TPF 2012 97

18. Extrait de la décision de la Cour des plaintes dans la cause A. contre Ministère public de la Confédération, B. et C. du 25 juillet 2012 (BB.2011.140)

Crimes de guerre. Actes commis à l'étranger. Immunité personnelle et fonctionnelle.

Art. 264b ss et 264m CP

L'art. 264m CP n'exige pas un lien étroit de l'auteur avec la Suisse. Il n'y a pas lieu de prendre en compte cet élément en vertu du droit coutumier non plus (consid. 3.3).

Portée de l'exigence selon laquelle l'auteur „n'est pas extradé“ (art. 264m al. 1 CP), s'il existe des indices concrets permettant de penser que l'Etat requérant n'a pas la volonté de poursuivre sérieusement l'auteur ou n'est pas en mesure de le faire, ou qu'en cas d'extradition ce dernier ne sera pas condamné à une juste peine (consid. 3.4).

Rapport avec le principe de non-ingérence selon le droit international (consid. 3.5) et avec une éventuelle juridiction d'un tribunal pénal international dont la compétence est reconnue par la Suisse (consid. 3.6).

Le ministre de la défense en fonction jouit, pendant qu'il est en exercice, de l'immunité *ratione personae* (immunité personnelle). Après la cessation de ses fonctions officielles, il ne peut se prévaloir d'aucune immunité en cas de violation grave des droits humains (consid. 5).

Kriegsverbrechen. Im Ausland begangene Straftat. Persönliche und funktionelle Immunität.

Art. 264b ff. und 264m StGB

Art. 264m StGB verlangt keine enge Beziehung des Täters zur Schweiz. Dieses Element braucht auch nicht aufgrund des Wohnheitsrechts berücksichtigt zu werden (E. 3.3).

Bedeutung von „nicht ausgeliefert werden“ (Art. 264m Abs. 1 StGB), wenn konkrete Hinweise den Schluss zulassen, dass der ersuchende Staat nicht willens ist, den Täter ernsthaft zu verfolgen oder wenn er dazu nicht in der Lage ist oder der Täter im Falle einer Auslieferung nicht zu einer gerechten Strafe verurteilt wird (E. 3.4).

Verhältnis zum Grundsatz der Nichteinmischung gemäss internationalem Recht (E. 3.5) und zu einer allfälligen Gerichtsbarkeit eines von der Schweiz anerkannten internationalen Strafgerichts (E. 3.6).

Der Verteidigungsminister geniesst während seiner Amtszeit die Immunität *ratione personae* (persönliche Immunität). Nach Beendigung seiner amtlichen Tätigkeit kann er sich im Falle schwerwiegender Menschenrechtsverletzungen auf keinerlei Immunität mehr berufen (E. 5).

Crimini di guerra. Reati commessi all'estero. Immunità personale e funzionale.

Art. 264b ss et 264m CP

L'art. 264m CP non presuppone l'esistenza di uno stretto legame del reo con la Svizzera. Anche sotto il profilo del diritto consuetudinario non vi è ragione di prendere in considerazione questo elemento (consid. 3.3).

Portata dell'esigenza della „non estradizione“, posta dall'art. 264m cpv. 1 CP, se vi sono indizi concreti per ritenere che lo Stato richiedente non ha la volontà di perseguire seriamente il reo o non è in grado di farlo, oppure che in caso di estradizione il reo non sarà condannato ad una giusta pena (consid. 3.4).

Rapporto con il principio di non ingerenza secondo il diritto internazionale (consid. 3.5) e con un'eventuale giurisdizione di un tribunale penale internazionale riconosciuto dalla Svizzera (consid. 3.6).

Il ministro della difesa gode di immunità *ratione personae* (immunità personale) durante l'esercizio della sua funzione ufficiale. Dopo la cessazione di tale funzione non può prevalersi di alcuna forma di immunità in caso di sue violazioni gravi dei diritti umani (consid. 5).

Arrêt du Tribunal fédéral 1B_542/2012 du 8 novembre 2012: le recours est irrecevable.

Résumé des faits:

Le Ministère public de la Confédération (MPC) a ouvert une instruction pénale du chef de crimes de guerre (art. 264b ss CP; art. 108 et 109 aCPM) à l'encontre de A., ressortissant algérien, ancien général major de l'armée algérienne et ancien Ministre de la défense en raison de crimes de guerre commis dans le cadre du conflit interne algérien entre 1992 et 1999. Par ordonnance du 1^{er} décembre 2011, le MPC s'est déclaré compétent en cette affaire, ce qu'a contesté A. dans un recours du 12 décembre 2011. A.

conteste la compétence helvétique et soutient être au bénéfice d'une immunité de juridiction.

La Cour des plaintes a rejeté le recours.

Extrait des considérants:

3.3 Le recourant conteste [...] le bien-fondé de la compétence helvétique en invoquant le fait qu'il n'a aucun lien étroit avec notre pays. [...].

3.3.1 L'exigence du lien étroit de l'auteur avec la Suisse avait été introduite à l'art. 9 aCPM au 1^{er} juin 2004 (Message relatif à la mise en œuvre du Statut de Rome; FF 2008 3493 à 3496 et 3546 à 3547). Cet article est resté en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010. En 2008, lors des travaux législatifs concernant l'introduction dans le CP de la disposition pénale topique permettant de fonder la compétence helvétique de poursuivre les crimes de génocide et des crimes de guerre contre l'humanité selon le principe de la compétence universelle de substitution (compétence universelle limitée), le législateur a renoncé à cette condition. HENZELIN relève de surcroît que le critère du lien étroit n'est pas prévu par la Convention de 1948 contre le génocide (RS 0.311.11), ni par les quatre Conventions de Genève (RS 0.518.1; RS 0.518.23; RS 0.518.42; RS 0.518.51) de sorte que cette condition a créé, tant qu'elle a été applicable, une contradiction entre le droit suisse et ces instruments de droit international, raison pour laquelle elle n'a pas été reprise dans les dispositions du CP en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011 (HENZELIN, Commentaire Romand CP I [ci-après: Commentaire CP I], Bâle 2009, n^o 37 ad art. 7). Cette exigence, qui ne figure donc pas à l'art. 264^m CP, a été abrogée notamment pour trois raisons: l'imprécision juridique, la limitation excessive de la compétence répressive nationale alors qu'il s'agit précisément de poursuivre des crimes d'une extrême gravité et son contour trop restrictif par rapport aux solutions retenues en la matière par d'autres Etats d'Europe occidentale (Message relatif à la mise en œuvre du Statut de Rome; FF 2008 3493 à 3496). A la lumière de la volonté clairement exprimée par le législateur, l'absence d'un lien étroit entre le recourant et la Suisse ne saurait donc empêcher la poursuite en cours.

Il convient de relever au surplus que la notion de lien étroit - qui n'existait au demeurant pas dans les articles topiques du CPM en vigueur à l'époque des faits incriminés (de 1992 à 1999) - constituait, ainsi que le relèvent les intimés, une condition de l'exercice de l'action pénale et non pas un élément

constitutif de l'infraction ou de quotité de la peine. En conséquence, il n'y a pas lieu d'appliquer à cette question les principes de non-rétroactivité et de *lex mitior* (DUPUIS ET AL., Petit Commentaire, Code pénal [ci-après: PC CP], Bâle 2012, n° 8 ad art. 2). A titre complémentaire, on relèvera que le principe de la *lex mitior* exige une comparaison du droit applicable au moment du jugement avec celui en vigueur au moment de la réalisation de l'infraction (art. 2 al. 2 CP). Dès lors que le droit en vigueur à l'époque des faits ne prévoyait pas l'exigence d'un lien étroit, invoquer la *lex mitior* n'est d'aucun secours pour le recourant. Son argumentation n'est donc pas fondée.

3.3.2 Dans sa réplique, le recourant invoque encore que si la notion du lien étroit n'existait pas dans les textes légaux au moment de la réalisation des faits qui lui sont reprochés, elle relevait cependant du droit coutumier; selon lui, il convient à ce titre de la prendre en considération.

Parmi les sources du droit international figure en effet le droit coutumier. Il est fondé selon la doctrine dominante sur une pratique constante, uniforme et générale des sujets de droit accompagnée d'une conviction que cette pratique possède une force juridiquement obligatoire (KOLB, Droit international pénal, Bâle 2008, p. 57; La relation entre droit international et droit interne, Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008 du 5 mars 2010, point 4.3).

La notion de lien étroit qui figurait à l'art. 9 aCPM a été introduite dans la loi par les Chambres fédérales en 2003 (BO 2003 N 1989; 2003 E 941). Il ressort des débats aux Chambres que cette modification a eu pour origine la situation de la Belgique à l'époque dont la loi sur les criminels de guerre, datant des années 1993 et 1999, posait le principe de la compétence universelle sans en subordonner l'application à la condition que le prévenu soit arrêté dans ce pays. Cela a eu pour conséquence que la justice belge s'est vue confrontée à des plaintes déposées contre des dirigeants, des politiques et des généraux étrangers qui ont soulevé des questions de compétence très délicates et ont été jusqu'à provoquer des conflits avec d'autres Etats (Message relatif à la mise en œuvre du Statut de Rome; FF 2008 3491). Or, c'est précisément pour éviter une situation similaire que les députés ont choisi d'introduire la condition du lien étroit dans la loi (BO 2003 E 940, 941; BO 2003 N 1984 ss; KOLB, op. cit., p. 228; VEST, Die Bundesrechtliche Botschaft zur Umsetzung der Vorgaben des IStGH-Status – eine kritische Bestandsaufnahme, 2009, p. 423, 426). Si le besoin

d'ancrer cette exigence dans la loi s'est imposé, c'est bien qu'il n'existait auparavant aucune obligation, découlant du droit coutumier, de la prendre en considération pour poursuivre dans notre pays un étranger soupçonné de crime de guerre (BO 2003 N 1987). Du reste, KOLB souligne à cet égard que „la condition du *lien étroit* ne codifie pas une ancienne pratique comme cela a été prétendu; elle intègre une exigence restrictive nouvelle“ (KOLB, op. cit., p. 228). D'ailleurs, le critère du lien étroit est fonctionnellement étranger au domaine des crimes internationaux. En effet, dans ce domaine délégué par le droit international, il s'agit d'exercer une compétence répressive dans l'intérêt de la communauté internationale – afin d'assurer un minimum de répression et d'éliminer les *save havens* (KOLB, op. cit., p. 230). De surcroît, l'exigence du lien étroit entraîne un conflit avec les Conventions de Genève de 1949 dont la Suisse est dépositaire. En effet, cette condition peut amener à violer l'obligation conventionnelle de poursuivre pénalement les infractions graves si la personne accusée se trouve sur le territoire d'un Etat partie (KOLB, *ibidem*; GRANT in Droit international pénal, op. cit., p. 470). Aucun auteur ne soutient le contraire (POPP, *Kommentar zum Militärstrafgesetz, Besonderer Teil, St-Gall 1992*, chiffre marginal 5 des remarques préliminaires concernant les art. 108 ss; HAURI, *Militärstrafgesetz, Kommentar, Berne 1983*, ad art. 9).

Enfin, ainsi que le relèvent les parties plaignantes avec pertinence, la jurisprudence ne fait aucunement état de la prise en compte de cette notion de lien étroit avant son introduction dans le CPM en 2004. Il ressort ainsi du jugement du 5 septembre 1997 du Tribunal militaire de cassation que le Tribunal militaire de division 1 ne s'est jamais interrogé sur sa compétence alors même que la personne soupçonnée était de passage en Suisse et sans aucun autre lien avec notre pays (consid. b et 3b). En outre, dans une décision de 2004, le Département fédéral de la défense, chargé d'examiner si une poursuite pénale pouvait être ouverte contre un auteur étranger pour génocide, n'a pour sa part examiné cette question qu'en prenant en considération l'exigence de la présence de l'auteur en Suisse. Il n'a fait aucune mention de l'existence d'une autre condition, telle que l'existence d'un lien étroit (JAAC 68.50).

Compte tenu des éléments qui précèdent, l'argument du recourant quant à l'exigence de prendre en considération l'existence d'un lien étroit en vertu du droit coutumier tombe à faux.

3.4 Le recourant soutient ensuite que la condition de l'art. 264^m CP relative au fait que la personne ne puisse pas être extradée n'est en l'occurrence pas remplie.

Le Message relatif à la mise en œuvre du Statut de Rome précise à cet égard que l'auteur ne doit pas pouvoir être extradé, même s'il a commis une infraction pouvant donner lieu à extradition. En posant cette réserve pour ce qui est des personnes qui n'ont pas la nationalité suisse, le législateur marque la préférence accordée à l'ouverture d'une procédure pénale dans l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis (principe de territorialité) ou dans l'Etat d'origine de l'auteur de l'acte (principe de la personnalité). Lorsque l'extradition peut être envisagée, et sous réserve d'autres obstacles, la justice suisse est donc compétente seulement si l'autre Etat renonce expressément ou implicitement à engager une procédure pénale. Le Message précise cependant que l'on rejettera également la demande d'extradition si l'on a des indices concrets permettant de penser que l'Etat requérant n'a pas la volonté de poursuivre sérieusement l'auteur ou n'est pas en mesure de le faire, ou qu'en cas d'extradition il ne sera pas condamné à une juste peine. Si, dans un cas de ce genre, l'Etat dans lequel le crime a été commis ne requiert pas l'extradition, les autorités suisses peuvent exceptionnellement renoncer à lui adresser une demande expresse (Message relatif à la mise en œuvre du Statut de Rome; FF 2008 3492). Ces développements reprennent et confirment ce que le Tribunal fédéral avait déjà spécifié dans un ATF 121 IV 145 selon lequel s'il existe des indices concrets permettant de penser que l'Etat où le crime a été commis n'a pas la volonté de poursuivre sérieusement l'auteur ou le condamner à une peine équitable, si les intérêts de victimes suisses ne sont ainsi pas protégés et s'il ne requiert pas l'extradition, les autorités suisses peuvent exceptionnellement renoncer à lui adresser une demande expresse (consid. 2 cc). Dans la jurisprudence relative à l'art. 19 ch. 4 LStup - à laquelle on peut se référer (PC CP ad art. 6 n° 5) dans la mesure où cette disposition fait également référence à la notion „qu'il n'est pas extradé“ – le Tribunal fédéral avait précisé d'une part que la compétence des autorités helvétiques existe lorsque l'extradition n'est pas possible, même si aucune demande n'a été formulée par l'Etat étranger; le fait qu'une éventuelle demande d'extradition serait rejetée suffit à obliger la Suisse à se charger de la poursuite et du jugement en application de l'adage „*aut dedere aut judicare*“ (SJ 1991 p. 143). D'autre part, le Tribunal fédéral a indiqué que, dans ce contexte, il faut entendre l'expression „et qu'il n'est pas extradé“ comme le simple fait que l'auteur n'est pas transféré, indépendamment des raisons pour lesquelles il ne l'est pas (ATF 137 IV 33 consid. 2.1.3; 116 IV 244 consid. 4a). Le juge suisse doit certes s'assurer, lorsque l'extradition n'est pas exclue, qu'elle ne sera pas requise (ATF 116 IV 244 consid. 4a). Cependant, dans un arrêt plus ancien, la Haute Cour avait également précisé

que le juge peut exceptionnellement se dispenser de ce renseignement s'il est impossible d'obtenir le point de vue de l'Etat concerné dans un délai raisonnable (arrêt du Tribunal fédéral 1S.1/2004 consid. 5 et références citées). Ce principe n'est donc pas intangible.

Au surplus, ce sont les conventions applicables qui déterminent quel principe l'emporte entre la poursuite ou l'extradition (HENZELIN, op. cit., n° 32 ad art. 6). Or, les quatre Conventions de Genève de 1949, auxquelles tant la Suisse que l'Algérie sont parties, prévoient une priorité de la poursuite sur la remise ou l'extradition de l'auteur (art. 49 CG I; art. 50 CG II; art 129 CG III; art. 146 CG IV). Il en résulte que les Etats parties à ces Conventions doivent rechercher si des auteurs potentiels de crimes de guerre se trouvent dans leur sphère de puissance et ouvrir des procédures à leur encontre (Mesures complémentaires dans le domaine du droit pénal nécessaires à la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, avant-projet et rapport explicatif, p. 37). Il en découle également que si un Etat suspecte qu'un criminel de guerre pourrait venir prochainement sur son territoire, il doit enquêter alors même qu'aucune demande d'extradition ne peut encore être formulée. Il ne peut exciper de l'absence supposée de cette personne sur son territoire pour nier sa compétence *a priori* (HENZELIN, op. cit., n° 7 ad art. 6).

Dans la présente affaire, l'Algérie, informée de l'interpellation du recourant le 20 octobre 2011, s'est manifestée le jour même auprès du DFAE tant à Alger qu'à Berne afin „d'exprimer sa sérieuse préoccupation à cet égard“. Depuis, à la connaissance de la Cour, elle n'est plus intervenue auprès des autorités helvétiques. Par ailleurs, le recourant ne se trouve plus en Suisse. En effet, après avoir été entendu par le MPC, il a quitté le territoire pour retourner en Algérie où aucune procédure n'a semble-t-il été ouverte contre lui depuis. Il n'est du reste pas vraisemblable qu'une telle éventualité se produise. En effet, aucune poursuite n'a jamais été entreprise contre les dirigeants en charge à l'époque critique. De plus, il ressort de l'ordonnance n° 06-01 du 27 février 2006 portant mise en œuvre de la Charte pour la paix et la réconciliation nationale algérienne que l'art. 44 stipule que les citoyens qui, par leur engagement et détermination, ont contribué à sauver l'Algérie et à préserver les acquis de la Nation, ont fait acte de patriotisme. L'art. 45 spécifie pour sa part: „Aucune poursuite ne peut être engagée, à titre individuel ou collectif, à l'encontre des éléments des forces de défense et de sécurité de la République, toutes composantes confondues, pour des actions menées en vue de la protection des personnes et des biens, de la sauvegarde de la Nation et de la préservation des institutions de la République

algérienne démocratique et populaire. Toute dénonciation ou plainte doit être déclarée irrecevable par l'autorité judiciaire compétente". Enfin, l'art. 46 précise qu'est „puni d'un emprisonnement de trois à cinq ans et d'une amende [...] quiconque qui, par ses déclarations, écrits ou tout autre acte, utilise ou instrumentalise les blessures de la tragédie nationale, pour porter atteinte aux institutions de la République algérienne démocratique et populaire, fragiliser l'Etat, nuire à l'honorabilité de ses agents qui l'ont dignement servi, ou ternir l'image de l'Algérie sur le plan international.“ Compte tenu de ces dispositions, il appert qu'aucune poursuite ne peut être entreprise aujourd'hui en Algérie contre les hauts responsables qui étaient en place lors des événements à l'origine de la présente procédure: elles seraient illégales. Toute demande d'extradition de la part de l'Algérie concernant le recourant est donc impossible. Il en découle que le MPC disposait suffisamment d'éléments concrets pour considérer qu'aucune demande d'extradition visant le recourant ne serait présentée à la Suisse.

La condition posée à l'art. 264*m* CP selon laquelle l'auteur doit ne pas être extradé est donc également remplie.

3.5 Le recourant invoque encore qu'en l'espèce, la Suisse se rend coupable d'ingérence dans les affaires intérieures algériennes et porte atteinte à la souveraineté de cette nation.

En droit international, il existe certes un principe de non-ingérence selon lequel un Etat ne saurait intervenir dans ce qu'on appelle généralement les affaires intérieures ou la compétence nationale réservée ou encore exclusive d'un autre Etat. Ce principe est consacré à l'art. 3 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II). Cette norme précise en effet „aucune disposition du présent Protocole ne sera invoquée en vue de porter atteinte à la souveraineté d'un Etat ou à la responsabilité du gouvernement de maintenir ou de rétablir l'ordre public dans l'Etat ou de défendre l'unité nationale et l'intégrité territoriale de l'Etat par tous les moyens légitimes (paragraphe 1)“. Depuis l'arrêt rendu par la Cour internationale de justice (ci-après: CIJ) le 27 juin 1986 concernant le Nicaragua (arrêt CIJ, Recueil 1986 p. 14), il est admis que le choix d'un système politique, économique ou social relève du noyau de la compétence exclusive d'un Etat. Cependant, actuellement, cela n'est plus aussi évident. D'abord, dès que des normes internationales spéciales posent des exigences de démocratie - normes de plus en plus nombreuses -, la compétence des Etats auxquels elles sont opposables n'est plus nationale et une prise de

position étrangère ne peut plus s'analyser comme une ingérence. En outre, il convient d'admettre que l'énonciation de droits de l'homme devient un vecteur de pénétration dans la manière dont un Etat gouverne et gère sa population (MARTINGE, Les révolutions et le principe de non-ingérence, article du 4 mars 2011, www.affaires-strategiques.info). Par ailleurs, selon l'arrêt précité de la CIJ, l'intervention d'un Etat tiers est illicite lorsqu'à propos de choix qui doivent demeurer libres, il utilise des moyens de contrainte, notamment la force, soit sous la forme directe (action militaire) soit sous une forme indirecte (soutien à des activités subversives à l'intérieur d'un autre Etat). Or, en l'espèce, aucun de ces cas de figure n'est réalisé. Enfin, selon le Commentaire du CICR (ci-après: Le Commentaire) relatif à l'art. 3 du Protocole II, il appert que réserver totalement l'autorité de l'Etat aurait risqué de vider le Protocole II de sa substance et même de le rendre sans objet; c'est pourquoi il était capital de préciser dans la norme précitée que seuls „des moyens légitimes“ peuvent être utilisés. Les impératifs de la sécurité de l'Etat ne sauraient donc être invoqués pour justifier des violations des règles du Protocole II. Un Etat, en ratifiant le Protocole II ou en y adhérant, en accepte les termes dans le libre exercice de sa souveraineté. L'obligation de respecter les règles qu'il contient ne saurait, par conséquent, être ultérieurement considérée comme une atteinte à la souveraineté de l'Etat signataire, le champ d'action du gouvernement ne se trouvant limité que par des obligations qu'il a lui-même contractées (cf. Le Commentaire n° 4501).

Dès lors, l'Algérie, en ratifiant les Conventions précitées ainsi que le Protocole II, s'est elle-même soumise aux obligations qui en découlent et a ainsi librement consenti à voir ses ressortissants suspectés d'avoir commis des crimes de guerre poursuivis en dehors de ses frontières. On ne saurait donc suivre le recourant sur ce point.

3.6 Il importe enfin, pour que l'art. 264^m CP puisse s'appliquer que l'auteur ne soit pas remis à un tribunal pénal international dont la compétence est reconnue par la Suisse.

Pour la remise à un tribunal pénal international, il suffit que la Suisse reconnaisse ledit tribunal et que la remise ait été demandée (Message relatif à la mise en œuvre du Statut de Rome; FF 2008 3546). En l'espèce, ainsi que le relève le MPC, il n'existe pas de tribunal international spécial pour l'Algérie. Par ailleurs, selon l'art. 12, par. 2, du Statut de Rome, la Cour pénale internationale (ci-après: CPI) peut exercer sa compétence uniquement si l'Etat sur le territoire duquel a été commis un crime de

génocide, un crime contre l'humanité ou un crime de guerre, ou dont l'auteur du crime a la nationalité, est partie au Statut de Rome. En d'autres termes, la CPI n'est, par principe, pas compétente lorsqu'un crime a été commis sur le territoire d'un Etat qui n'est pas partie au Statut et par le ressortissant d'un Etat qui n'est pas, lui non plus, partie au Statut (Message relatif à la mise en œuvre du Statut de Rome; FF 2008 3491). Or, l'Algérie n'en n'est pas partie. La CPI ne pouvant dès lors être saisie de la présente affaire, la dernière condition d'application de l'article précité est, elle aussi, réalisée.[...]

5.

5.1 Dans un dernier grief, le recourant se prévaut de l'immunité de juridiction. Selon lui, les accusations du MPC portent sur des crimes de guerre qu'il aurait commis dans le cadre de sa fonction de Ministre de la défense durant les années 1992 et 1993. Par ailleurs, il bénéficierait également, en tant qu'ancien membre du HCE, d'une immunité de juridiction pleine et entière pour la période soumise à l'enquête du MPC. Cette dernière autorité, pour sa part, s'interroge tout d'abord sur la recevabilité de ce grief à ce stade de la procédure dans la mesure où cette question ne fait pas l'objet de la décision attaquée. Elle conclut à son rejet au cas où la Cour de céans devait entrer en matière sur le grief en question. Les parties plaignantes, quant à elles, concluent au défaut de l'immunité de juridiction.

5.2 Une fois constatée la compétence du MPC de se saisir de l'affaire, le principe d'économie de procédure impose à la Cour de céans de se pencher sur la question de savoir s'il existe un obstacle procédural découlant de la qualité du prévenu qui empêche l'autorité d'exercer son pouvoir juridictionnel alors même qu'elle en aurait la compétence (Rapport de la Commission du droit international, 63^{ème} session, 26 avril–3 juin et 4 juillet–12 août 2011, document de la 66^{ème} Assemblée générale de l'ONU A/66/10, n° 163 ss [ci-après: Rapport ONU 2011]; arrêt de la CIJ du 14 février 2002 relatif au mandat d'arrêt du 11 avril 2000, n° 46 [ci-après: arrêt CIJ du 14 février 2002 relatif au mandat d'arrêt ou affaire Yerodia]). Contrairement à l'avis du MPC, la question de l'immunité du prévenu doit être analysée déjà aux tous premiers stades de la procédure. Il serait en effet incompréhensible qu'une procédure soit ouverte et poursuivie alors que des doutes subsisteraient quant à la condition de la poursuite liée à l'immunité du prévenu. Outre à être contraire au principe d'économie précité, une telle démarche pourrait également entraîner des conséquences dans les relations internationales de la Suisse. Il y a donc lieu d'entrer en matière sur ce grief.

5.3 La jurisprudence a déjà eu l'occasion de préciser que dans le domaine de l'immunité de la juridiction pénale, les principes du droit des gens font partie intégrante du droit interne suisse. Les chefs d'Etat sont absolument exempts, „*ratione personae*“, de toute contrainte étatique et de toute juridiction d'un Etat étranger en raison d'actes qu'ils auraient commis, où que ce soit, dans l'exercice des fonctions officielles (ATF 115 Ib 496 consid. 5b et doctrine citée). Selon ces principes, l'immunité des chefs d'Etats est une institution de droit international coutumier. Elle dérive de l'immunité et de la souveraineté de l'Etat (Avis de droit de la DDIP du 22 février 2001, RSDIE 2004, p. 684). Les anciens chefs d'Etat continuent, quant à eux, à bénéficier de l'immunité de juridiction pénale pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions. Ladite immunité est analogue à ce que prévoit, pour les agents diplomatiques, l'art. 39 al. 2 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (RS 0.191.01) lequel stipule que l'immunité de juridiction subsiste – après la fin des fonctions diplomatiques – en ce qui concerne les actes accomplis par l'agent diplomatique dans l'exercice de ses fonctions comme membre de la mission (Communication du 15 janvier 2009 de la DDIP à l'OFJ, citée dans BESSON, Droit international public, Berne 2011, pp. 94–95). La question de l'immunité après la cessation de la fonction de chef d'Etat ne fait cependant plus l'unanimité notamment de la doctrine internationale et de la jurisprudence rendue à ce sujet dans plusieurs pays (*infra* consid. 5.3.3 à 5.3.6).

5.3.1 Dans le domaine de l'immunité, deux notions sont généralement distinguées: l'immunité personnelle (*ratione personae*) et l'immunité fonctionnelle (*ratione materiae*). La nécessité d'améliorer la coopération internationale a conduit à faire bénéficier les chefs d'Etat et de gouvernements, ainsi que les ministres des affaires étrangères (communément désignés par le terme de Triade) de l'immunité personnelle (*ratione personae*) durant l'accomplissement de leurs fonctions couvrant l'ensemble de leurs actes y compris ceux privés. Le droit international public coutumier a reconnu de tels privilèges *ratione personae* aux chefs d'Etat autant pour tenir compte de leurs fonctions et du symbole de souveraineté qu'ils portent qu'en raison de leur caractère représentatif dans les relations interétatiques (ATF 115 Ib 496 consid. 5b). L'immunité de juridiction pénale doit en particulier éviter que les activités gouvernementales ne soient paralysées par des accusations de nature pénale formulées pour des raisons politiques à l'encontre de hauts agents officiels étrangers (ATF 130 III 136 consid. 2.1). L'immunité *ratione personae*

couvre les actes accomplis par un représentant de l'Etat à la fois à titre officiel et privé, avant et pendant la période où il occupe ses fonctions. Liée à la fonction de son titulaire dans l'administration publique, l'immunité est de nature temporaire, elle prend effet avec l'entrée en fonction du responsable et cesse de s'appliquer le jour où ses fonctions prennent fin (Rapport préliminaire sur l'immunité des représentants de l'Etat de la juridiction pénale étrangère, Commission du droit international, 60^{ème} session, 2008, A/CN.4/601, n° 79 [ci-après: Rapport préliminaire 2008]). Dans l'affaire Yerodia, la CIJ a précisé que sont au bénéfice de cette immunité les représentants qui occupent des positions élevées dans la hiérarchie. Tel est notamment le cas du ministre des affaires étrangères en exercice qui jouit, à l'égard de la juridiction d'autres Etats, d'une immunité absolue.

5.3.2 En ce qui concerne l'immunité fonctionnelle (*ratione materiae*), il est admis que les représentants des Etats étrangers autres que les membres de la Triade et les fonctionnaires qui ne jouissent pas d'autres immunités en tant que membres du corps diplomatique ou consulaire ou en tant que fonctionnaires d'une organisation internationale couverts par l'accord du siège de cette organisation internationale ou de droit national, bénéficient en principe de l'immunité de juridiction et d'exécution dans les autres Etats. Cette immunité découle des actes accomplis dans l'exercice des fonctions officielles (ZIEGLER, Introduction au droit international public, Berne 2011, p. 293, n^{os} 659, 660). Le but de l'immunité fonctionnelle est tout à la fois de protéger le fonctionnaire étranger des conséquences des actes imputables à l'Etat pour lequel il a agi et d'assurer par là même le respect de la souveraineté de l'Etat. Il est généralement admis que cette immunité continue pour les actes officiels accomplis pendant la durée de la fonction même après la fin de celle-ci (Rapport préliminaire 2008, n° 80). En revanche, cette immunité fonctionnelle, plus communément désignée avec le terme d'immunité résiduelle, ne saurait protéger l'ancien fonctionnaire d'une poursuite pénale pour des faits pénalement relevant commis avant et après la fin de sa fonction officielle ou pour des infractions pénales commises dans la période de sa fonction officielle mais en dehors des tâches relevant de son ancienne fonction (CASSESE/ACQUAVIVA/FAN/WHITING, International Criminal Law, Oxford 2011, p. 76 et 77).

5.3.3 Pour ce qui a trait à l'immunité résiduelle des chefs d'Etat et, plus généralement des membres de la Triade, la CIJ relève que dès lors qu'une personne a cessé d'occuper la fonction de ministre des affaires étrangères, elle ne bénéficie plus de la totalité des immunités de juridiction que lui

accordait le droit international dans les autres Etats. A condition d'être compétent selon le droit international, un tribunal d'un Etat peut juger un ancien ministre des affaires étrangères d'un autre Etat au titre d'actes accomplis avant ou après la période pendant laquelle il a occupé ces fonctions, ainsi qu'au titre d'actes qui, bien qu'accomplis durant cette période, l'ont été à titre privé. Dans le même arrêt, la CIJ a également souligné que l'immunité de juridiction dont jouit le ministre des affaires étrangères en exercice ne signifie pas qu'il bénéficie d'une impunité au titre des crimes qu'il aurait pu commettre, quelle que soit leur gravité. L'immunité de juridiction peut certes faire obstacle aux poursuites pendant un certain temps ou à l'égard de certaines infractions, mais elle ne saurait exonérer la personne qui en bénéficie de toute responsabilité pénale (arrêt CIJ du 14 février 2002 relatif au mandat d'arrêt, n^{os} 60 et 61).

5.3.4 La doctrine, en se fondant à la fois sur l'émergence des nouvelles conventions et instances internationales consacrées au respect du *jus cogens* humanitaire et sur les jugements rendus par des tribunaux internationaux et surtout nationaux en la matière, a mis en exergue l'émergence d'un processus tendant à accroître les causes d'exception à l'immunité juridictionnelle (cf. notamment BELLAL, Immunités et violations graves des droits humains, Bruxelles 2011, spécialement p. 214 ss; VAN ALEBEEK, The Immunity of States and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law, Oxford, 2008, spécialement p. 200 ss; TOMUSCHAT, L'immunité des Etats en cas de violations graves des droit de l'homme, RGDI, 2005, pp. 51–74; BIANCHI, L'immunité des Etats et les violations graves des droits de l'homme, RGDI, 2004, pp. 64–101). Exceptions qui visent l'immunité *ratione personae* des chefs de l'Etat en exercice et l'immunité *ratione materiae* des anciens chefs ou hauts fonctionnaires de l'Etat en cas de violation grave des droits humanitaires car l'immunité *ratione materiae* dépend des actes en cause et non plus de la personne officielle de son titulaire, dont la fonction s'est éteinte (BESSON, op. cit., p. 93; CANDRIAN, L'immunité des Etats face aux droits de l'Homme et à la protection des biens culturels, Zurich 2005, p. 484). Il est fréquemment fait état dans la doctrine d'une érosion progressive de l'immunité devant les juridictions nationales (GAETA, Immunity of States and State Officials: A Major Stumbling Block to Judicial Scrutiny? In Realizing Utopia [CASSESE éd.], Oxford, 2012, p. 229; BESSON, op. cit., p. 96; BIANCHI, op. cit., p. 90).

5.3.5 Si certaines dérogations de droit conventionnel à l'immunité des chefs d'Etats existaient déjà depuis 1984 (art. IV de la Convention pour la

prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948 [RS 311.11; ci-après: Convention contre le génocide]; cf. ég. les art. 1 et 5 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 [RS 0.105; ci-après: Convention contre la torture]), il est indéniable qu'il existe une tendance manifeste sur le plan international à vouloir restreindre l'immunité des (anciens) chefs d'Etat en cas de crimes relevant du *jus cogens*. En relèvent et sont du droit impératif, l'interdiction du génocide et des crimes contre l'humanité dont l'interdiction de la torture; Message relatif à la mise en œuvre du Statut de Rome; FF 2008 3474). La création de tribunaux internationaux, notamment la CPI et les tribunaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda en sont l'exemple le plus parlant. Régie par le Statut de Rome, la CPI est la première cour pénale internationale permanente créée pour permettre de mettre fin à l'impunité des auteurs, sans égard à leur qualité officielle, pour les crimes les plus graves qui touchent la communauté internationale et qui sont, de ce fait reconnus comme faisant partie du *jus cogens*. A ce titre, la CPI concrétise les aspirations de la communauté internationale, laquelle, dans sa grande majorité, a trouvé au fil du temps, un consensus sur l'impérieuse nécessité de poursuivre les actes de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. A cette fin, l'art. 27 du Statut de Rome stipule que la qualité officielle de chef de l'Etat ou de gouvernement n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale et que les immunités qui s'attachent à la qualité officielle d'une personne n'empêchent pas la CPI d'exercer sa compétence (SCHILLER, Die völkerrechtliche Immunität amtierender Staatsoberhäupter als Verfahrenshindernis vor dem Internationalen Strafgerichtshof, *Journal of International Law of Peace and Armed Conflict*, 2011, pp. 30–38). En parallèle à cette tendance, au niveau national s'est inscrite cette même volonté de mettre un terme à l'impunité en matière des crimes les plus graves. Une évolution sensible de la pratique internationale est perceptible dès les années 1990. A titre d'exemple, il faut relever les arrêts rendus dans cette même période par la Chambre des Lords au sujet de l'ancien président chilien Augusto Pinochet. Lors de cette affaire, l'autorité britannique a jugé à trois reprises que l'immunité de l'ancien dictateur ne pouvait être opposée à sa responsabilité pénale pour des violations des droits humains commises hors de ses fonctions de chef d'Etat (cf. BESSON, op. cit., p. 94; WISE/PODGOR/CLARK, *International Criminal Law: Cases and Materials*, San Francisco 2009, p. 379–398). Dans l'affaire Pinochet, les Lords ont estimé que la Convention contre la torture ne pouvait pas coexister avec le principe de l'immunité *ratione materiae* pour les actes de torture que l'ancien président chilien aurait pu commettre pendant sa période de fonction. Depuis cette

affaire notamment, les immunités *ratione materiae* des anciens chefs d'Etat ne sont plus garanties automatiquement face à la responsabilité individuelle en matière pénale, même pour les actes commis durant leurs activités officielles.

5.3.6 La question relative à la portée de l'immunité de juridiction pénale étrangère d'un représentant de l'Etat occupe depuis quelques années la Commission du droit international de l'ONU (ci-après: CDI). Le Rapport préliminaire sur l'immunité des représentants de l'Etat de la juridiction pénale étrangère a été rendu en 2008 (Rapport préliminaire 2008) et très récemment, la CDI a publié le Rapport CDI 2011. Même si les travaux de la CDI sur ce sujet ne sont pas terminés, il se dégage des discussions tenues dans cette enceinte des thèses opposées. En résumé, à la position représentée par le rapporteur spécial de la Commission, axée exclusivement sur la *lege lata* et tendant à considérer l'immunité comme la norme qui ne souffrirait aucune exception (Rapport ONU 2011, n° 121), s'est opposé un courant qui a qualifié de tendancieuse la position du rapporteur puisque ne prenant pas en considération les évolutions en cours du droit international concernant, en particulier, la question des crimes graves de droit international (Rapport ONU 2011, n° 117). Quoiqu'il en soit, des travaux en cours de la CDI, il semblerait ressortir une position dominante concernant la reconnaissance de l'immunité *ratione personae* absolue des membres de la Triade en exercice, car toute brèche dans ce domaine empêcherait les intéressés en fonction de s'acquitter de leurs tâches. En ce qui concerne en revanche l'immunité *ratione materiae*, des exceptions dans le contexte de la commission de crimes de droit international pourraient être pertinentes (Rapport ONU 2011, n° 113). Sur ce point, il est proposé d'exclure l'immunité suivant la nature des actes tels que les actes privés, *ultra vires*, ou illicites. Dans ces cas, l'agent étatique n'agirait guère dans le cadre de sa fonction (Rapport ONU 2011, notamment n°s 113, 134, 135). Il ressort enfin de ce rapport, la préoccupation de la commission d'aborder prudemment la question de l'immunité afin de parvenir à un équilibre acceptable entre la nécessité d'assurer la stabilité des relations internationales et celle d'éviter l'impunité des auteurs de crimes graves de droit international (Rapport ONU 2011, n°119).

5.4 [...]

5.4.1 A. est soupçonné d'avoir commis des crimes de guerre durant les années 1992 à 1999; il est également suspecté d'avoir commis des actes de torture en Algérie en 1993 sur plusieurs personnes, notamment sur B. et C.

Il ressort de ses déclarations que A., militaire de carrière, a fait toute sa formation en Algérie. En début de carrière, il était officier de l'armée française, de laquelle il a déserté pendant la guerre d'Algérie. En 1988, il a été commandant des forces terrestres sous la présidence de F., ultérieurement adjoint et chef d'état-major. Après la chute du président F. (11 janvier 1991), depuis fin 1991 début 1992 jusqu'au 10 juillet 1993, il confirme avoir été ministre de la défense. Pendant cette période, il ne conteste pas avoir également été membre du HCE. Le HCE a été en fonction pendant deux ans (début 1992–fin 1993). Ainsi que déclaré lors de son audition du 20 octobre 2011, le recourant a indiqué que pendant ces deux ans d'appartenance au HCE, il a fait partie de la gouvernance collégiale qui dirigeait le pays. Toujours selon ses déclarations, la politique et la conduite du pays étaient dans les mains du HCE, il n'y avait pas d'autres instances telles qu'une assemblée. Le HCE était là pour suppléer la présidence et en assumer les fonctions; il prenait les décisions concernant le pays et ensuite le gouvernement les exécutait. En tant que membre du HCE et Ministre de la défense le recourant avait la double casquette de membre d'un gouvernement collégial et de responsable des forces armées. Selon ses déclarations, il aurait quitté ces deux fonctions le 10 juillet 1993.

Contrairement à ce qui est notamment indiqué dans la réplique du 6 février 2012, où il est mentionné que le recourant aurait siégé au HCE durant les années 1993 et 1994, lors de son audition le recourant a été catégorique en affirmant que sa fonction au sein de cette autorité s'est terminée avec la fin de son mandat de ministre de la défense. Il n'est pas clair, en l'état actuel du dossier et des déclarations du prévenu lui-même, si celui-ci a, après cela, continué d'exercer des rôles institutionnels, directs ou indirects, dans la conduite de l'armée ou, plus généralement du pays. Quoiqu'il en soit, toujours selon ses dires, bien qu'il n'aurait pas eu de fonctions officielles, il serait encore resté proche du pouvoir et aurait fait nommer K., son successeur, comme Ministre de la défense.

5.4.2 Eu égard aux principes de droit international rappelés ci-dessus (*supra* consid. 5.3.1), l'appartenance de A. au gouvernement collégial (HCE) devrait suffire pour qu'on lui reconnaisse l'immunité *ratione personae* pendant sa période de fonction. Cette question ne mérite cependant pas de plus amples éclaircissements puisque selon l'interprétation large fournie par la CIJ dans l'affaire Yerodia, interprétation suivie par certains tribunaux nationaux (cf notamment COSNARD et NOUVEL, *Jurisprudence française en matière de droit public*, RGDIP 2011, p. 593–604, commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation de la Chambre criminelle du 19 janvier 2010; association des familles victimes du naufrage du Jola et autres où

l'immunité *ratione personae* du ministre de la défense a été admise) et par la CDI (Rapport 2011, n° 192), l'immunité *ratione personae* durant la période de la fonction ne concerne pas exclusivement la Triade. Le ministre de la défense en fonction jouit également de cette immunité. A ce titre déjà, A. bénéficiait pendant la période où il exerçait cette fonction de l'immunité *ratione personae*. Cette dernière est aujourd'hui éteinte.

5.4.3 En l'espèce, la question est dès lors de savoir si, après la cessation des fonctions officielles, le recourant continue de bénéficier de l'immunité à d'autres titres. Il a d'emblée été exclu, après consultation du DFAE par le MPC, que A. est au bénéfice d'un statut diplomatique ou d'une accréditation en Suisse le mettant à l'abri d'une procédure pénale et vérifié que le document en possession du précité n'attribue que des privilèges de transport. Il reste à décider si l'immunité *ratione materiae* résiduelle couvre tous les actes commis pendant sa fonction et prévaut sur la nécessité de dégager les responsabilités éventuelles du recourant sur de prétendues violation graves des droits humains. Selon les principes qui ressortent des courants de doctrine et de jurisprudence exposés plus haut (*supra* consid. 5.3.3 à 5.3.6), une réponse affirmative à cette question ne fait plus l'unanimité. Il est en effet généralement reconnu que l'interdiction des crimes graves contre l'humanité, notamment en cas de torture, a un caractère coutumier. Cette approche est partagée par le législateur suisse, pour qui „l'interdiction du génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre est de nature impérative (*jus cogens*)“. Selon ce même législateur, „les Etats sont tenus de faire respecter cette interdiction indépendamment de l'existence de règles conventionnelles et de leur validité. Ce devoir vise à préserver les valeurs fondamentales de l'humanité et doit être accompli indépendamment de

l'attitude des autres Etats (*erga omnes*)“ (Message relatif à la mise en œuvre du Statut de Rome; FF 2008 3474). Eu égard à la valeur fondamentale du bien juridique protégé, le législateur suisse a décidé „d'assurer une répression sans faille de ces actes“ (Message relatif à la mise en œuvre du Statut de Rome; FF 2008 3468). Or, il serait à la fois contradictoire et vain si, d'un côté, on affirmait vouloir lutter contre ces violations graves aux valeurs fondamentales de l'humanité, et, d'un autre côté, l'on admettait une interprétation large des règles de l'immunité fonctionnelle (*ratione materiae*) pouvant bénéficier aux anciens potentats ou officiels dont le résultat concret empêcherait, *ab initio*, toute ouverture d'enquête. S'il en était ainsi, il deviendrait difficile d'admettre qu'une conduite qui lèse les valeurs fondamentales de l'ordre juridique international puisse être protégée par des règles de ce même ordre juridique. Une telle situation serait paradoxale et la politique criminelle voulue par le législateur vouée à rester lettre morte dans la quasi-totalité des cas. Ce n'est pas ce qu'il a voulu. Il en découle qu'en l'espèce le recourant ne saurait se prévaloir d'aucune immunité *ratione materiae*.

TPF 2012 114

19. Auszug aus dem Entscheid der Beschwerdekammer in Sachen A. gegen Bundesamt für Justiz vom 23. August 2012 (RR.2012.40, RR.2012.65, RP.2012.15)

Auslieferung an Deutschland; beidseitige Strafbarkeit. Kriminelle Organisation.

Art. 260^{ter} StGB

Für die Frage der beidseitigen Strafbarkeit ist der im Ersuchen dargelegte Sachverhalt so zu subsumieren, wie wenn die Schweiz wegen des analogen Sachverhalts ein Strafverfahren eingeleitet hätte (E. 7.4). Unter den Begriff der kriminellen Organisationen im Sinne von Art. 260^{ter} StGB fallen auch terroristische Gruppierungen (E. 7.8.2). Die durch den militärischen Arm der PKK auf die Zivilbevölkerung verübten Anschläge gehen weit über einen legitimen Widerstandskampf hinaus. Konsequenzen unter dem Blickwinkel von Art. 260^{ter} StGB (E. 7.9.3–7.9.7).