

**SUR L'ORDONNANCE
DU JUGE D'INSTRUCTION VANDERMEERSCH
RENDUE DANS L'AFFAIRE PINOCHET
LE 6 NOVEMBRE 1998 (*)**

PAR

Anne WEYEMBERGH

ASSISTANTE DE RECHERCHE À L'INSTITUT D'ÉTUDES EUROPÉENNES
DE L'UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES

INTRODUCTION

Pinochet s'est emparé du pouvoir au Chili à la suite d'un coup d'état contre le Président Allende le 11 septembre 1973. Il resta à la tête du pays jusqu'au 11 mars 1990. Pendant qu'il était au pouvoir, de nombreuses violations des droits de l'Homme furent commises dans le pays (1).

Venu à Londres pour y subir une opération chirurgicale, Pinochet fut arrêté le 17 octobre 1998 en exécution d'un premier mandat d'arrêt délivré, le 16 octobre 1998, par les autorités britanniques, conformément à l'*Extradition Act* de 1989, à la suite d'un premier mandat d'arrêt international décerné par le juge espagnol Garzon. Ce premier mandat d'arrêt international, était fondé sur l'assassinat par Pinochet de citoyens espagnols commis entre le 11 septembre 1973 et le 31 décembre 1983. Un second mandat d'arrêt international, plus étoffé que le premier, fut introduit par le juge espagnol. Il se fondait sur 91 cas concrets qualifiés de torture, terrorisme et de génocide (2). Un second mandat d'arrêt fut dès lors décerné sur cette base par les autorités britanniques le 22 octobre 1998 (3).

Pinochet introduisit un recours contre les deux mandats d'arrêt britanniques devant la *Divisional Court*. Il attaquait les deux mandats d'arrêt en faisant valoir qu'il était couvert par l'immunité de juridiction reconnue aux

(*) Cet article a été réalisé avec le soutien du Programme Pôles d'attraction interuniversitaire P4/04 — État belge, Service du Premier Ministre, Services fédéraux des Affaires Scientifiques, Techniques et Culturelles.

(1) Elles furent d'ailleurs régulièrement dénoncées par l'Assemblée générale des Nations Unies (voy. à cet égard, E. DAVID, *Éléments de droit pénal international*, P.U.B., 8^e éd., 1998-1999/1, n° 1.64a).

(2) Publié dans le *Monde* du 21 octobre 1998, p. 15.

(3) Sur les détails de l'affaire, voy. notamment la synthèse publiée dans *The Weekly Law Reports*, 11 December 1998, pp. 1456 et s. et dans *Statewatch*, November-December 1998 (vol.8 n° 6), pp. 15 et s.

chefs d'État étrangers puisqu'il était à la tête de l'État chilien au moment des faits de la cause. Le 28 octobre 1998, la *Divisional Court* lui donna raison (4).

Saisie sur appel du *Crown Prosecution Service*, la *House of Lords* fit droit à l'appel introduit contre la décision de la *Divisional Court* et refusa, par une majorité de 3 voix (5) contre 2 (6), de reconnaître à Pinochet le bénéfice de l'immunité de juridiction (7).

Le 15 janvier 1999, cette décision fut écartée lorsqu'il apparut que Lord Hoffman, un des juges de la majorité, avait des liens avec Amnesty international qui était intervenu dans l'affaire pour appuyer le rejet de l'immunité.

Le 24 mars 1999, la *House of Lords* rendait une nouvelle décision (8). Une majorité de 6 voix contre une (9) a accueilli l'appel interjeté par le *Crown Prosecution Service* contre la décision de la *Divisional Court*. Parmi les 6 Lords de la majorité, seul l'un d'eux a admis que la procédure d'extradition pouvait couvrir tous les faits reprochés à Pinochet (10). Le raisonnement des 5 autres (11) est fondé sur l'«étanchéité du droit britannique» qui implique que les juridictions britanniques n'appliquent les règles de droit international que si elles ont auparavant été incorporées dans le droit interne. Ils ont tous les cinq estimé que seuls les faits reprochés à Pinochet commis après le 29 septembre 1988 sont constitutifs de faits donnant lieu à extradition. C'est l'*Extradition Act* de 1989 qui définit «les faits donnant lieu à extradition». La principale condition qu'il pose est la double incrimination qui exige que les faits soient à la fois incriminés dans le droit de l'État qui demande l'extradition et dans le droit de l'État requis. Cette condition devant s'apprécier, selon ces Lords, au moment des faits et non au moment de la demande d'extradition, elle n'est satisfaite qu'à partir du moment où la torture commise hors du territoire britannique est punissable au Royaume-Uni. Or ce n'est le cas que depuis la date d'entrée en vigueur du *Criminal Justice Act* qui intègre dans le droit britannique les obligations que fait peser sur la Grande-Bretagne la Convention contre la torture, soit le 29 septembre 1988. Les Lords ont ensuite abordé la question de savoir, si pour les faits donnant lieu à extradition, Pinochet jouissait de l'immunité

(4) Décision publiée dans *The Times*, 3 novembre 1998.

(5) Lord Nicholls of Birkenhead, Lord Steyn and Lord Hoffmann.

(6) Lord Slynn of Hadley et Lord Lloyd of Berwick.

(7) House of Lords, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex parte Pinochet, Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex parte Pinochet*, 25 novembre 1998, publiée dans *The Times*, 26 novembre 1998.

(8) House of Lords, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex parte Pinochet, Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex parte Pinochet*, 24 mars 1999.

(9) Celle de Lord Goff of Chieveley.

(10) Il s'agit de Lord Millet.

(11) Lord Browne-Wilkinson, Lord Hope of Craighead, Lord Saville of Newdigate, Lord Phillips of Worth Matravers et Lord Hutton.

reconnue aux anciens chefs d'État. Seul un Lord exclut l'immunité dès le 29 septembre 1988 (12). Les quatre autres ne l'excluent qu'à partir du 8 décembre 1988, date d'entrée en vigueur au Royaume-Uni de la Convention de 1984 contre la torture.

Avant même que la première décision de la Chambre des Lords ne soit rendue, s'inspirant des démarches du juge espagnol Garzon, des victimes de la dictature de Pinochet et leurs ayants-droit avaient déposé une plainte avec constitution de partie civile contre Pinochet afin d'obtenir l'extradition de ce dernier vers la Belgique. Cette plainte avait donné lieu, le 6 novembre 1998, à une ordonnance particulièrement intéressante pour le droit pénal international, bien qu'elle provoquât des réactions pour le moins contrastées (13).

Aux termes de cette ordonnance, le juge Vandermeersch n'a pas décerné le mandat d'arrêt requis par les parties civiles (14), estimant que l'instruction devait être menée plus avant, mais il n'a pas hésité à affirmer sa compétence sur la base des règles coutumières du droit pénal international dont il a reconnu l'application directe en droit interne. On voit donc tout de suite combien ce raisonnement est différent de celui poursuivi par la *House of Lords* dans sa deuxième décision, qui est dominée, comme nous l'avons dit précédemment, par l'«étanchéité» du droit britannique.

Le juge Vandermeersch examine d'abord s'il est compétent *ratione personae*, c'est-à-dire si Augusto Pinochet peut se prévaloir des immunités reconnues aux anciens chefs d'État pour les infractions qui lui sont reprochées (I) et, ensuite, s'il est compétent *ratione materiae*. A défaut de pouvoir trouver une source de compétence matérielle dans la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves aux Conventions internationales de Genève et à leurs Protocoles, le juge vérifie s'il peut fonder sa compétence sur l'incrimination des crimes contre l'humanité (II). Il étudie enfin sa compétence *ratione temporis*, c'est-à-dire si les faits reprochés au Général Pinochet ne sont pas couverts par la prescription (III).

I. — LA COMPÉTENCE *RATIONE PERSONAE* ET LA QUESTION DES IMMUNITÉS RECONNUES AUX CHEFS D'ÉTAT ÉTRANGERS

Le statut des chefs d'État étrangers n'a fait à ce jour l'objet d'aucune convention multilatérale ou tentative de codification interétatique. La

(12) Lord Hutton.

(13) Pour un commentaire fort négatif, voy. J. VERHOEVEN, «M. Pinochet, la coutume internationale et la compétence universelle», Observations après Civ. Bruxelles, ordonnance du 6 novembre 1998, *J.T.* 1999, pp. 311 et s. Pour un commentaire plus enthousiaste, voy. J. BURNEO LABRIN et H.-D. BOSLY, «La notion de crime contre l'humanité et le droit pénal interne», Note sous Juge d'instruction, Bruxelles, 6 novembre 1998, *R.D.P.C.* 1999, pp. 291 et s.

(14) Il l'a néanmoins fait plus tard dans une décision subséquente du 24 novembre 1998.

Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques et la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires ne traitent pas des privilèges et immunités personnels des chefs d'État. Quant à la Convention de New-York sur les missions spéciales de 1969, elle dispose que les chefs d'État menant une mission spéciale jouiront des facilités, privilèges et immunités accordés par le droit international aux chefs d'État en visite officielle, mais ne définit en rien ce qu'il faut entendre par facilités, privilèges et immunités. Dans son projet sur l'immunité des États, la Commission de droit international s'est bornée à prévoir une disposition qui précise que le projet d'articles n'affecte pas les privilèges et immunités que le droit international reconnaît *ratione personae* aux chefs d'État (15).

Le statut des chefs d'État étrangers relève du droit international coutumier (16).

Il est calqué sur celui des diplomates qui est régi par la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques. Après avoir consacré l'immunité des diplomates contre toute forme d'arrestation ou de détention (17), l'immunité de juridiction pénale et de juridiction civile et administrative (18), la Convention dispose que la personne ayant droit aux immunités précitées en bénéficie dès qu'elle pénètre sur le territoire de l'État accréditaire pour gagner son poste ou, si elle se trouve déjà sur ce territoire, dès que sa nomination a été notifiée au Ministère des Affaires étrangères (19). Ces immunités cessent lorsque la personne quitte le pays ou à l'expiration d'un délai raisonnable qui lui aura été donné à cette fin. Toutefois les immunités subsistent en ce qui concerne les actes accomplis par cette personne dans l'exercice de ses fonctions comme membre de la mission (20). Le fondement de ces immunités le plus largement cité, tant en doctrine que sur le plan conventionnel (21), demeure la théorie de l'intérêt de la fonction (22). Ladite théorie permet d'englober à peu près tous les privilèges et immunités. Il s'agit, sur la base des nécessités de la fonction, d'accorder des prérogatives dérogatoires au droit commun afin que leurs bénéficiaires puissent mener à bien, et en toute indépendance, les fonctions qui leur sont confiées.

(15) Article 3, § 2 (*Y.B.I.L.C.*, 1991, vol. II, point 2, p. 13).

(16) Voy. notamment A. WATTS, «The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Government and Foreign Ministers», *R.C.A.D.I.*, vol. 247 (1994-III), p. 37; *Satow's Guide to Diplomatic Practice*, Lord Gore (Ed.) Booth, NY 1981, 5th ed., pp. 9 et s.; D. PONCET et Ph. NEYROUD, «Suisse. Immunités, extra-territorialité et droit d'asile en droit public international», *R.I.D.P.*, vol. 49, pp. 587 et 588.

(17) Article 29 de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques.

(18) Article 31 de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques.

(19) Article 39 par. 1^{er}.

(20) Article 39 par. 2.

(21) C'est à ce critère que se réfère la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques.

(22) J. SALMON, *Manuel de droit diplomatique*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 182 et s.

Ce régime tel qu'organisé pour les diplomates par la Convention de 1961 est applicable aux chefs d'État, moyennant quelques « modifications nécessaires » (23). Ainsi les chefs d'État étrangers sont « placés en quelque sorte au-dessus des lois de tout État étranger » (24) et bénéficient d'une immunité de juridiction et d'exécution totale quand ils sont en fonction (25). Les immunités étant conférées pour l'exercice de leurs fonctions, elles cessent avec la fin de celles-ci, mais elles demeurent pour tous les actes accomplis dans l'exercice des fonctions (26).

Naturellement, l'État d'origine peut toujours décider de lever les immunités.

Le Chili n'ayant pas levé les immunités attachées à la qualité d'ancien chef d'État d'Augusto Pinochet, la question se pose de savoir si l'intéressé peut se prévaloir des immunités reconnues aux anciens chefs d'État pour les infractions qui lui sont reprochées.

Pour répondre à cette question, le juge Vandermeersch a, à juste titre, distingué deux éléments. L'un a trait à la qualité même de chef d'État d'Augusto Pinochet (A), l'autre concerne la nature des infractions dont Pinochet est accusé (B).

*A. — La question des immunités personnelles
et la qualité de chef d'État d'Augusto Pinochet*

Le juge déclare qu'il faudra examiner, dans le cadre de l'instruction, les modalités de l'exercice par Pinochet de sa qualité de chef d'État et déterminer dans quelle mesure l'État belge lui a effectivement reconnu la qualité de chef d'État légal du Chili, afin de déterminer s'il peut se prévaloir des immunités afférentes à ce statut.

S'il est certain qu'il faut se demander si Pinochet a effectivement exercé les fonctions de chef d'État du Chili et préciser le moment à partir duquel il les a exercées, la question de la reconnaissance par la Belgique de sa qualité de chef d'État légal du Chili est, en revanche, inadéquate.

Contrairement aux juridictions américaines qui se sont fondées sur la reconnaissance ou l'absence de reconnaissance par le Gouvernement améri-

(23) Voy. sur ce point les deux décisions de la *House of Lords* (notamment, dans la décision du 25 novembre 1998, l'opinion de Lord SLYNN OF HADLEY et, dans celle du 24 mars 1999, l'opinion de Lord BROWNE-WILKINSON).

(24) Cour d'appel d'Alger, 22 janvier 1914, *Ben Aïad c. Bey de Tunis*, *J.D.I.* 1914, p. 1290.

(25) Dans le même sens, voy. B.S. MURTY, *The International Law of Diplomacy. The Diplomatic Instrument and World Public Order*, New Haven Press, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1989, p. 333 et *Satow's Guide to Diplomatic Practice*, Lord Gore (Ed.) Booth, NY 1981, 5th ed., pp. 9 et s.

(26) Sur ces règles, voy. J. SALMON, *op. cit.*, pp. 602 et s.

cain des qualités officielles de l'accusé (27), les juridictions belges n'ont pas invoqué un tel argument, car la Belgique, comme d'autres pays (28), ne reconnaît que les nouveaux États et non les nouveaux gouvernements. La pratique belge est constante en la matière depuis 1965, lorsque, à l'occasion de l'accession au pouvoir du général Mobutu, le Gouvernement belge annonça que dorénavant il ne reconnaîtrait plus les gouvernements ou les régimes, mais seulement les États (29). La position du Gouvernement belge est justifiée par le fait que

«une telle formalité risque d'être considérée comme une ingérence dans les affaires intérieures de l'autre pays : elle peut apparaître comme un jugement sur la légitimité de son régime» (30).

Cette pratique a bel et bien été suivie dans le cas du Chili, où la prise de pouvoir opérée par Pinochet en 1973 n'a pas fait l'objet d'une reconnaissance par la Belgique (31).

La question de la reconnaissance par la Belgique du Général Pinochet comme chef d'État du Chili n'est donc pas pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer s'il pourrait bénéficier des immunités.

Par ailleurs, même à supposer que la Belgique ait maintenu la pratique de la reconnaissance de gouvernement, poser la question de la reconnaissance de Pinochet comme chef d'État *légal* du Chili ne nous semble pas indiqué. En effet, s'il y a eu, dans le passé, des tentatives de définir des critères de légitimité ou de légalité pour la reconnaissance des gouverne-

(27) Une juridiction américaine s'est servie de cet argument pour repousser l'exception invoquée par Noriega — ex-commandant en chef des forces armées de Panama, poursuivi aux États-Unis pour trafic de stupéfiants, blanchiment d'argent, racket etc. — qui se prévalait de l'immunité de juridiction des chefs d'État étrangers. Cette juridiction a, en effet, fait valoir que Noriega n'avait jamais été reconnu comme chef d'État légal par les États-Unis (U.S. Distr. Ct., S.D. Fla., *US v. Noriega and Others*, 8 juin 1990, *I.L.R.* 99, pp. 161 et 162. De même, dans l'affaire *Lafontant v. Aristide*, le Tribunal a appréhendé la question des immunités du chef d'État haïtien en posant la question de sa reconnaissance de chef d'État légal par les États-Unis : «The Court must rely on the Executive's determination of who is a lawful head of state (...) The U.S. Government does not recognize the *de facto* military rulers of Haiti. It has repeatedly condemned their regime» (U.S. Distr. Ct., EDNY, 27 jan. 1994, *I.L.R.*, 103, p. 587).

(28) Le Royaume-Uni, par exemple.

(29) Voy. SALMON, J., «La jurisprudence belge en matière de reconnaissance», in *Liber amicorum Elie Van Bogaert*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1985, p. 235. De nombreux États adoptent la même attitude, ce qui fait dire à certains auteurs que la reconnaissance de gouvernement est en voie d'éradication (voy. J. VERHOEVEN, «La reconnaissance internationale : déclin ou renouveau?», *A.F.D.I.*, 1993, pp. 15 et s.)

(30) Extrait de la «Position de principe du Gouvernement belge» reproduite dans «La pratique du pouvoir exécutif et le contrôle des chambres législatives en matière de droit international», *R.B.D.I.*, 1976-I, p. 339.

(31) Quelques jours après le coup d'État survenu au Chili, le ministre belge des Affaires étrangères diffusait un communiqué «suite à des nouvelles contradictoires suivant lesquelles la Belgique aurait reconnu le nouveau régime chilien [...]», dans lequel il rappelle que «selon la pratique diplomatique en usage dans la plupart des pays européens, la Belgique ne reconnaît pas les régimes ni les gouvernements [...]». Dès lors, un changement de régime intervenant dans un État reconnu par la Belgique n'a pas d'incidence juridique sur la reconnaissance d'État» (Chronique n° 940, *R.B.D.I.*, 1975-I, p. 351).

ments (32), ces théories s'opposent à la pratique dominante des États qui fondent la reconnaissance de gouvernement sur l'effectivité (33). Au regard du droit international, les péripéties internes de la prise de pouvoir n'ont donc pas à être prises en compte dès lors que les nouvelles autorités sont effectives (34).

Enfin relevons que, si dans l'ordre juridique interne des États tiers, la reconnaissance de gouvernement permet assurément à ce dernier et à ses représentants diplomatiques de bénéficier des immunités traditionnelles, ceci ne signifie cependant pas que la non-reconnaissance de gouvernement entraîne nécessairement un refus du bénéfice des immunités. En effet, si on se réfère par analogie à la non-reconnaissance d'État, il est intéressant de noter que les États tiers conservent le choix d'accorder le bénéfice des immunités ou non. Ainsi, dans un souci de réalisme, certaines jurisprudences internes accordent le bénéfice de l'immunité de juridiction et d'exécution à des États non reconnus impliqués dans des litiges commerciaux (35).

B. — *La question des immunités personnelles et la nature des faits reprochés au Général Pinochet*

Dans son ordonnance du 25 novembre 1998, le juge d'instruction déclare qu'en tout état de cause, quelles que soient les conclusions de l'instruction sur les modalités d'exercice par le Général Pinochet de sa qualité de chef d'État et sur la reconnaissance par l'État belge de cette qualité, l'intéressé ne pourrait pas se prévaloir d'une immunité personnelle, étant donné la nature des infractions qui lui sont reprochées.

Le juge semble distinguer deux arguments pour fonder son raisonnement. Il souligne que les actes reprochés à Pinochet ne peuvent pas être couverts

(32) On peut ainsi, par exemple, citer la doctrine du Dr Tobar, ancien ministre équatorien des Affaires étrangères qui, dans une lettre datée du 15 mars 1907, s'exprima dans ces termes : « Les Républiques américaines, pour leur bon renom et leur crédit, sinon pour d'autres considérations humanitaires et 'altruistes', doivent intervenir de façon indirecte dans les dissensions intestines des Républiques du continent. Cette intervention pourrait consister au moins dans le refus de reconnaître les gouvernements de fait issus des révolutions contre la Constitution » (*R.G.D.I.P.*, 1914, p. 483). On peut également mentionner la Convention du 20 décembre 1907 entre les cinq républiques de l'Amérique centrale dont l'article I stipulait : « Les Gouvernements des Hautes Parties contractantes, ne reconnaîtront aucun gouvernement qui viendrait à s'établir dans l'une quelconque des cinq Républiques à la suite d'un coup d'État ou d'une révolution contre un gouvernement reconnu, tant que la représentation du peuple, librement élue n'aura pas réorganisé le pays dans la forme constitutionnelle » (voy. LE FUR et CHKLAVER, *Recueil de textes de droit international public*, Paris, Dalloz, 2^e éd. 1934, p. 83).

(33) J. SALMON, « Vers l'adoption d'un principe de légitimité démocratique ? », in *A la recherche du nouvel ordre mondial*, Bruxelles, éd. Complexe, 1993, T. I, pp. 67 et 68.

(34) Nguyen QUOC DINH, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1994, 5^e éd., p. 542, n° 374.

(35) T.G.I. Paris, 15 mars 1967 et C.A. Paris, 7 juin 1969, *P. Clerget c. B.C.E.N. et Banque du commerce extérieur du Vietnam*, *R.G.D.I.P.*, 1967, p. 1120 et *R.G.D.I.P.* 1970, p. 522.

par l'immunité, d'une part, parce qu'ils ne rentrent pas dans l'exercice normal des fonctions de chef d'État et, d'autre part, parce que l'immunité reconnue aux chefs d'État ne s'applique pas aux crimes de droit international tels que les crimes de guerre, les crimes contre la paix ou contre l'humanité. Ces deux arguments n'en forment qu'un seul selon nous. En effet, c'est justement parce que les crimes de droit international ne peuvent être considérés comme des actes de la fonction des chefs d'État qu'ils ne peuvent être couverts par l'immunité reconnue aux anciens chefs d'État.

C'est la solution adoptée par les deux décisions de la Chambre des Lords dans l'affaire Pinochet (36). Ainsi, dans la décision du 26 novembre 1998, pour Lord Steyn par exemple :

« (...) the development of international law since the Second World War justifies the conclusion that by the time of the 1973 coup d'état, and certainly ever since, international law condemned genocide, torture, hostage taking and crimes against humanity (during an armed conflict or in peace time) as international crimes deserving of punishment. Given this state of international law, it seems to me difficult to maintain that the commission of such high crimes may amount to acts performed in the exercise of functions of a Head of State ».

Et dans la décision du 24 mars 1999, pour Lord Hutton par exemple :

« My conclusion that Pinochet is not entitled to immunity is based on the view that the commission of acts of torture is not a function of a head of

(36) Contrairement aux décisions de la Chambre des Lords qui vont clairement dans le sens qui est de dire que les deux arguments distingués par le juge Vandermeersch n'en forment qu'un seul, la jurisprudence qui concerne les immunités diplomatiques n'est pas très claire sur ce point. En effet, en ce qui concerne les immunités diplomatiques, les juges ont consacré l'exception au principe de l'immunité des diplomates pour les cas de crime de guerre, sans avoir examiné au préalable, semble-t-il, si ces infractions correspondaient à la définition d'acte de la fonction (Tribunal militaire pour le Moyen-Orient, 12 novembre 1948, aff. *Oshima*, A.D.I.L.C., 1948, vol. 15, p. 372; Cour provinciale de Copenhague, 18 juillet 1949, aff. *In re Best and Others*, I.L.R., 1950, vol. 17, case n° 146, p. 434; Cour de cassation française, 28 juillet 1950, aff. *Otto Abetz*, S. 1950 J. 1, p. 185 et note DONNEDIEU DE VABRES, I.L.R. 1950, p. 118. Sur ces affaires, voy. J. SALMON, *Manuel de droit diplomatique*, op. cit., pp. 304 et 305, n° 404). Ils se sont, par contre, fondés sur la notion d'acte de la fonction pour écarter l'immunité diplomatique dans le cas d'infraction au droit interne revêtant une certaine gravité (A propos d'un attentat à la pudeur commis par un vice-consul pendant ses heures de service, la Cour suprême de Nouvelle-Zélande a déclaré : « If (...) it be accepted that the immunity of a consular officer from prosecution is not a personal immunity but is rather an immunity for the sending State, it must follow that it is an immunity which is limited to acts which properly occur in the course of the exercise of consular duties (...) Such an act is as unconnected with the duty to be performed by the consular officer as an act of murder. It was not required of him in the exercise of his functions Aff. *L. v. The Crown* », Cour suprême de Nouvelle-Zélande, 12 septembre 1977, I.L.R., vol. 68, p. 175. Pour d'autres exemples, voy. vol à l'étalage par le vice-consul d'Iran à Manchester (Aff. *Ahmed Ghassimi*, rapportée par Ch. ROUSSEAU, R.G.D.I.P., 1987, p. 1349. Pour faux-monnayage, voy. Cour de district de la Haye, 15 avril 1930, *Bank of Portugal c. A. de Santos Bandeira*, N.J., 1930, p. 1159. Pour détention d'armes de guerre par un ancien ambassadeur des Philippines auprès du Saint-Siège entraînant son arrestation le 22 août 1986 par les autorités italiennes, voy. R.G.D.I.P. 1987, p. 143 et pour la détention illégale d'une arme de guerre par un ex-consul de France à Cordoba et Rosario, voy. Cour suprême d'Argentine, aff. *Marc Mozzinonacci*, 21 juin 1974, *Clunet*, 1977, p. 130. Pour viol, voy. l'arrêt du Tribunal de Rome du 16 février 1966, Aff. A.B., *Archivio penale*, 1966, II, p. 212.

State, and therefore in this case the immunity to which Senator Pinochet is entitled as a former head of State does not arise in relation to, and does not attach, to acts of torture».

Sans entrer dans la controverse qui consiste à savoir si la nature des faits reprochés peut aussi être un obstacle à l'immunité dont peuvent se prévaloir les chefs d'État qui sont encore en fonction (37), nous donnons entièrement raison au juge Vandermeersch quand il conclut que Pinochet ne peut se prévaloir de l'immunité dont jouissent les anciens chefs d'État étant donné la nature des infractions qui lui sont reprochées. Certes les actes qui lui sont reprochés ne sont pas des actes commis à titre privé, auquel cas, il n'aurait certainement pas pu jouir de l'immunité en tant qu'ancien chef d'État. Ils constituent bien des faits commis pour promouvoir les intérêts de l'État chilien (38), mais le droit international coutumier consacre indiscutablement l'exception au principe d'immunité des chefs d'État étranger pour crime contre l'humanité, crime de guerre et crime contre la paix.

Le principe a été répété à de multiples reprises.

Le cas de Guillaume II, ex-Empereur d'Allemagne doit être rappelé. Une «Commission des responsabilités des auteurs de la guerre et des sanctions» avait été créée au sein de la Conférence des préliminaires de la paix. La possibilité de comparution devant un tribunal d'un ancien chef d'État pour crime d'agression fut reconnue aux termes de vives discussions. Il fut notamment déclaré que :

«Si l'on prétendait que l'immunité d'un Souverain fût un obstacle à cette comparution, cela amènerait à cette conséquence que les plus grandes infractions aux lois et coutumes de la guerre et aux lois de l'humanité dont le souverain serait reconnu coupable ne pourraient en aucun cas être punies. Une telle conclusion serait de nature à froisser profondément la conscience du monde civilisé» (39).

L'article 227 du Traité de Versailles aux termes duquel Guillaume II est mis en accusation publique par les Puissances alliées est dans le droit fil de cette déclaration.

L'article 7 du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg qui incriminait les crimes de guerre, les crimes contre la paix et contre l'humanité disposait que

(37) Aux termes de la première décision de la Chambre des Lords, c'est parce que Pinochet n'est plus un chef d'État en fonction que la nature des faits qui lui sont reprochés fait obstacle à l'immunité. S'il avait encore été en fonction, il aurait été couvert par l'immunité : dans ce sens voy. notamment Lord Steyn «If General Pinochet had still been Head of State of Chile, he would be immune from the present extradition proceedings». Pour une critique de cette position, voy. E. DAVID, «Pinochet...», Carte Blanche, *I.D.J.* 1998-08. Sur les défauts que la solution inverse à celle défendue par la Chambre des Lords présenterait, et notamment les complications qu'elle entraînerait au plan des relations internationales, voy. notamment J. VERHOEVEN, «M. Pinochet, la coutume internationale et la compétence universelle», *op. cit.*, p. 312.

(38) Sur cette distinction entre actes commis à titre privé et actes commis en tant que chef d'État, voy. notamment l'opinion de Lord HOPE OF CRAIGHEAD dans la décision du 24 mars 1999.

(39) Cité in E. DECAUX, «Le statut de chef d'État déchu», *A.F.D.I.*, 1980, p. 111.

«La situation officielle des accusés, soit comme chefs d'État, soit comme hauts fonctionnaires ne sera considérée ni comme une excuse absolutoire, ni comme un motif de réduction de peine».

Une règle analogue à cette disposition figurait dans l'article 6 de la Charte du Tribunal de Tokyo et dans l'article II, par. 4, a) de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle allié.

Le Tribunal militaire international de Nuremberg, dans son arrêt du 1^{er} octobre 1946 relatif au procès des grands criminels de guerre, déclara expressément :

«La protection que le droit international assure aux représentants de l'État ne saurait s'appliquer à des actes criminels. Les auteurs de ces actes ne peuvent invoquer leur qualité officielle pour se soustraire à la procédure normale et se mettre à l'abri du châtement» (40).

A Tokyo, le Tribunal reproduisit directement l'extrait précité du jugement du Tribunal de Nuremberg, rejetant ainsi le moyen de défense fondé sur la qualité officielle des accusés.

En 1950, chargée de codifier le droit de Nuremberg, la Commission de droit international formule le principe III des «principes de Nuremberg» comme suit :

«Le fait que l'auteur d'un crime international a agi en qualité de chef d'État ou de fonctionnaire ne dégage pas sa responsabilité en droit international» (41).

Lors de l'examen de ce principe par la 6^e Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies, plusieurs États en ont souligné l'importance (42). L'exception est également prévue aux termes de l'article 3 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté en 1954 par la Commission de droit international (43), ainsi que dans les versions subséquentes de ce projet datant de 1991 (44) et de 1996 (45).

(40) *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Doc. Off. Nuremberg, 1947, T. 1, p. 235.*

(41) *Rapport C.D.I., 1950, doc. ONU, A/1316, p. 12.*

(42) Ainsi par exemple, pour la Belgique : «It seemed that the Nürnberg Tribunal has been justified in deciding in its judgment that the principle of international courtesy which in certain circumstances protected the representative of a State could not be invoked and was not applicable in the case of criminal acts under international law.» (AG 6^e Commission, 5^e session, *Doc. off., P.V., 235^e séance, § 44*).

(43) «le fait que l'auteur a agi en qualité de chef d'État ou de gouvernement ne l'exonère pas de la responsabilité encourue pour avoir commis l'un des crimes définis dans le présent code».

(44) «Qualité officielle et responsabilité»

La qualité officielle de l'auteur d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité et notamment le fait qu'il a agi en qualité de chef d'État ou de gouvernement, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale» (Rapport C.D.I. 1991, p. 264; pour le commentaire, voy. *A.C.D.I. 1988 II, 2, p. 76*).

(45) Voy. l'article 7 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté en 1996 (Rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa 48^e session, 6 mai-26 juillet 1996, *A.G., Doc. Off., 51^e session, Supplément n° 10, (A/51/10), pp. 56 et s.*).

Le principe a encore été repris à peu près dans les mêmes termes dans les Statuts des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie (46) et le Rwanda (47) ainsi que dans le Statut de la Cour pénale internationale (48) qui tous les trois prévoient la compétence de ces juridictions pour juger des crimes contre l'humanité notamment.

A l'occasion de la procédure entamée contre la hiérarchie serbe de Bosnie à Pale (son chef, R. Karadzic, son commandant des forces armées, V. Mladic et le Ministre des Affaires intérieures, M. Stanisic), la Chambre de première instance du TPIY a même précisé que «la responsabilité officielle d'une personne exerçant *de facto* des fonctions politiques ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et tendrait même à l'aggraver» (49).

Enfin, il convient de souligner que tout récemment une loi belge du 10 février 1999 (50) a amendé la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves aux Conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux Protocoles I et II du 8 juin 1977, additionnels à ces Conventions. Les amendements qu'elle introduit visent à étendre le champ d'application de la loi de 1993 aux crimes de génocide et crimes contre l'humanité. Celle-ci est ainsi devenue la loi relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire (51). Un § 3 a été ajouté à l'article 5 de la loi de 1993 qui dispose que «L'immunité attachée à la qualité officielle d'une personne n'empêche pas l'application de la présente loi». Pour le Ministre de la justice, ce texte se borne à introduire «explicitement une règle établie en droit international humanitaire, rappelée récemment de façon absolue à l'article 27 du Statut de Rome» (52). En d'autres termes le

(46) Article 7 § 2 du Statut : «La qualité officielle d'un accusé, soit comme chef d'État ou de gouvernement, soit comme haut fonctionnaire, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un motif de diminution de la peine». Il est précisé dans le Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la Résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité présenté le 3 mai 1993 (S/25704) et qui comprend des propositions quant à la création d'un Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie que «Dans pratiquement toutes les observations écrites que le Secrétaire général a reçues, il est suggéré que le statut du Tribunal international contienne des dispositions concernant la responsabilité pénale individuelle des chefs d'État. Cette opinion est fondée sur les précédents adoptés après la seconde Guerre mondiale. Le Statut devrait donc contenir des dispositions stipulant que le fait d'invoquer l'immunité en raison de la qualité de chef d'État ou au motif que l'acte a été commis dans l'exercice des fonctions officielles de l'accusé ne sera considéré ni comme une justification ni comme un motif de diminution de la peine» (§ 55).

(47) Article 6 § 2 du Statut : «La qualité officielle d'un accusé, soit comme chef d'État ou de gouvernement, soit comme haut fonctionnaire, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un motif de diminution de la peine».

(48) Article 27, al. 2 du Statut de la Cour pénale internationale : «Les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne».

(49) Ordonnance du 16 mai 1995 sur la requête en dessaisissement présentée par le procureur, deuxième Rapport Cassesse, 1995, p. 7.

(50) Loi du 10 février 1999 relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire, *M.B.* 23 mars 1999.

(51) Article 2 de la loi du 10 février 1999.

(52) *D.P. Sénat*, 1998-1999, 1^{er} décembre 1998, 1-749/3, p. 14.

législateur ne prétend pas innover, il se borne à codifier le droit en vigueur (53).

Il n'est pas exact, selon nous, de soutenir que l'exception au principe de l'immunité de juridiction et d'exécution des chefs d'États ne joue qu'en cas de comparution devant une juridiction internationale, mais non devant un tribunal national (54). On ne voit en effet aucune base sur laquelle fonder cette thèse. Ni les textes ni la jurisprudence précitées ne font cette distinction.

Si elle a été répétée à de multiples reprises, l'exception au principe de l'immunité de juridiction et d'exécution des chefs d'États n'a jamais abouti dans la pratique à la condamnation pénale d'un chef d'État étranger.

L'article 227 du Traité de Versailles est resté lettre morte. Guillaume II n'a jamais été traduit en justice pour crime d'agression (55).

La seconde Guerre mondiale n'a pas non plus donné lieu au procès d'un chef d'État, mais si Hitler ou Mussolini avaient survécu, ils auraient plus que probablement été traduits en justice.

En dehors de l'affaire *Pinochet*, l'exception au principe de l'immunité de juridiction et d'exécution pénale des chefs d'États étrangers n'a pas connu d'application. Ce ne sont pourtant pas les agressions, génocides et crimes contre l'humanité qui ont manqué depuis la fin de la deuxième guerre mondiale. Des crimes contre l'humanité auraient pu être imputés à plusieurs anciens chefs d'État. On peut citer l'exemple de l'ex-Empereur Bokassa, de l'ex-Maréchal Idi Amin Dada ou de l'ex-Chah d'Iran. Leur situation était différente de celle du Général Pinochet dans la mesure où leur État d'origine les réclamait pour pouvoir les juger, mais l'État où ils s'étaient réfugiés refusa tant de les juger que de les extraditer (56).

Il est erroné de déduire l'inexistence de la règle coutumière consacrant l'exception au principe de l'immunité de juridiction et d'exécution des chefs d'États du fait qu'elle n'a jamais abouti dans la pratique à la condamnation pénale d'un chef d'État étranger. Cette position est contraire à l'es-

(53) E. DAVID, *Éléments de droit pénal international*, op. cit., p. 47, n° 1.64c.

(54) Dans le même sens, voy. E. DAVID, «Pinochet...», Carte Blanche, *I.D.J.* 1998-08.

(55) En effet, pour mettre en œuvre cette disposition, les Alliés adressèrent une «demande d'extradition» aux Pays-Bas où s'était réfugié Guillaume II avant même l'armistice le 11 novembre 1918. Mais les Pays-Bas refusèrent en se fondant sur leur droit interne et sur le caractère politique des faits reprochés à Guillaume II et ont assigné à l'ex-Empereur un lieu d'internement dans la province d'Utrecht. Les Alliés se sont ainsi résignés au dessaisissement complet afin d'assurer «la tranquillité de l'Europe». Ce qui comptait c'était le *statu quo* territorial et non le jugement de l'ancien souverain (voy. E. DECAUX, «Le statut de chef d'État déchu», *A.F.D.I.*, 1980, pp. 112 et s.).

(56) L'ex-Empereur Bokassa ne sera ni extradé par la France ni par la Côte d'Ivoire vers la République centrafricaine (1979-1980), l'ex-Maréchal Idi Amin-Dada d'Ouganda reçoit l'asile en Libye (1979) et l'ex-Chah d'Iran ne sera extradé vers l'Iran ni par les États Unis ni par les Bahamas ni par le Mexique, ni par le Panama, ni par le Maroc et trouvera finalement asile en Égypte (1979-1980) : voy. E. DECAUX, «Le statut de chef d'État déchu», op. cit., pp. 124-125, 128, 135-137.

sence même du droit pénal international. En effet, depuis la fin de la seconde Guerre mondiale, les États n'ont eu de cesse de répéter que les crimes de droit international, notamment les crimes contre l'humanité, ne peuvent rester impunis. Or, la grande majorité de ces crimes sont le fait d'États. L'immunité protège les chefs d'État parce que le fait imputé à celui-ci est présumé imputable à l'État qu'il représente. Si on ne peut poursuivre pénalement le chef de l'État on ne pourrait poursuivre que l'État lui-même or c'est impossible. Personne ne serait donc poursuivi. Il est impensable que ce résultat corresponde à la volonté des États (57).

L'absence de condamnation pénale de chef d'État fait douter certains auteurs de la nature de la règle selon laquelle l'immunité des anciens chefs d'État ne doit pas faire obstacle à la répression des crimes contre l'humanité. Loin de remettre en cause l'existence même de la règle, ils se demandent si, au lieu de chercher sa source dans la coutume, il ne faudrait pas plutôt la chercher dans les principes généraux de droit qui, conformément à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice, constituent aussi une source autonome de droit international (58).

Selon nous, ce n'est pas nécessaire. Il est exact que le processus coutumier n'est parfait que par la réunion de deux éléments. Un premier élément consiste dans l'accomplissement répété d'actes dénommés « précédents » : c'est l'élément matériel. Le second est constitué par le sentiment, la conviction des sujets de droit, que l'accomplissement de tels actes est obligatoire parce que le droit l'exige : c'est l'élément psychologique ou l'*opinio juris sive necessitatis* (59).

Il est erroné d'affirmer que l'exception à l'immunité des chefs d'État n'est pas coutumière parce que, n'ayant jamais débouché sur une condamnation pénale d'un chef d'État, l'élément matériel fait défaut. En effet, l'élément matériel ne consiste pas uniquement dans la condamnation pénale d'un chef d'État. La règle est régulièrement et de plus en plus souvent rappelée par les États (60). De simples mises en accusation, comme celle de Guillaume II par le Traité de Versailles ou des demandes d'extradition comme celles adressées par plusieurs juges de pays différents à l'égard de Pinochet sont aussi des éléments matériels à prendre en compte, de même que les décisions précitées rendues par certaines juridictions internationales,

(57) E. DAVID, « Pinochet... », Carte Blanche, *I.D.J.* 1998-08.

(58) K. AMBOS, « Impunity and International Law. A Case Study on Columbia, Peru, Bolivia, Chile and Argentina », *Human Rights Law Journal*, vol. 18, 1997, p. 6.

(59) Nguyen QUOC DINH, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1994, 5^e éd., p. 315, n° 211; C.I.J., Affaire du Plateau continental de la mer du Nord, *Rec.* 1969, pp. 43 et s.; C.I.J., Affaire du Plateau continental Tunisie-Libye, *Rec.* 1982, pp. 47-48; Sentences arbitrales rendues dans les affaires pétrolières *Texaco-Calasiatic* de 1977 (*J.D.I.* 1977, p. 350) et *Aminoil* de 1982 (*J.D.I.* 1982, p. 869).

(60) Voy. notamment M.C. BASSIOUNI, *A Draft International Criminal Code and Draft Statute for an International Criminal Tribunal*, Dordrecht/Boston/Lancaster, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, p. 104.

l'arrêt de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et les statuts des Tribunaux *ad hoc* et de la Cour pénale internationale où l'exception à l'immunité des chefs d'État est répétée.

II. — LA COMPÉTENCE *RATIONE MATERIAE* :
LA QUESTION DE L'APPLICATION DE LA LOI DU 16 JUIN 1993
AUX FAITS DE LA CAUSE ET LE FONDEMENT DES POURSUITES
SUR LA BASE DE L'INCRIMINATION DE CRIME
CONTRE L'HUMANITÉ

La plainte avec constitution de partie civile des requérants est fondée sur les crimes de droit international tels que visés par la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves aux Conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et à leurs Protocoles additionnels. Le juge Vandermeersch considère que, bien que l'instruction doive se poursuivre à cet égard, il n'y avait pas de conflit armé au Chili à l'époque des faits reprochés à Pinochet. L'existence d'un conflit armé étant la condition d'application de la loi du 16 juin 1993, il conclut que cette loi ne peut pas s'appliquer en l'espèce et ne lui permet pas de fonder sa compétence. Dès lors, se prévalant du pouvoir qu'a tout juge d'instruction de requalifier les faits, il examine si les actes reprochés à Pinochet peuvent être requalifiés de crimes contre l'humanité et, à ce titre, fonder les poursuites en droit belge. A cette occasion, il recherche si les faits correspondent bien à la notion de crime contre l'humanité.

La notion de crime contre l'humanité est particulièrement complexe (61). De nombreux instruments la définissent. Certes, il n'existe pas une seule définition du crime contre l'humanité mais il est possible de dégager des points communs aux différentes définitions existantes. C'est précisément en se basant sur ces points communs que le juge Vandermeersch conclut que les faits allégués par les parties civiles sont susceptibles de constituer des crimes contre l'humanité.

Il se penche ensuite sur l'existence d'une incrimination du crime contre l'humanité en droit interne (A) ainsi que sur la question de savoir si le juge belge peut se prévaloir d'une compétence universelle en la matière (B).

A. — *L'incrimination de crime contre l'humanité
en droit interne*

Un principe cardinal en droit pénal est celui de la légalité des délits et des peines, exprimé par l'adage latin *Nullum crimen, nulla poena sine lege*

(61) M. DELMAS-MARTY, «L'interdit et le respect : comment définir le crime contre l'humanité?», in M. COLIN (sous la direction de) *Le crime contre l'humanité*, Ramonville Saint-Agne, Erès, 1996, p. 23.

et son corollaire, le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale. Le droit à la légalité des délits et des peines est consacré dans les instruments internationaux de protection des droits de l'Homme (62). En droit belge, le principe de la légalité des infractions et des peines est un principe général du droit proclamé par la Constitution (63) et le Code pénal (64).

Comme le souligne le juge d'instruction pour rencontrer l'argument tiré de la violation des principes de la légalité des peines et de la non rétroactivité du droit pénal, les actes reprochés à Pinochet sont punissables en droit interne sur la base des dispositions du droit pénal commun. En effet, les faits invoqués par les parties civiles tombent sous le coup des articles 347bis, 393, 394, 398, 434 et 438 du Code pénal belge (65). La qualification de crime contre l'humanité des faits reprochés à Pinochet est toutefois essentielle, d'une part, par la symbolique qui y est liée mais, d'autre part, aussi par la «plus-value» qui s'y attache et qui repose principalement sur les conditions exceptionnelles de sa répression, à savoir l'imprescriptibilité du crime contre l'humanité et la compétence universelle des tribunaux nationaux pour en connaître.

Le droit pénal belge ne consacrant pas expressément l'incrimination du crime contre l'humanité au moment où l'ordonnance a été rendue (66), il importe d'examiner s'il existe une incrimination du crime contre l'humanité en droit international (1) et d'examiner ensuite si cette incrimination peut être considérée comme directement applicable dans l'ordre juridique interne belge (2).

1) *L'incrimination coutumière du crime contre l'humanité en droit international*

Dans son ordonnance, le juge Vandermeersch pose comme point de départ de son argumentation que les instruments internationaux qui reprennent le concept de crime contre l'humanité n'auraient fait que consacrer

(62) Voy. article 11, § 2 de la D.U.D.H.; article 7, § 1^{er} de la C.E.D.H. et article 15 § 1^{er} du P.I.D.C.P.

(63) Articles 12 et 14 de la Constitution.

(64) Articles 1^{er} et 2 du Code pénal.

(65) J. BURNEO LABRIN et H.-D. BOSLY, *op. cit.* p. 291.

(66) Les amendements précités à la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves aux Conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et à leurs Protocoles additionnels adoptés en février 1999 ont comblé cette lacune. Il convient de relever qu'avant l'adoption de ces amendements, la notion de crime contre l'humanité n'est pas entièrement absente du droit belge considéré au sens large. Introduite en 1945 lorsque la Belgique adhéra à l'Accord de Londres du 8 août 1945 et au Statut du Tribunal international de Nuremberg y annexé, l'introduction de la notion résulte aussi de la Loi du 22 mars 1996 relative à la reconnaissance des Tribunaux pénaux internationaux pour l'Ex-Yougoslavie et le Rwanda (voy. J. BURNEO LABRIN et H.-D. BOSLY, *op. cit.* pp. 292 et 293).

crer une incrimination coutumière. Il faut lui donner entièrement raison (67).

Il est permis de soutenir qu'à l'époque des faits jugés devant les Tribunaux de Nuremberg et de Tokyo, le crime contre l'humanité faisait partie du droit pénal international, même si on pouvait en discuter (68). Face aux objections soulevées par les accusés sur le fait qu'on leur appliquait des incriminations inexistantes au moment des faits, les juges se sont employés à démontrer l'incrimination préexistante de deux des trois infractions dont ils avaient à connaître, à savoir des crimes de guerre et des crimes contre la paix. Quant aux crimes contre l'humanité, ils se sont contentés de les admettre en connexité avec les crimes de guerre et les crimes contre la paix. Deux éléments nous font toutefois penser que les crimes contre l'humanité étaient incriminés à l'époque des faits : d'une part, la connexité n'a jamais été une source d'incrimination et, d'autre part, deux des inculpés ont été condamnés uniquement pour crimes contre l'humanité (69).

Dans l'affaire *Regina v. Finta*, la Haute Cour canadienne confirme que

« (...) war crimes and crimes against humanity were by 1939, offences at international law or criminal according the general principles of law recognized by the community of nations » (70).

L'esprit des règles de Nuremberg relatives au problème de la rétroactivité des règles pénales revient à dire que certains faits sont trop monstrueux pour ne pas être déjà incriminés coutumièrement ou en vertu de principes généraux du droit à défaut de l'être *expressis verbis* par le droit international conventionnel. Le raisonnement consistant à dire que certains faits sont trop graves et trop atroces pour que leur auteur puisse prétendre ignorer leur caractère punissable a été repris dans certains procès d'après-guerre, notamment dans le *Justice case* :

« As applied in the field of international law that principle requires proof before conviction that the accused knew or should have known that in matters of international concern, he was guilty of participation in a nationally organised system of injustice and persecution shocking to the moral sense of mankind, and that he knew or should have known that he would be subject

(67) *Contra* J. VERHOEVEN, « M. Pinochet, la coutume internationale et la compétence universelle », *op. cit.* p. 312.

(68) E. DAVID, *Éléments de droit pénal international*, *op. cit.*, n°s 14.109 et s.

(69) A l'égard de deux accusés, Streicher, rédacteur en chef de l'hebdomadaire antisémite *Der Stürmer* et von Schirach, *Gauleiter* de Vienne, la rubrique crimes contre l'humanité s'est en effet trouvée isolée, le ministère public n'ayant pas relevé contre eux le chef d'accusation relatif aux crimes de guerre. Voy. D. DE VABRES, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes de droit pénal international », *R.C.A.D.I.*, 1947, I, p. 526; P. TRUCHE, « Les facteurs d'évolution de la notion de crime contre l'humanité », in *Le crime contre l'humanité*, *op. cit.*, p. 32; G. GINSBURGSD et V.N. KUDRIAVTSEV, *The Nuremberg Trial and International Law*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, p. 197; *The Charter and Judgement of the Nürnberg Tribunal. History and Analysis*, Memorandum submitted by the Secretary General, UN, General Assembly, International Law Commission, N.Y. 1949, pp. 68-69.

(70) Canada, High Court of Justice, 10 juillet 1989, *Regina v. Finta*, *I.L.R.* 1982, p. 439.

to punishment if caught. Whether it be considered codification or substantive legislation, no person who knowingly committed the acts made punishable by Council Control Law 10 can assert that he did not know that he would be brought to account for his acts» (71).

Ce type de raisonnement est parfaitement transposable aux violations commises par Pinochet. A cet égard, Nuremberg est un précédent dont les tribunaux ont souligné l'autorité (72).

Le développement du droit pénal international depuis Nuremberg ne permet plus aucun doute quant à l'existence d'une règle coutumière incriminant les crimes contre l'humanité. Ainsi quand la Commission de droit international remet le texte des principes de Nuremberg à l'Assemblée générale en 1950, pour la très grande majorité des États membres, ces principes, et notamment l'incrimination du crime contre l'humanité, font bien partie du droit international positif (73). Cette incrimination apparaîtra ensuite dans bien d'autres instruments de droit international. C'est ainsi, par exemple, que le statut des deux Tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda incriminent les crimes contre l'humanité (74), sans qu'il y ait eu une quelconque objection lors des travaux préparatoires tendant à dire que ces incriminations contreviendraient aux principes de la légalité et de la non rétroactivité des infractions (75). Il en va de même pour le Statut de la Cour pénale internationale (76). Ces statuts ne font que confirmer une incrimination coutumière préexistante (77).

2) *L'application directe de l'incrimination du crime contre l'humanité en droit interne belge*

Le juge Vandermeersch affirme dans son ordonnance que «le crime contre l'humanité est consacré par la coutume internationale et fait partie à ce titre du *jus cogens* international qui s'impose dans l'ordre juridique interne avec effet contraignant *erga omnes*». Deux remarques préalables s'imposent à propos de cette formulation, quelque peu maladroite selon nous.

D'une part, si le *jus cogens* comprend des règles coutumières, il ne faudrait pas en déduire que toute règle coutumière internationale en fait partie. L'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités définit le *jus cogens* comme étant

(71) *Justice Case*, US Military Tribunal, 4 dec. 1947, *L.R.T.W.C.*, p. 36.

(72) Voy. notamment à ce sujet *Eichmann Case*, Jerusalem District Court, 12 dec. 1961 et Israel Supreme Court, 29 May 1962, *I.L.R.*, 36, pp. 48 et 296.

(73) Pour les citations les plus parlantes, voy. E. DAVID, *Éléments de droit pénal international*, *op. cit.*, n° 14.112.

(74) Article 5 du statut du T.P.I.Y. et article 3 du statut du T.P.I.R.

(75) E. DAVID, *Éléments de droit pénal international*, *op. cit.*, n° 14.113.

(76) Articles 5 et 7 du statut de la C.P.I.

(77) Voy. notamment, D. DE BEER, *Les poursuites pour crime de génocide et crimes contre l'humanité : fondements juridiques*, éd. R.C.N. Rwanda, 1995, p. 36.

«une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise, et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère».

Seules les règles dites «impératives» du droit international sont visées par cette expression (78).

D'autre part, le juge rapproche avec raison les notions de *jus cogens* et d'obligation *erga omnes* (79). La formulation retenue par le juge n'implique cependant pas que l'effet direct de l'incrimination de crime contre l'humanité dans l'ordre juridique interne découle de son statut de norme de *jus cogens*. Cet effet direct résulte de son caractère coutumier. Le juge rappelle, d'ailleurs, dans la suite de son raisonnement — doctrine à l'appui — que la coutume étant une source de droit international au même titre que le traité, elle peut s'appliquer directement dans l'ordre juridique belge (80).

La question se pose cependant de savoir si la source coutumière de l'incrimination de crime contre l'humanité n'est pas contraire au principe de la légalité des infractions. Autrement dit, ce principe doit-il être entendu comme visant la légalité au sens matériel ou au sens formel ?

L'examen des dispositions figurant dans les *instruments internationaux* de protection des droits de l'Homme, qui consacrent le principe de la légalité des infractions, démontre que c'est bien au sens matériel du terme qu'il faut entendre l'expression. Tant l'article 11, paragraphe 2 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme (81) que l'article 7 paragraphe 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'Homme (82) et l'article 15 § 1^{er} du

(78) Voy. entre autres la sentence arbitrale *Délimitation de la frontière Guinée Bissau/Sénégal*, R.G.D.I.P., 1990, p. 234.

(79) Les obligations *erga omnes* découlent des règles concernant les droits fondamentaux de la personne, et ont pour caractéristique de concerner tout les États. Comme le souligne la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, «Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés» (voy. C.I.J. *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, Recueil 1970, p. 32, §§ 33-34). De façon générale, concernant le lien entre règle de *jus cogens* et obligations *erga omnes*, voy. J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, pp. 534, 543 et 686; concernant la notion de crime contre l'humanité, voy. Ch. BASSIOUNI, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht, Boston, London, Martinus Nijhoff Publ., 1992, pp. 489 et s.

(80) J.J.A. SALMON, «Le rôle de la Cour de cassation belge à l'égard de la coutume internationale», *Mélanges Ganshof Van der Meersch*, Bruxelles-Paris, Bruylant, L.G.D.J., 1972, vol. I, pp. 220 et s.

(81) «Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international. De même il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'acte délictueux a été commis» (C'est nous qui soulignons).

(82) «Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même, il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise» (C'est nous qui soulignons).

Pacte international sur les droits civils et politiques (83) prévoient que l'infraction peut avoir été prévue par le « droit international ». Or, le droit international est porté par les sources visées à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice, à savoir les traités, la *coutume* et les principes généraux du droit commun aux nations civilisées. La Convention européenne des droits de l'Homme et le Pacte font d'ailleurs expressément référence aux sources non formelles du droit international : ils prévoient que le principe de légalité des infractions ne portera pas atteinte au jugement d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées (84). Il est vrai que la Convention et le Pacte ne mentionnent pas explicitement la coutume, mais celle-ci ne s'en trouve pas pour autant exclue. C'est, en effet, ce qui doit être déduit du but poursuivi par les rédacteurs de ces instruments, qui souhaitaient ne pas exprimer le principe de légalité des infractions de manière trop absolue. L'introduction des principes généraux de droit visait à tempérer le principe de la légalité des infractions afin de ne pas remettre en cause les principes qui se dégageaient des poursuites et jugements des criminels nazis (85), principes qui sont, pour la plupart, d'origine coutumière.

Il faut donc considérer qu'au regard des instruments internationaux de protection des droits de l'Homme, le juge national peut prononcer une condamnation si le fait, quoique non prévu par le droit interne, constituait une infraction selon le droit international coutumier (86).

Les instruments internationaux de protection des droits de l'Homme cités prévoient néanmoins que c'est le système le plus favorable à l'individu qui doit prévaloir (87). Ainsi, si le système constitutionnel belge est plus protecteur pour l'individu, c'est ce système qui l'emportera. Il faut donc encore vérifier si, au regard du *droit belge*, le principe de la légalité des infractions peut être entendu comme visant la légalité au sens matériel. Si l'on examine la pratique belge, une réponse positive à cette question s'impose.

(83) « Nul ne sera condamné pour des actes ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou *international* au moment où l'infraction a été commise (...) » (C'est nous qui soulignons).

(84) Articles 7, par. 2 de la CEDH, et 15 du Pacte.

(85) P. ROLAND, « Article 7 », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Economica, 1995, p. 299.

(86) Pour un appel à la prudence en la matière que nous ne partageons pas, voy. P. ROLAND, « Article 7 », *op. cit.*, pp. 299 et s. L'auteur souligne que si le concept de crime contre l'humanité progresse, un accord est loin d'être acquis sur le contenu exact des crimes contre l'humanité. Or, selon lui, la positivité des règles est plus importante encore en droit pénal que pour les autres branches du droit ; le principe de la définition claire de l'infraction correspond à une exigence évidente de sécurité juridique.

Sur le caractère flou des contours du crime contre l'humanité, voy. aussi J. VERHOEVEN, « M. Pinochet, la coutume internationale et la compétence universelle », *op. cit.*, p. 311.

(87) Article 60 de la C.E.D.H., Article 5, § 2 du Pacte.

On peut, tout d'abord, reprendre les deux exemples auxquels se réfère le juge Vandermeersch dans son ordonnance. D'une part, le législateur belge a reconnu l'existence, et les statuts, des Tribunaux internationaux *ad hoc* et les a intégrés dans l'ordre juridique interne, alors que ces statuts consacrent l'incrimination de crime contre l'humanité à l'égard d'actes commis avant leur entrée en vigueur (88). D'autre part, lors de la ratification de la Convention sur le génocide, la Belgique n'a pas jugé nécessaire d'adapter sa législation interne, estimant que «les principes inclus dans la Convention (pouvaient) être considérés comme faisant déjà partie du système juridique belge» (89).

On peut ajouter d'autres exemples. Ainsi, après la fin de la seconde Guerre mondiale, alors que les crimes de guerre n'étaient pas incriminés par le Code pénal belge ou des lois particulières, cela n'a pas empêché les poursuites pénales et les condamnations sur la base de ce chef après la libération. Comme le crime de guerre en 1940-1945, le crime contre l'humanité est une incrimination internationale coutumière qui trouve sa source dans le droit de Nuremberg (90).

Au cours des travaux préparatoires sur les amendements à la loi du 16 juin 1993 qui est devenue la loi relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire, certains membres de la Commission de la Justice du Sénat, ainsi que le Ministre, ont souligné que l'intégration des crimes contre l'humanité dans une loi pénale classique présente le risque que des prévenus tirent argument du principe de la légalité des infractions pour soutenir que les faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi nationale ne peuvent donner lieu à aucune poursuite, puisqu'ils n'étaient pas punissables à ce moment en vertu du droit pénal national. Dans une note, le Ministre a affirmé

«Les cours et tribunaux belges peuvent connaître de faits constitutifs de crimes de génocide ou de crimes contre l'humanité commis avant l'entrée en vigueur d'une éventuelle modification de la loi de 1993 (...) des poursuites pourraient aussi être engagées pour crime de droit international, constitutifs de crime de génocide et/ou de crime contre l'humanité en tant que tels. Dans ce cas, l'incrimination retenue est issue des règles contraignantes de droit international humanitaire. Si des poursuites intervenaient en Belgique pour des faits antérieurs à la modification de la loi de 1993, il n'y aurait donc pas d'entorse aux règles de droit pénal international selon lesquelles le droit pénal ne peut rétroagir au détriment des personnes poursuivies et qu'il n'existe pas d'infraction sans loi qui l'incrimine. L'application de la coutume internatio-

(88) Loi du 22 mars 1996 relative à la reconnaissance du T.P.I.Y. et T.P.I.R., *M.B.*, 27 avril 1996.

(89) Exposé des motifs du projet de loi d'approbation de la Convention sur le génocide, *Doc. parl.*, Chambre, 1990, 201-1, 4.

(90) Voy. E. DAVID, «L'actualité juridique de Nuremberg», in *Le Procès de Nuremberg. Conséquences et actualisation. Actes du Colloque international*, 27 mars 1987, Bruxelles, Bruylant et éd. de l'Université de Bruxelles, 1988, par. 61, 80 et 105.

nale en ces matières est d'ailleurs expressément reconnue par les textes internationaux de protection des droits de l'homme» (91).

Les travaux préparatoires de la loi précitée précisent très clairement que l'introduction d'une incrimination explicite des crimes contre l'humanité dans le droit interne belge n'est qu'une confirmation du droit existant, et vise à assurer à celui-ci une meilleure visibilité (92).

Au regard du droit belge aussi, il faut donc conclure que le principe de la légalité des infractions vise une légalité prise dans son sens matériel, légalité qui pourrait être exprimée par l'adage *nullum crimen sine jure*, le terme *jure* englobant la coutume (93).

B. — *La compétence du juge belge sur la base de la qualification de crimes contre l'humanité*

La requête dont a été saisi le juge Vandermeersch par les parties civiles soulevait la question de savoir si le juge belge peut poursuivre et réprimer des faits commis par un étranger, à l'étranger, contre des étrangers et pouvant être qualifiés de crime contre l'humanité. Cette compétence n'est rien d'autre qu'une compétence universelle (94).

La compétence universelle n'est pas prévue sur un plan général par le Code d'instruction criminelle belge (95). Le juge Vandermeersch a dès lors vérifié s'il existait un principe coutumier consacrant la compétence universelle pour les crimes contre l'humanité. Sur ce point encore, on ne peut que se réjouir de l'ordonnance rendue. C'est à juste titre qu'il reconnaît l'existence d'un principe coutumier en matière de compétence universelle pour les crimes contre l'humanité (96).

(91) Note citée dans *Doc. Sénat*, 1^{er} — 749/3 — 1998/1999, 18-19.

(92) *Doc. Sénat*, 1^{er} — 749/3 — 1998/1999, 20.

(93) S. GLASER, *Droit international pénal conventionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1970, p. 24.

(94) L'histoire de la compétence universelle est celle d'une lente mais irrésistible ascension : longtemps cantonnée à la piraterie maritime, elle a progressivement gagné ses galons en droit conventionnel (A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, Paris, P.U.F. Thémis, 1993, n° 139, p. 226).

(95) La compétence universelle est néanmoins entrée de plein pied dans le droit interne belge. C'est ainsi qu'elle a été consacrée par la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves aux Conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux Protocoles I et II du 8 juin 1977, additionnels à ces Conventions et par la loi du 13 avril 1995 réprimant la traite des êtres humains et la pornographie enfantine.

(96) Dans le même sens, voy. S.R. RATNER, «The Schizophrenias of International Criminal Law», *Texas International Law Journal* 1998, p. 255 et renvoi à Demjanjuk; EICHMAN, «Restatement (third) of the Foreign Relations Law of the United States», § 404 (1987); Final Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992), at 20-21, UN Doc. S/1994/674 (1994); K.C. RANDALL, «Universal Jurisdiction Under International Law», *Texas International Law Journal*, 1988, pp. 788-90 et 814; H.M. OSOFSKY, «Domesticating International Criminal law : Bringing Human Rights Violators to Justice», *The Yale Law Journal*, 1997, p. 219.

Bien que l'expression «juridiction universelle» ou «compétence universelle» n'apparaisse ni dans le Statut ni dans le jugement de Nuremberg, l'idée est impliquée par le droit issu de Nuremberg et par la nature même du crime. La poursuite des crimes contre l'humanité est affranchie de contraintes spatiales. Il est de l'essence d'un crime de droit international de relever de la compétence de tous les États (97).

La compétence universelle a été reconnue explicitement par de nombreuses juridictions internes. C'est, en effet, cette compétence qui a été exercée par les tribunaux alliés et nationaux qui ont jugé des étrangers pour des faits commis à l'étranger sur des étrangers (98). Dans l'affaire *Eichmann*, la Cour suprême d'Israël a fondé sa compétence sur ce que les faits reprochés à Eichmann constituent des *delicta juris gentium* et plus spécialement sur une norme coutumière de droit international existant même avant la Convention du 9 décembre 1948 en ce qui concerne le crime de génocide (99).

Dans l'affaire *Barbie*, la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Lyon dans son arrêt du 8 juillet 1983 a déclaré :

«En raison de leur nature, les crimes contre l'humanité (pour lesquels Barbie est inculpé) ne relèvent pas seulement du droit pénal interne français mais encore d'un ordre répressif international auquel la notion de frontière et des règles extraditionnelles qui en découlent sont fondamentalement étrangères (...)» (100).

Dans l'affaire *Regina v. Finta*, la Haute Cour du Canada a également reconnu le principe de la compétence universelle pour les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité (101).

La compétence universelle en matière de crimes contre l'humanité a encore été consacrée par certaines résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, comme la résolution 3074 du 3 décembre 1973 à laquelle se réfère l'ordonnance. Elle a par ailleurs été reconnue implicitement par les statuts des Tribunaux *ad hoc* et de la Cour pénale internationale quand ils consacrent la complémentarité des compétences de ces juridictions internationales et des cours et tribunaux nationaux (102).

(97) Voy. notamment J.C. GENTON, «Le Tribunal pénal international. Compétence réelle. Les solutions données par le Tribunal en ce qui concerne les crimes visés par le Statut du 8 août 1945», *R.D.P.C.*, 1948, p. 517; voy. aussi dans le même sens, S.A. WILLIAMS et J.G. CASTEL, *Canadian Criminal Law : International and Transnational Aspects*, Toronto, Butterworths, 1981, pp. 137 et s.

(98) E. DAVID, *Éléments de droit pénal international*, op. cit. n° 13.84.

(99) *Eichmann Case*, Supr. Crt of Israel, May 29, 1962, *I.L.R.* 36, pp. 298 et s.

(100) Affaire *Barbie*, App. Lyon, Ch. Acc., 8 juillet 1983, *J.D.I.*, 1983, p. 782.

(101) Canada, High Court of Justice, 10 juillet 1989, *Regina v. Finta*, *I.L.R.*, 1982, p. 444.

(102) Article 8 du Statut du T.P.I.R., article 9 du Statut du T.P.I.Y., 10^e considérant du Préambule du Statut de la C.P.I. Sur ce point, voy. L. REYDAMS, «Universal Jurisdiction over Atrocities in Rwanda : Theory and Practice», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1996, 1, p. 32.

En tant que règle coutumière, la compétence universelle pour juger des crimes contre l'humanité fait partie du droit belge (103). On peut trouver dans les principes coutumiers le fondement d'une compétence universelle sans que la transposition préalable en droit interne soit exigée. Dans un appel contre une décision d'extradition prise par le Gouvernement des États-Unis à l'égard de Demjanjuk qu'Israël voulait juger pour sa participation au génocide nazi, la Cour accepta la compétence israélienne pour génocide (104). Puisque la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide ne prévoit pas expressément la compétence universelle (105), le droit coutumier est la seule base sur laquelle la Cour a pu se reposer pour reconnaître la compétence israélienne (106). De même en Belgique, à l'occasion d'une affaire opposant l'organisation écologiste *Greenpeace* à des firmes qui procédaient à des incinérations et à des déversements de déchets toxiques en haute mer, la Cour d'appel d'Anvers (107) approuvée ensuite par la Cour de cassation (108) s'est déclarée apte à connaître des réclamations portées contre *Greenpeace* par les firmes préjudiciées, en invoquant la compétence universelle reconnue au juge en matière de piraterie par la Convention de Genève de 1958 sur la haute mer (109).

Ce raisonnement peut être transposé pour fonder la compétence du juge belge en ce qui concerne les crimes contre l'humanité reprochés au Général Pinochet. La compétence universelle pour juger des crimes contre l'humanité, bien que non prévue par le droit interne belge, peut être puisée dans le droit international coutumier. Mentionnons encore que cette compétence universelle est désormais expressément consacrée en droit interne belge par la loi précitée du 10 février 1999 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire.

(103) E. DAVID, «L'actualité juridique de Nuremberg», in *Le procès de Nuremberg. Conséquences et actualisation*, op. cit., p. 169.

(104) *Demjanjuk v. Petrovsky*, 776 F. 2D 571, US Court of Appeals, 6th Cir., 31 octobre 1985, A.J.I.L., vol. 80, 1986, 656 à 658.

(105) La Convention sur le génocide de 1948 précise, dans son article 6, deux endroits distincts pour le jugement : l'État où l'acte a été commis et une cour criminelle internationale.

(106) Comme le déclara le juge Lively, «The underlying assumption is that the crimes are offenses against the law of nations or against humanity and that the prosecuting nation is acting for all nations. This being so, Israel or any other nation, regardless of its status in 1942 or 1943, may undertake to vindicate the interest of all nations by seeking to punish the perpetrators of such crimes» (C'est nous qui soulignons) (H.M. OSORSKY, «Domesticating International Criminal law : Bringing Human Rights Violators to Justice», *The Yale Law Journal*, 1997, pp. 203 et 204). Pour d'autres commentaires sur cette affaire, en relation avec l'Ordonnance qui nous occupe, voy. également J. BURNEO LABRIN et H.-D. BOSLY, op. cit. pp. 296 et s.

(107) App. Anvers, 19 juillet 1985, *Dr. eur. transports*, 1985, p. 542, obs. STARKLE.

(108) Cass. 19 décembre 1986, *Pas*, 1987, I, pp. 497 et s.

(109) Sur cette affaire, voy. E. DAVID, *Éléments de droit pénal international*, op. cit., n° 11.11.

III. — LA COMPÉTENCE *RATIONE TEMPORIS* DU JUGE :
À PROPOS DE L'IMPRESCRIPTIBILITÉ DES CRIMES
DE DROIT INTERNATIONAL

Afin de faire échec aux arguments selon lesquels les faits reprochés au Général Pinochet seraient recouverts par la prescription, le juge Vandermeersch se fonde sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité qui est consacrée par une règle coutumière de droit international. C'est sans doute sur ce point que le raisonnement du juge est le plus incertain du point de vue juridique.

Un premier argument dans le sens de l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité consiste à dire que ces crimes étant issus du droit international, ils ne peuvent logiquement être soumis à la prescription parce que de façon générale, et contrairement à certains ordres juridiques internes (110), le droit international ne connaît pas la prescription (111). Cet argument est néanmoins sujet à caution car certains textes de droit international prennent la peine de consacrer expressément l'imprescriptibilité de certaines infractions, dont le crime contre l'humanité.

L'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité fut énoncée pour la première fois en 1945 dans l'article II, § 5 de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle allié (112). L'imprescriptibilité de ces crimes fut ensuite reprise par la Convention des Nations Unies du 26 novembre 1968 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ainsi que par la Convention du Conseil de l'Europe du 25 janvier 1974 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Le peu de succès remporté par ces conventions pose la question de savoir si ces règles ont une valeur coutumière. Certains justifient le faible taux de ratification par l'imprécision de ces deux conventions, qui définissent à la fois très largement et trop vaguement les crimes visés; le reproche fut aussi fait à la Convention des Nations Unies d'instituer une rétroactivité trop absolue. Il ressort des travaux préparatoires à la Convention des Nations Unies que les délégations étaient partagées sur la question de l'imprescriptibilité (113).

Un autre élément qui peut faire douter de l'existence d'une règle coutumière est le fait qu'après de longues tergiversations, la Commission de droit

(110) Au niveau national, la prescription des crimes, délits ou contraventions n'est ni une règle absolue ni une règle générale. Certaines législations, parmi lesquelles les législations française, belge, allemande, italienne, etc. la connaissent; d'autres, comme celles des pays de *common law*, excluent toute prescription.

(111) E. DAVID, *op. cit.*, n° 14.138.

(112) « Dans aucun procès ou aucune poursuite pour des crimes précités, l'accusé n'aura le droit d'invoquer le bénéfice d'une prescription accomplie durant la période du 30 janvier 1933 au 1^{er} juillet 1945. De même il ne sera pas admis que fasse obstacle, tant au procès qu'à la peine, une immunité, grâce ou amnistie accordée sous le régime nazi ».

(113) P. MERTENS, *L'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité*, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1974, pp. 155-157.

international a décidé de supprimer le principe de l'imprescriptibilité des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité dans son projet de code finalement adopté en 1996 (114).

En revanche, plaide en faveur du caractère coutumier de l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité le fait que, dans l'affaire *Furundzija*, une Chambre du TPIY semble avoir consacré le caractère coutumier du droit matériel qui figure dans le Statut de la CPI (115), qui comprend notamment la règle de l'imprescriptibilité (116).

Qu'en est-il des législations nationales ? Plusieurs pays qui reconnaissent la prescription en matière pénale, ont consacré l'imprescriptibilité de tels crimes. Mais beaucoup l'ont consacrée uniquement pour les crimes contre l'humanité commis pendant la seconde Guerre mondiale (117). D'autres, moins nombreux, ont consacré l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité en général. C'est notamment le cas de la France. L'article 213-5 du Code pénal français déclare imprescriptible l'action publique relative aux crimes contre l'humanité. Cette solution avait déjà été retenue par la loi française du 26 décembre 1964 tendant à constater l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité (118). La Belgique vient, elle aussi, de consacrer l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité. En effet, la loi précitée du 10 février 1999 étend aux crimes de génocide et crimes contre l'humanité la règle de l'imprescriptibilité déjà consacrée par la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves aux Conventions internationales de Genève.

Les arguments les plus convaincants en faveur de l'existence d'une règle coutumière consacrant l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité proviennent de la pratique gouvernementale et de la jurisprudence françaises. Alors que Touvier faisait valoir que la loi française précitée de 1964 affirmant l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité ne saurait englober des faits déjà atteints par la prescription, la Chambre d'accusation, par arrêt du 17 décembre 1976, soumet à l'appréciation du Ministre des Affaires étrangères divers points relatifs à la prescription. Dans son avis du 15 juin 1979, le Ministre des Affaires étrangères conclut que «le seul principe en matière de prescription des crimes contre l'humanité qu'on doit considérer

(114) Rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa 48^e session, 6 mai-26 juillet 1996), A.G., 51^e session, Doc. off. Supp. N° 10 A/51/10.

(115) «En tout état de cause, le Statut de Rome peut, d'une manière générale, être considéré comme une expression des conceptions juridiques d'un grand nombre d'États qui fait autorité» (Chambre de Première Instance du T.P.I.Y., Affaire *Le procureur c. Anto Furundzija*, 10 décembre 1998, par. 227).

(116) Article 29 du Statut de la C.P.I.

(117) Parmi ces États figurent de nombreux pays de l'ancien bloc de l'est qui à l'approche de la date de prescription des faits commis par les nazis ont introduit dans leur législation interne la règle de l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité. A cet égard, voy. notamment P. MERTENS, *op. cit.*

(118) *Journal officiel de la république française*, 29 décembre 1964, p. 17.788

comme se déduisant du Statut du Tribunal militaire international est le principe d'imprescriptibilité». La Chambre d'accusation en tirera les conséquences dans un arrêt du 27 juillet 1979. Cette orientation sera confirmée par la Cour de cassation française dans un arrêt de 1982 rendu dans l'affaire *Legay* (119). La Cour de cassation française confirmera encore l'existence d'une règle coutumière consacrant l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité dans l'affaire *Barbie* par ses arrêts du 6 octobre 1983 (120) et du 26 janvier 1984 (121) notamment.

Enfin, la doctrine a souligné que la prescription est incompatible avec la nature des faits incriminés (122). La gravité extrême des infractions internationales et le fait qu'elles portent préjudice à la communauté internationale dans son ensemble s'opposent à ce que ces infractions s'éteignent par le seul écoulement du temps. «On ne conçoit pas la 'loi de l'oubli' pour des crimes qui ont été perpétrés contre la communauté des nations et l'humanité en tant que telles. Ces crimes sont imprescriptibles par nature» (123).

CONCLUSION

Il faut se féliciter de l'ordonnance rendue le 6 novembre 1998 par le juge Vandermeersch dans l'affaire Pinochet pour les développements qu'elle apporte au droit pénal international. Le magistrat s'y emploie à établir l'existence d'une série de règles coutumières de droit international et, contrairement à la majorité des Lords dans la décision du 24 mars 1999 (124), les applique directement dans l'ordre interne belge, ce qui lui permet de fonder sa compétence en l'espèce. C'est ainsi qu'il se reconnaît compétent *ratione personae* en écartant l'immunité bénéficiant aux anciens chefs d'État, *ratione materiae* en reconnaissant l'application directe en droit interne belge de l'incrimination du crime contre l'humanité telle que consacrée en droit international et *ratione temporis* en constatant l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité.

(119) Cour de Cass. crim. fr. 21 octobre 1982, *Legay*, *Bull. des arrêts de la Cour de cassation en matière criminelle*, 1982, n° 231.

(120) Cour de Cass. crim. fr. 6 octobre 1983, *Barbie*, *J.D.I.*, 1984, pp. 308 et s.

(121) Cour de Cass. crim. fr. 26 janvier 1984, *J.C.P.*, II, 20197.

(122) E. DAVID, «L'actualité juridique de Nuremberg», *op. cit.*, p. 158.

(123) P. MERTENS, *op. cit.* p. 226.

(124) Si la majorité des Lords ont fondé leur raisonnement sur l'étanchéité du droit britannique, il faut néanmoins relever que deux d'entre eux ont tenu un raisonnement qui s'en écarte dans une certaine mesure et se rapproche quelque peu de celui tenu par le juge d'instruction belge : il s'agit de Lord Millet, seul Lord qui a reconnu que la procédure d'extradition pouvait porter sur tous les faits reprochés à Pinochet et de Lord Hutton qui, s'il a limité les faits donnant lieu à extradition à ceux commis après le 29 septembre 1988, a néanmoins considéré que Pinochet ne pouvait jouir d'aucune immunité dès cette date et n'a donc pas subordonné le refus du bénéfice des immunités à l'entrée en vigueur de la Convention internationale contre la torture.

Une autre raison de se réjouir vient du fait que le juge belge ne devra plus s'épuiser, dans des affaires semblables, à démontrer sa compétence en recourant au droit international coutumier : il s'agit de la loi du 10 février 1999 qui modifie la loi du 16 juin 1993 et la rebaptise loi relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire. Elle introduit une incrimination explicite des crimes contre l'humanité en droit belge. Elle consacre également la compétence universelle du juge belge pour connaître de tels crimes, l'imprescriptibilité de ces crimes et le rejet de l'exception fondée sur l'immunité des chefs d'État pour de tels crimes.

Reste que si nous nous réjouissons de ces développements en matière de droit pénal international, il faut néanmoins veiller à ce que le besoin de justice auquel entendent précisément répondre ces avancées ne soit pas exercé de manière discriminatoire. La crédibilité du système de justice internationale pénale qui se met progressivement en place est à ce prix.