas jugé persuasives les réponses données par la Belgique à la question que lui avait posée M. Koroma quant à l'*objectif* du mandat, si celui-ci était effectivement formulé avec tant de soin qu'il en était inexécutable.

69. Nous ne pensons pas que l'on puisse dire que, étant donné ces explications de la Belgique, il n'y a pas eu un exercice de la compétence susceptible de faire jouer l'immunité ou de porter atteinte à la souveraineté du Congo. Si un Etat émet un mandat d'arrêt contre le national d'un autre Etat, cet autre Etat a le droit de considérer ce mandat comme tel — assurément si l'Etat qui l'émet n'appelle pas l'attention de l'Etat national sur les clauses et dispositions du mandat qui lui ôteraient toute efficacité. La Belgique a admis que l'objectif de la diffusion internationale du mandat était «d'établir un fondement juridique pour l'arrestation de M. Yerodia ... à l'étranger et son extradition subséquente vers la Belgique». La délivrance d'un mandat d'arrêt international, même si celui-ci n'est pas encore accompagné d'une notice rouge est analogue au verrouillage d'un radar sur un avion: c'est déjà une déclaration de la volonté et de la capacité d'agir et, en tant que telle, elle peut être perçue comme une menace de le faire au moment que la Belgique choisira. Même si l'action d'un Etat tiers est requise, le terrain a été préparé.

* * *

70. Nous allons maintenant nous pencher sur les conclusions de la Cour en ce qui concerne les effets de l'émission de la diffusion du mandat sur l'inviolabilité et l'immunité de M. Yerodia.

71. S'agissant de l'immunité, bien que nous souscrivions d'une manière générale à ce qui est dit dans l'arrêt de la Cour en ce qui concerne la question spécifique qui lui était posée, nous estimons néanmoins que la démarche choisie par la Cour a dans une certaine mesure transformé la nature de l'affaire dont elle était saisie. En se concentrant exclusivement sur la question de l'immunité, et en évitant simultanément la question de la compétence, on crée l'impression que l'immunité a une valeur en soi, alors qu'en réalité il s'agit d'une exception à une règle normative qui autrement s'appliquerait. Elle reflète donc un intérêt qui dans certaines circonstances prévaut sur un intérêt qui autrement serait prédominant, il s'agit d'une dérogation à une compétence qui normalement peut s'exercer, et elle ne peut être invoquée que quand cette dernière existe. Elle représente un intérêt en soi, mais qui doit néanmoins toujours être mis en balance avec l'intérêt de la norme à laquelle elle déroge.

72. Un exemple en est donné par l'évolution au fil du temps de l'immunité des Etats en matière civile. Le concept initial d'immunité absolue, fondé sur le statut (*par in parem non habet imperium*), a été remplacé par celui d'immunité restreinte; dans le cadre de cette dernière, une distinction a été faite entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis* et l'immunité n'est accordée que pour les premiers. La signification de ces deux notions n'est cependant pas gravée dans la pierre; elle est sujette à

pretation which varies with time reflecting the changing priorities of society.

73. A comparable development can be observed in the field of international criminal law. As we said in paragraph 49, a gradual movement towards bases of jurisdiction other than territoriality can be discerned. This slow but steady shifting to a more extensive application of extra-territorial jurisdiction by States reflects the emergence of values which enjoy an ever-increasing recognition in international society. One such value is the importance of the punishment of the perpetrators of international crimes. In this respect it is necessary to point out once again that this development not only has led to the establishment of new international tribunals and treaty systems in which new competences are attributed to national courts but also to the recognition of other, non-territorially based grounds of national jurisdiction (see paragraph 51 above).

74. The increasing recognition of the importance of ensuring that the perpetrators of serious international crimes do not go unpunished has had its impact on the immunities which high State dignitaries enjoyed under traditional customary law. Now it is generally recognized that in the case of such crimes, which are often committed by high officials who make use of the power invested in the State, immunity is never substantive and thus cannot exculpate the offender from personal criminal responsibility. It has also given rise to a tendency, in the case of international crimes, to grant procedural immunity from jurisdiction only for as long as the suspected State official is in office.

75. These trends reflect a balancing of interests. On the one scale, we find the interest of the community of mankind to prevent and stop impunity for perpetrators of grave crimes against its members; on the other, there is the interest of the community of States to allow them to act freely on the inter-State level without unwarranted interference. A balance therefore must be struck between two sets of functions which are both valued by the international community. Reflecting these concerns, what is regarded as a permissible jurisdiction and what is regarded as the law on immunity are in constant evolution. The weights on the two scales are not set for all perpetuity. Moreover, a trend is discernible that in a world which increasingly rejects impunity for the most repugnant offences, the attribution of responsibility and accountability is becoming firmer, the possibility for the assertion of jurisdiction wider and the availability of immunity as a shield more limited. The law of privileges and immunities, however, retains its importance since immunities are granted to high State officials to guarantee the proper functioning of the network of mutual inter-State relations, which is of paramount importance for a well-ordered and harmonious international system.

une interprétation en évolution permanente qui varie avec le temps pour refléter l'évolution des priorités de la société.

73. On peut observer un phénomène comparable dans le domaine du droit pénal international. Comme nous l'avons dit au paragraphe 49, on peut discerner un passage progressif à des chefs de compétence autres que la territorialité. Cette transition lente mais régulière vers une application plus extensive de leur compétence extraterritoriale par les Etats reflète l'apparition de valeurs qui sont de plus en plus reconnues au sein de la société internationale. Une de ces valeurs est l'importance qui s'attache au châtiement des auteurs de crimes internationaux. A cet égard, il est nécessaire de souligner une fois encore que ce phénomène non seulement a amené la création de nouveaux tribunaux internationaux et systèmes conventionnels dans le cadre desquels de nouvelles compétences sont attribuées aux tribunaux nationaux, mais aussi la reconnaissance, pour la juridiction nationale, d'autres chefs de compétence, qui ne reposent pas sur le territoire (voir paragraphe 51 ci-dessus).

74. On admet de plus en plus qu'il importe de faire en sorte que les auteurs de crimes internationaux graves ne demeurent pas impunis, et ce fait a eu un impact sur les immunités dont jouissaient les hauts dignitaires de l'Etat en vertu du droit coutumier traditionnel. Il est maintenant généralement admis que dans le cas de tels crimes, qui sont souvent commis par de hauts responsables qui utilisent les pouvoirs dont l'Etat est investi, l'immunité n'est jamais une immunité de fond et ne peut donc exonérer l'auteur du crime de sa responsabilité pénale individuelle. Elle a aussi donné naissance à une tendance, dans le cas des crimes internationaux, à n'accorder l'immunité procédurale de juridiction qu'aussi longtemps que l'agent de l'Etat soupçonné est en fonction.

75. Ces tendances reflètent une mise en balance d'intérêts. D'un côté, il y a l'intérêt de la communauté humaine, à savoir prévenir et faire cesser l'impunité des auteurs de crimes graves commis contre ses membres; de l'autre, il y a l'intérêt de la communauté des Etats, à savoir permettre à ceux-ci d'agir librement au niveau interétatique sans ingérence injustifiée. Il faut donc réaliser un équilibre entre deux séries de fonctions qui sont toutes deux précieuses pour la communauté internationale. Du fait de ces préoccupations, ce qui est considéré comme une compétence autorisée et ce qui est considéré comme le droit de l'immunité sont des notions en évolution constante. Les poids placés sur les deux plateaux de la balance n'y sont pas à jamais. En outre, une tendance se fait jour selon laquelle, dans un monde qui rejette de plus en plus l'impunité pour les crimes les plus horribles, l'attribution de la responsabilité et de l'obligation de rendre des comptes devient plus ferme, la possibilité d'établir sa compétence plus large et celle d'invoquer l'immunité pour se protéger plus limitée. Toutefois, le droit des privilèges et immunités conserve son importance puisque les immunités sont conférées aux hauts responsables de l'Etat pour garantir le fonctionnement adéquat du réseau des relations interétatiques, ce qui est d'une importance capitale pour un système international bien ordonné et harmonieux.

76. Such is the backdrop of the case submitted to the Court. Belgium claims that under international law it is permitted to initiate criminal proceedings against a State official who is under suspicion of having committed crimes which are generally condemned by the international community; and it contends that because of the nature of these crimes the individual in question is no longer shielded by personal immunity. The Congo does not deny that a Foreign Minister is responsible in international law for all of his acts. It asserts instead that he has absolute personal immunity from criminal jurisdiction as long as he is in office and that his status must be assimilated in this respect to that of a Head of State (Memorial of Congo, p. 30).

77. Each of the Parties, therefore, gives particular emphasis in its argument to one set of interests referred to above: Belgium to that of the prevention of impunity, the Congo to that of the prevention of unwarranted outside interference as the result of an excessive curtailment of immunities and an excessive extension of jurisdiction.

78. In the Judgment, the Court diminishes somewhat the significance of Belgium's arguments. After having emphasized — and we could not agree more — that the immunity from jurisdiction enjoyed by incumbent Ministers for Foreign Affairs does not mean that they enjoy impunity in respect of any crimes they might have committed (para. 60), the Court goes on to say that these immunities do not represent a bar to criminal prosecution in certain circumstances (para. 61). We feel less than sanguine about examples given by the Court of such circumstances. The chance that a Minister for Foreign Affairs will be tried in his own country in accordance with the relevant rules of domestic law or that his immunity will be waived by his own State is not high as long as there has been no change of power, whereas the existence of a competent international criminal court to initiate criminal proceedings is rare; moreover, it is quite risky to expect too much of a future international criminal court in this respect. The only credible alternative therefore seems to be the possibility of starting proceedings in a foreign court after the suspected person ceases to hold the office of Foreign Minister. This alternative, however, can also be easily forestalled by an unco-operative government that keeps the Minister in office for an as yet indeterminate period.

79. We wish to point out, however, that the frequently expressed conviction of the international community that perpetrators of grave and inhuman international crimes should not go unpunished does not *ipso facto* mean that immunities are unavailable whenever impunity would be the outcome. The nature of such crimes and the circumstances under which they are committed, usually by making use of the State apparatus, makes it less than easy to find a convincing argument for shielding the alleged perpetrator by granting him or her immunity from criminal process. But immunities serve other purposes which have their own intrinsic value and to which we referred in paragraph 77 above. International law

76. Telle est la toile de fond de l'affaire soumise à la Cour. La Belgique affirme qu'en droit international elle est autorisée à engager une action pénale contre un agent de l'Etat qui est soupçonné d'avoir commis des crimes qui sont généralement condamnés par la communauté internationale; et elle soutient qu'en raison de la nature de ces crimes l'individu en cause n'est plus protégé par son immunité personnelle. Le Congo ne nie pas qu'un ministre des affaires étrangères est au regard du droit international responsable de tous ses actes. Il affirme par contre qu'il jouit d'une immunité personnelle absolue de la juridiction pénale aussi longtemps qu'il est en fonction, et que son statut doit être assimilé à cet égard à celui d'un chef d'Etat (mémoire du Congo, p. 30).

77. Chacune des Parties accorde donc une importance particulière dans son argumentation à certains des intérêts visés ci-dessus : la Belgique à la prévention de l'impunité, le Congo à la prévention d'ingérences extérieures injustifiées découlant d'une limitation excessive des immunités et d'une extension excessive de la compétence.

78. Dans son arrêt, la Cour réduit quelque peu l'importance des arguments de la Belgique. Après avoir souligné — et nous ne pouvons l'approuver davantage — que l'immunité de juridiction dont bénéficie un ministre des affaires étrangères en exercice ne signifie pas qu'il bénéficie d'une impunité au titre des crimes qu'il aurait pu commettre (par. 60), la Cour déclare ensuite que ces immunités ne font pas obstacle à ce que la responsabilité pénale de l'intéressé soit recherchée dans certaines circonstances (par. 61). Nous sommes moins optimistes quant aux exemples donnés par la Cour de telles circonstances. La probabilité qu'un ministre des affaires étrangères soit jugé dans son propre pays en vertu des règles applicables du droit interne ou que son immunité soit levée par son propre Etat n'est pas élevée dès lors qu'il n'y a pas eu de changement de pouvoir, et il est rare qu'il existe un tribunal pénal international compétent pour engager une action pénale; en outre, il est très risqué d'attendre trop d'une future cour pénale internationale à cet égard. La seule alternative crédible semble donc être la possibilité d'engager une procédure devant un tribunal étranger après que la personne soupçonnée cesse d'exercer les fonctions de ministre des affaires étrangères. Cette solution, néanmoins, peut aussi être facilement anticipée par un gouvernement peu coopératif qui maintiendrait le ministre en fonction pour une période encore indéterminée.

79. Nous souhaitons toutefois souligner que la conviction fréquemment exprimée par la communauté internationale selon laquelle les auteurs de crimes internationaux graves et inhumains ne devraient pas rester impunis ne signifie pas *ipso facto* que les immunités sont inopérantes à chaque fois que l'impunité en résulterait. La nature de tels crimes et les circonstances dans lesquelles ils sont commis, habituellement au moyen de l'appareil d'Etat, rendent rien moins qu'aisé de trouver un argument convaincant pour protéger l'auteur allégué des crimes en lui accordant l'immunité de juridiction pénale. Mais les immunités servent d'autres fins qui ont leur valeur intrinsèque propre et que nous avons évoquées au paragraphe 77

seeks the accommodation of this value with the fight against impunity, and not the triumph of one norm over the other. A State may exercise the criminal jurisdiction which it has under international law, but in doing so it is subject to other legal obligations, whether they pertain to the non-exercise of power in the territory of another State or to the required respect for the law of diplomatic relations or, as in the present case, to the procedural immunities of State officials. In view of the worldwide aversion to these crimes, such immunities have to be recognized with restraint, in particular when there is reason to believe that crimes have been committed which have been universally condemned in international conventions. It is, therefore, necessary to analyse carefully the immunities which under customary international law are due to high State officials and, in particular, to Ministers for Foreign Affairs.

80. Under traditional customary law the Head of State was seen as personifying the sovereign State. The immunity to which he was entitled was therefore predicated on status, just like the State he or she symbolized. Whereas State practice in this regard is extremely scarce, the immunities to which other high State officials (like Heads of Government and Ministers for Foreign Affairs) are entitled have generally been considered in the literature as merely functional. (Cf. Arthur 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. 102-103.)

81. We have found no basis for the argument that Ministers for Foreign Affairs are entitled to the same immunities as Heads of State. In this respect, it should be pointed out that paragraph 3.2 of the International Law Commission's Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property of 1991, which contained a saving clause for the privileges and immunities of Heads of State, failed to include a similar provision for those of Ministers for Foreign Affairs (or Heads of Government). In its commentary, the ILC stated that mentioning the privileges and immunities of Ministers for Foreign Affairs would raise the issues of the basis and the extent of their jurisdictional immunity. In the opinion of the ILC these immunities were clearly not identical to those of Heads of State.

82. The Institut de droit international took a similar position in 2001 with regard to Foreign Ministers. Its resolution on the Immunity of Heads of State, based on a thorough report on all relevant State practice, states expressly that these "shall enjoy, in criminal matters, immunity from jurisdiction before the courts of a foreign State for any crime he or she may have committed, regardless of its gravity". But the Institut, which in this resolution did assimilate the position of Head of Government to that of Head of State, carefully avoided doing the same with regard to the Foreign Minister.

ci-dessus. Le droit international s'efforce de concilier cette valeur avec la lutte contre l'impunité, et non de faire triompher une norme sur l'autre. Un Etat peut exercer la compétence pénale que lui confère le droit international, mais ce faisant il est soumis à d'autres obligations juridiques, qu'elles concernent le non-exercice de ses pouvoirs sur le territoire d'un autre Etat ou le respect requis du droit des relations diplomatiques ou, comme dans la présente affaire, des immunités procédurales des agents de l'Etat. Etant donné l'aversion universelle que suscitent ces crimes, ces immunités doivent être reconnues avec une certaine retenue, en particulier lorsqu'il y a des raisons de penser que des crimes ont été commis qui ont été universellement condamnés dans des conventions internationales. Il est en conséquence nécessaire d'analyser soigneusement les immunités dont bénéficient en droit international coutumier les hauts représentants de l'Etat et, en particulier, les ministres des affaires étrangères.

80. En droit international coutumier, le chef d'Etat était perçu comme personnifiant l'Etat souverain. L'immunité à laquelle il avait droit reposait donc sur son statut, tout comme celle de l'Etat qu'il symbolisait. Si la pratique des Etats est à cet égard extrêmement rare, les immunités dont jouissent d'autres hauts responsables de l'Etat (comme les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères) ont généralement été considérées en doctrine comme simplement fonctionnelles. (Voir Arthur 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. 102-103.)

81. Nous n'avons pas trouvé de fondement à l'argument selon lequel les ministres des affaires étrangères ont droit aux mêmes immunités que les chefs d'Etat. A cet égard, il convient de souligner que le paragraphe 3.2 du Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens adopté par la Commission du droit international en 1991, qui contenait une clause de sauvegarde pour les privilèges et immunités des chefs d'Etat, ne comprenait pas de disposition similaire pour ceux des ministres des affaires étrangères (ou des chefs de gouvernement). Dans son commentaire, la CDI indiquait que mentionner les privilèges et immunités des ministres des affaires étrangères soulèverait des questions quant au fondement et à l'étendue de leur immunité juridictionnelle. De l'avis de la CDI, ces immunités n'étaient manifestement pas identiques à celles des chefs d'Etat.

82. L'Institut de droit international a pris une position comparable en 2001 en ce qui concerne les ministres des affaires étrangères. Sa résolution sur l'immunité des chefs d'Etat, qui reposait sur un rapport exhaustif relatif à l'ensemble de la pratique des Etats en la matière, dispose expressément qu'ils «jouissent, en matière pénale, de l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'un Etat étranger à raison de toute infraction qu'ils peuvent avoir commise, quelle que soit sa gravité». Mais l'Institut, qui dans sa résolution assimilait effectivement la situation du chef de gouvernement à celle du chef de l'Etat, a soigneusement évité de faire la même chose en ce qui concerne le ministre des affaires étrangères.

83. We agree, therefore, with the Court that the purpose of the immunities attaching to Ministers for Foreign Affairs under customary international law is to ensure the free performance of their functions on behalf of their respective States (Judgment, para. 53). During their term of office, they must therefore be able to travel freely whenever the need to do so arises. There is broad agreement in the literature that a Minister for Foreign Affairs is entitled to full immunity during official visits in the exercise of his function. This was also recognized by the Belgian investigating judge in the arrest warrant of 11 April 2000. The Foreign Minister must also be immune whenever and wherever engaged in the functions required by his office and when in transit therefor.

84. Whether he is also entitled to immunities during private travels and what is the scope of any such immunities, is far less clear. Certainly, he or she may not be subjected to measures which would prevent effective performance of the functions of a Foreign Minister. Detention or arrest would constitute such a measure and must therefore be considered an infringement of the inviolability and immunity from criminal process to which a Foreign Minister is entitled. The arrest warrant of 11 April 2000 was directly enforceable in Belgium and would have obliged the police authorities to arrest Mr. Yerodia had he visited that country for non-official reasons. The very issuance of the warrant therefore must be considered to constitute an infringement on the inviolability to which Mr. Yerodia was entitled as long as he held the office of Minister for Foreign Affairs of the Congo.

85. Nonetheless, that immunity prevails only as long as the Minister is in office and continues to shield him or her after that time only for "official" acts. It is now increasingly claimed in the literature (see for example, Andrea Bianchi, "Denying State Immunity to Violators of Human Rights", 46 *Austrian Journal of Public and International Law* (1994), pp. 227-228) that serious international crimes cannot be regarded as official acts because they are neither normal State functions nor functions that a State alone (in contrast to an individual) can perform (Goff, J. (as he then was) and Lord Wilberforce articulated this test in the case of *1° Congreso del Partido* (1978) QB 500 at 528 and (1983) AC 244 at 268, respectively). This view is underscored by the increasing realization that State-related motives are not the proper test for determining what constitutes public State acts. The same view is gradually also finding expression in State practice, as evidenced in judicial decisions and opinions. (For an early example, see the judgment of the Israel Supreme Court in the *Eichmann* case; Supreme Court, 29 May 1962, 36 *International Law Reports*, p. 312.) See also the speeches of Lords Hutton and Phillips of Worth Matravers in *R. v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, ex parte Pinochet* ("*Pinochet III*"); and of Lords Steyn and Nicholls of Birkenhead in "*Pinochet I*", as well as the

83. Nous sommes donc d'accord avec la Cour que l'objet des immunités accordées aux ministres des affaires étrangères en droit international coutumier est de leur permettre de s'acquitter librement de leurs fonctions pour le compte des Etats qu'ils représentent (arrêt, par. 53). Ils doivent donc, tant qu'ils sont en fonction, pouvoir voyager librement à chaque fois qu'ils ont besoin de le faire. Il existe un large accord en doctrine pour dire qu'un ministre des affaires étrangères a droit à la pleine immunité durant les visites officielles qu'il fait dans l'exercice de ses fonctions. Cela a aussi été reconnu par le juge d'instruction belge dans le mandat d'arrêt du 11 avril 2000. Le ministre des affaires étrangères doit aussi jouir de l'immunité à chaque fois qu'il exerce les fonctions requises par sa charge et en quelque lieu qu'il les exerce, et lorsqu'il est en transit pour ce faire.

84. La réponse aux questions de savoir s'il a aussi droit à des immunités durant ses voyages privés, et quelle est l'étendue de ces immunités éventuelles, est beaucoup moins claire. Assurément, il ne peut pas être assujéti à des mesures qui l'empêcheraient d'exercer efficacement les fonctions d'un ministre des affaires étrangères. La détention ou l'arrestation constitueraient de telles mesures et doivent donc être considérées comme portant atteinte à l'inviolabilité et l'immunité de juridiction pénale auxquelles un ministre des affaires étrangères a droit. Le mandat d'arrêt du 11 avril 2000 était directement exécutable en Belgique et aurait obligé les autorités de police à arrêter M. Yerodia s'il s'était rendu dans ce pays pour des raisons non officielles. L'émission même du mandat d'arrêt doit donc être considérée comme constituant une atteinte à l'inviolabilité à laquelle M. Yerodia avait droit aussi longtemps qu'il occupait le poste de ministre des affaires étrangères du Congo.

85. Néanmoins, cette immunité ne vaut qu'aussi longtemps que le ministre est en fonction et ne continue ultérieurement à le protéger qu'à raison de ses actes « officiels ». On affirme maintenant de plus en plus en doctrine (voir, par exemple, Andrea Bianchi, « Denying State Immunity to Violators of Human Rights », *Austrian Journal of Public and International Law* (1994), vol. 46, p. 227-228) que les crimes internationaux graves ne peuvent être considérés comme des actes officiels parce qu'ils ne correspondent ni à des fonctions étatiques normales ni à des fonctions qu'un Etat seul (par opposition à un individu) peut exercer. (Goff, J. (comme il se nommait alors) et lord Wilberforce ont explicité ce critère dans l'affaire du 1^o *Congreso del Partido* (1978) QB 500, p. 528, et (1983) AC 244, p. 268, respectivement.) Cette opinion est mise en évidence par la prise de conscience accrue du fait que les mobiles liés à l'Etat ne constituent pas le critère approprié pour déterminer ce qui constitue des actes publics de l'Etat. La même opinion trouve en outre progressivement son expression dans la pratique des Etats, comme l'attestent des décisions et avis judiciaires. (Pour un exemple déjà ancien, voir l'arrêt de la Cour suprême d'Israël dans l'affaire *Eichmann*; Cour suprême, 29 mai 1962, *International Law Reports*, vol. 36, p. 312.) Voir aussi les discours de lord Hutton et lord Phillips of Worth Matravers dans l'affaire *R v. Bartle and*

judgment of the Court of Appeal of Amsterdam in the *Bouterse* case (Gerechtshof Amsterdam, 20 November 2000, para. 4.2.)

* * *

86. We have voted against paragraph (3) of the *dispositif* for several reasons.

87. In paragraph (3) of the *dispositif*, the Court “[f]inds that the Kingdom of Belgium must, by means of its own choosing, cancel the arrest warrant of 11 April 2000 and so inform the authorities to whom that warrant was circulated”. In making this finding, the Court relies on the proposition enunciated in the *Factory at Chorzów* case pursuant to which “reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would . . . have existed if that act had not been committed” (*P.C.I.J., Series A, No. 17*, p. 47). Having previously found that the issuance and circulation of the warrant by Belgium was illegal under international law, the Court concludes that it must be withdrawn because “the warrant is still extant, and remains unlawful, notwithstanding the fact that Mr. Yerodia has ceased to be Minister for Foreign Affairs”.

88. We have been puzzled by the Court’s reliance on the *Factory at Chorzów* case to support its finding in paragraph (3) of the *dispositif*. It would seem that the Court regards its order for the cancellation of the warrant as a form of *restitutio in integrum*. Even in the very different circumstances which faced the Permanent Court in the *Factory at Chorzów* case, *restitutio* in the event proved impossible. Nor do we believe that restoration of the *status quo ante* is possible here, given that Mr. Yerodia is no longer Minister for Foreign Affairs.

89. Moreover — and this is more important — the Judgment suggests that what is at issue here is a continuing illegality, considering that a call for the withdrawal of an instrument is generally perceived as relating to the cessation of a continuing international wrong (International Law Commission, Commentary on Article 30 of the Articles of State Responsibility, A/56/10 (2001), p. 216). However, the Court’s finding in the instant case that the issuance and circulation of the warrant was illegal, a conclusion which we share, was based on the fact that these acts took place at a time when Mr. Yerodia was Minister for Foreign Affairs. As soon as he ceased to be Minister for Foreign Affairs, the illegal consequences attaching to the warrant also ceased. The mere fact that the warrant continues to identify Mr. Yerodia as Minister for Foreign Affairs changes nothing in this regard as a matter of international law, although it may well be that a misnamed arrest warrant, which is all it now is, may be deemed to be defective as a matter of Belgian domestic law; but that

the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, ex parte *Pinochet* («*Pinochet III*»); et de lord Steyn et lord Nicholls of Birkenhead dans l'affaire «*Pinochet I*», ainsi que le jugement de la cour d'appel d'Amsterdam dans l'affaire *Bouterse* (Gerechtshof Amsterdam, 20 novembre 2000, par. 4.2.)

* * *

86. Nous avons voté contre le paragraphe 3 du dispositif pour plusieurs raisons.

87. Au paragraphe 3 du dispositif, la Cour «[c]it que le Royaume de Belgique doit, par les moyens de son choix, mettre à néant le mandat d'arrêt du 11 avril 2000 et en informer les autorités auprès desquelles ce mandat a été diffusé». En statuant ainsi, la Cour fait fond sur la proposition énoncée dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów* selon laquelle «la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait ... existé si ledit acte n'avait pas été commis» (*C.P.J.I. série A n° 17*, p. 47). Ayant déjà conclu que l'émission et la diffusion du mandat d'arrêt par la Belgique étaient illicites au regard du droit international, la Cour conclut que ce mandat doit être annulé parce que «[l]e mandat subsiste et demeure illicite nonobstant le fait que M. Yerodia a cessé d'être ministre des affaires étrangères».

88. L'invocation par la Cour de l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów* pour étayer sa conclusion au paragraphe 3 du dispositif nous a laissés perplexes. Il semblerait que la Cour considère son injonction en vue de l'annulation du mandat comme une forme de *restitutio in integrum*. Même dans les circonstances très différentes auxquelles la Cour permanente était confrontée dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, la *restitutio* s'est en l'espèce révélée impossible. Nous ne pensons pas non plus que le rétablissement du *statu quo ante* soit possible ici, puisque M. Yerodia n'est plus ministre des affaires étrangères.

89. De plus — et ceci est plus important — l'arrêt donne à penser que ce qui est en cause ici est une illicéité continue, en considérant qu'une demande de retrait d'un instrument est généralement perçue comme touchant la cessation d'un fait internationalement illicite continu (Commission du droit international, commentaire de l'article 30 du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat, A/56/10 (2001), p. 233). Toutefois, la conclusion de la Cour selon laquelle l'émission et la diffusion du mandat étaient illicites, à laquelle nous souscrivons, reposait sur le fait que ces actes ont eu lieu à une époque où M. Yerodia était ministre des affaires étrangères. Dès qu'il a cessé d'être ministre des affaires étrangères, les conséquences illicites découlant du mandat ont aussi pris fin. Le simple fait que le mandat continue d'identifier M. Yerodia comme le ministre des affaires étrangères ne change rien à cet égard du point de vue du droit international, même s'il se peut très bien qu'un mandat d'arrêt comportant une erreur de désignation, ce qui est tout ce qu'il est maintenant,

is not and cannot be of concern to this Court. Accordingly, we consider that the Court erred in its finding on this point.

(Signed) Rosalyn HIGGINS.

(Signed) Pieter KOOIJMANS.

(Signed) Thomas BUERGENTHAL.

puisse être considéré comme vicié au regard du droit interne belge; mais cela n'est pas et ne peut être le souci de la Cour. C'est pourquoi nous considérons que la Cour s'est trompée dans sa conclusion sur ce point.

(Signé) Rosalyn HIGGINS.

(Signé) Pieter KOOIJMANS.

(Signé) Thomas BUERGENTHAL.
