



Décision du 25 juillet 2012

Cour des plaintes

Composition

Les juges pénaux fédéraux Stephan Blättler, président, Giorgio Bomio et Patrick Robert-Nicoud, la greffière Claude-Fabienne Husson Albertoni

Parties

A., représenté par Me Jacques Michod, Me Marc Bonnant et Me Magali Buser, avocats,

recourant

contre

MINISTÈRE PUBLIC DE LA CONFÉDÉRATION,

1. B.

2. C.

représentés tous deux par Me Damien Chervaz, avocat,

intimés

Objet

Compétence razione materiae (art. 23 al. 1 let. g CPP en lien avec l'art. 264b ss CP/art. 108 et 109 aCPM), art. 393 al. 1 let. a CPP

Faits:

- A.** A la suite d'une dénonciation pénale du 19 octobre 2011 émanant de l'Association D., par ordonnance du 19 octobre 2011, le Ministère public de la Confédération (ci-après: 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., né le 27 décembre 1937, ressortissant algérien, ancien général major de l'armée algérienne et ancien Ministre de la défense. Selon la dénonciation, A. aurait commis des crimes de guerre dans le cadre du conflit interne algérien. L'ex-général major A. occupait le poste de ministre de la défense et a été membre de la junte au pouvoir après le coup d'Etat de 1992, année qui a marqué le début d'une guerre civile durant laquelle le pouvoir en place se serait servi de la torture et des exactions extrajudiciaires à l'appui d'une politique d'Etat (MPC 01-00-0001).
- B.** Par courrier du 19 octobre 2011, par l'intermédiaire de son conseil, B. réfugié statutaire en Suisse depuis le 5 juin 1996, a également déposé plainte contre A. Il se plaint d'avoir été l'une des nombreuses victimes de la torture en 1993 (MPC 05-02-0001; 01-00-0001).
- C.** Par courrier du 20 octobre 2011, C. citoyen algérien résident en Suisse depuis 2003 où il est au bénéfice du statut de réfugié, a également déposé plainte contre A. pour des actes de torture commis à son encontre à partir de 1993 en Algérie. Le plaignant s'est également constitué partie plaignante et a élu domicile auprès d'un avocat genevois (MPC 05-03-0001).
- D.** Informé par l'Association D. ainsi que par les parties plaignantes précitées de la présence de A. à l'hôtel E. à Z., le MPC a décerné le 19 octobre 2011 un mandat d'amener à l'encontre du suspect, lequel a été auditionné le 20 octobre 2011 en qualité de prévenu (act. 1.4). A cette occasion, le MPC a renoncé à demander son arrestation. Il s'est toutefois assuré de sa présence en Suisse pour une deuxième audition ainsi que d'éventuels autres actes d'enquête par le prononcé de mesures de substitution. Lors du complément d'audition du 21 octobre 2011, le MPC a révoqué les mesures de substitution et le prévenu s'est déclaré disposé à obtempérer à toute convocation émanant du MPC pour la suite de l'enquête (MPC 13-00-0022).

- E.** Le 21 novembre 2011, la Direction du droit international public du Département fédéral des affaires étrangères (ci-après: DDIP) a fait parvenir au MPC, à la demande de ce dernier, des observations relatives à l'immunité de A. Elle estime que ce dernier, en sa qualité d'ancien ministre de la défense de la République algérienne, continue à jouir d'une immunité de juridiction devant les instances helvétiques pour tous les actes qu'il a accomplis dans le cadre de ses fonctions officielles, mais que tel n'est pas le cas pour les actes qu'il a accomplis à titre privé durant la période de son mandat officiel ou pour les actes qu'il a accomplis avant ou après celui-ci (act. 1.6).
- F.** Le 23 novembre 2011, A. a requis du MPC qu'il statue dans une décision sur la question de sa compétence (MPC 02-00-0001). Par ordonnance du 1^{er} décembre 2011, le MPC s'est déclaré compétent. Il invoque entre autres qu'à partir du 1^{er} janvier 2011 sont soumises à la juridiction fédérale les infractions de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre, que quiconque commet à l'étranger un des actes précités est punissable s'il se trouve en Suisse et qu'il n'est pas extradé ni remis à un tribunal international dont la compétence est reconnue par la Suisse (act. 1.1).
- G.** Par recours du 12 décembre 2011, A. conclut:
- I. Déclarer le présent recours recevable.
 - II. Dire que le Ministère public de la Confédération est incompétent pour poursuivre Monsieur A., toutes poursuites contre ce dernier étant abandonnées.
 - III. Annuler l'Ordonnance du 1^{er} décembre 2011 du Ministère public de la Confédération.
 - IV. Débouter le Ministère public de la Confédération de toutes autres ou contraires conclusions.

Pour motifs, il fait valoir notamment qu'il est au bénéfice d'une immunité de juridiction et qu'en dépit de ce que prévoit la norme pénale, le MPC n'a pas fait de démarche en lien avec une éventuelle extradition. Il soutient par ailleurs que le MPC viole le principe de la non-rétroactivité dans la mesure où il est poursuivi pour des faits qui se seraient déroulés entre 1992 et 1999 en Algérie alors que l'autorité de poursuite entend lui appliquer des normes entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2011. Selon lui, ce seraient les art. 108ss aCPM en vigueur alors qui lui seraient applicables, ce qui fonderait la compétence des autorités militaires et non civiles. Cependant, ces dispositions requerraient l'existence d'un lien étroit de l'auteur avec la Suisse, lequel n'est en l'occurrence pas donné. En conséquence, selon lui, les tribunaux militaires ne seraient pas non plus compétents (act. 1).

H. Dans sa réponse du 9 janvier 2012, le MPC conclut, dans la mesure de la recevabilité du recours, à son rejet en tant qu'il demande l'annulation de l'ordonnance querellée et l'abandon des poursuites pour cause d'immunité, sous suite de frais et dépens. Il s'interroge d'abord sur la possibilité de recourir contre l'ordonnance querellée. S'agissant de l'extradition, il invoque notamment que les autorités algériennes ne se sont en l'espèce pas manifestées et qu'elles n'ont jamais démontré, depuis la fin du conflit armé algérien, une volonté d'enquêter sur les crimes concernés. Par ailleurs, au 1^{er} janvier 2011, la compétence en Suisse de juger les infractions aux titres 12^{bis} à 12^{quater} CP est passée à la juridiction civile. Il soutient que le principe de la non-rétroactivité ne s'applique pas, ni *a fortiori* l'exigence du lien étroit. Enfin, à toutes fins utiles, il conteste que le recourant puisse se prévaloir d'une quelconque immunité (act. 6).

Dans leurs observations du 23 janvier 2012, B. et C. concluent au rejet du recours, dans la mesure de sa recevabilité, en tant qu'il demande l'annulation de l'ordonnance du MPC du 1^{er} décembre 2011 et l'abandon des poursuites pour cause d'immunité, sous suite de frais et dépens. Ils soutiennent entre autres que la question de l'immunité est irrecevable, n'étant pas l'objet de l'ordonnance querellée et que la Suisse n'avait pas à s'enquérir de l'extradition du prévenu dans la mesure où cette requête se serait avérée vaine. Ils considèrent en outre que le recourant n'est au bénéfice d'aucun type d'immunité et enfin que le MPC est effectivement compétent (act. 9).

Dans sa réplique du 6 février 2012, le prévenu persiste dans ses conclusions. Il fait notamment valoir avoir siégé au Haut Comité d'Etat (ci-après: HCE) durant les années 1993 et 1994 (soit au-delà de sa démission du poste de ministre de la défense en juillet 1993), instance présidentielle collégiale qui avait pour mission de gouverner le pays et de pallier la vacance de la présidence. Cet organe disposait de "tous les pouvoirs et attributs dévolus par la Constitution au Président de la République". Il est d'avis qu'il bénéficie de l'immunité *ratione personae* et de celle *ratione materiae* pour la période comprise entre le 14 janvier 1992 et le 30 janvier 1994 (act. 12).

Dans une duplique du 2 avril 2012, B. et C. persistent dans leurs conclusions (act. 15).

Le MPC a indiqué, par courrier du même jour, n'avoir aucun commentaire complémentaire à formuler (act. 16).

Les arguments et moyens de preuve invoqués par les parties seront repris, si nécessaire, dans les considérants en droit.

La Cour considère en droit:

1

- 1.1** En tant qu'autorité de recours, la Cour des plaintes examine avec plein pouvoir de cognition en fait et en droit les recours qui lui sont soumis (Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005, FF 2006 1057, 1296 in fine, ci-après: le Message; STEPHENSON/THIRIET, Commentaire bâlois, Schweizerische Strafprozessordnung, n° 15 ad art. 393; KELLER, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], [Donatsch/Hansjakob/Lieber, éd.; ci-après: Kommentar], n 39 ad art. 393; SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zurich Saint-Gall, n° 1512).
- 1.2** Dans ses écritures, le MPC met en doute la recevabilité du recours. Il craint qu'admettre la possibilité de recourir contre l'ordonnance querellée dans laquelle il se déclare compétent équivaldrait à reconnaître, de manière détournée, la possibilité de recourir contre la décision d'ouverture de la procédure pénale, ce que le législateur a expressément exclu (art. 309 al. 3 CPP).
- 1.2.1** Pour pouvoir diligenter une enquête, l'autorité pénale doit au préalable procéder à l'ouverture d'une instruction. L'art. 309 al. 1 CPP prévoit que le ministère public procède de la sorte lorsque des soupçons suffisants laissent présumer qu'une infraction a été commise. Il n'est pas nécessaire qu'il existe une forte vraisemblance qu'une condamnation soit prononcée à l'issue de la procédure, il suffit qu'il existe des indices concrets d'une infraction et pas seulement une possibilité indéterminée. La notion est forcément élastique pour que, en pratique, le ministère public puisse ouvrir une instruction chaque fois que cela lui semble justifié (CORNU, Commentaire Romand, n° 8 ad art. 309). S'agissant d'une décision qui a une portée purement interne, l'ordonnance d'ouverture n'a pas à être motivée et par conséquent le législateur a logiquement prévu qu'elle n'est pas sujette à recours (Le Message; FF 2005 1247). Le prévenu ne dispose que de moyens indirects pour faire constater, le cas échéant, l'absence de soupçons suffisants ainsi que des conditions à la poursuite.
- 1.2.2** Dans le cas d'espèce, le MPC a ouvert son enquête car, à la lumière des dénonciations qu'il a reçues, il a conclu à l'existence de soupçons suffisants lui permettant de penser que des infractions tombant sous le coup des titres 12^{bis} et 12^{ter} du CP ont été perpétrées. Vu le caractère impératif de la poursuite, le MPC se devait d'ouvrir une enquête (art. 7 CPP), la répression des infractions aux titres précités du CP tombant dans sa compé-

tence (art. 23 al. 1 let. g CPP). Si la position du législateur est claire par rapport à l'absence de recours à l'encontre de l'ouverture d'une instruction (art. 309 al. 3 CPP), il n'est pas d'emblée exclu que, dès les premiers actes d'instruction qui font suite à l'ouverture, la personne mise en cause ait un intérêt légitime et prépondérant à faire vérifier par une autorité de recours la subsistance des conditions de la poursuite. Cela d'autant plus que dans le système du CPP l'autorité de poursuite ne peut entreprendre, on l'a vu, aucun acte d'instruction avant l'ouverture de l'enquête, le législateur ayant renoncé à la possibilité des "investigations préalables". Dans ces conditions, l'autorité de poursuite devra, comme dans le cas d'espèce, agir vite sans forcément connaître de façon définitive tous les éléments de l'affaire. Ce constat est d'autant plus vrai dans des affaires internationales mettant en jeu des notions juridiques complexes. Dans de telles circonstances, il serait contraire aux principes de célérité et d'économie de procédure de ne pas permettre, dès le commencement de celle-ci, de tirer au clair le plus rapidement possible la réalisation des conditions de la poursuite telle celle qui concerne la compétence du MPC. Il y a lieu de rappeler à ce titre que l'art. 39 al. 1 CPP prescrit notamment que les autorités pénales vérifient d'office si elles sont compétentes. Cela s'impose d'autant plus qu'une décision rendue par une autorité incompétente *rationae materiae* doit être considérée comme entachée d'un vice grave imposant la nullité (ATF 136 II 23 consid. 3.4). Il importe dès lors de pouvoir examiner au plus vite la décision prise à ce sujet par l'autorité de poursuite. Dans le cas d'espèce, il faut relever encore que l'instruction a été ouverte le 19 octobre 2011 (MPC 01-00-0001), que le MPC a entendu le prévenu le lendemain et les parties plaignantes entre le 21 octobre et le 8 décembre 2011 (MPC rubrique 12); la décision querellée date quant à elle du 1^{er} décembre 2011. En conséquence, on ne saurait assimiler le recours contre l'ordonnance incriminée à un recours dirigé à l'encontre de l'ouverture de l'enquête, étant donné que son dépôt n'a, en aucun cas, retardé ou fait obstacle à l'ouverture de celle-ci ni n'a empêché l'autorité de poursuite de mener ses premières investigations.

1.2.3 Le MPC n'a donc pas violé la loi en indiquant dans son ordonnance qu'elle pouvait faire l'objet d'un recours conformément à l'art. 393 al. 1 let. a CPP.

1.3

1.3.1 Les décisions du MPC peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour de céans (art. 393 al. 1 let. a CPP; art. 37 al. 1 de la loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération [LOAP; RS 173.71] en lien avec l'art. 19 al. 1 du règlement sur l'organisation du Tribunal pénal fédéral [ROTPF; RS 173.713.161]). Le recours contre les décisions noti-

fiées par écrit ou oralement est motivé et adressé par écrit, dans le délai de dix jours, à l'autorité de recours (art. 396 al. 1 CPP).

1.3.2 L'ordonnance attaquée ayant été reçue le 2 décembre 2011, le recours déposé le 12 décembre 2011 l'a été en temps utile.

1.3.3 Le recourant, directement touché par l'ordonnance querellée, dispose de la qualité pour agir.

1.4 Il y a lieu d'entrer en matière.

2

2.1 Dans un premier grief, le recourant considère que les conditions nécessaires à fonder la compétence universelle de la Suisse pour la répression des infractions dont il est question aux titres 12^{bis}, 12^{ter} ou à l'art. 264k CP et plus spécifiquement à l'art. 264m CP ne sont pas réalisées. Le MPC et les parties plaignantes ne partagent pas ce point de vue.

2.2 Au 1^{er} janvier 2011, une modification législative a ancré dans le CP les infractions de crime de guerre (titre 12^{ter}) et y a inscrit les dispositions communes pour ce dernier titre ainsi que pour celui relatif aux génocides et crimes contre l'humanité (titre 12^{quater} respectivement 12^{bis} CP; RO 2010 4963; Message relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 23 avril 2008 [ci-après: Message relatif à la mise en œuvre du Statut de Rome]; FF 2008 3461). A cette occasion, est entré en vigueur notamment l'art. 264m CP dont le titre marginal s'intitule "Actes commis à l'étranger". Ce dernier prescrit: "Quiconque commet à l'étranger un des actes visés aux titres 12^{bis} et 12^{ter} ou à l'art. 264k est punissable s'il se trouve en Suisse et qu'il n'est pas extradé ni remis à un tribunal pénal international dont la compétence est reconnue par la Suisse (al. 1). Lorsque l'auteur n'est pas de nationalité suisse et que l'acte commis à l'étranger n'était pas dirigé contre un ressortissant suisse, les autorités peuvent suspendre la poursuite pénale ou y renoncer, sous réserve de la conservation des preuves, dans les cas suivants: a. une autorité étrangère ou un tribunal pénal international dont la compétence est reconnue par la Suisse poursuit l'infraction et l'auteur est extradé ou remis à ce tribunal; b. l'auteur ne se trouve plus en Suisse et n'y reviendra probablement pas (al. 2). L'art. 7 al. 4 et 5, est applicable, à moins que l'acquiescement, la remise de peine ou la prescription de la peine à l'étranger n'aient eu pour but de protéger indûment l'auteur de toute peine (al. 3)".

2.3 L'article 264*m* CP est une disposition spéciale par rapport à l'art. 7 CP. En effet, ce dernier permet également à la Suisse, par l'application du principe de la compétence universelle subsidiaire, de poursuivre les crimes de génocide, de guerre et contre l'humanité. Toutefois, l'art. 7 CP prévoit que l'acte doit être aussi réprimé dans l'Etat où il a été commis (al. 2 let. b en relation avec l'al. 1 let. a), le principe du droit le plus favorable (art. 7 al. 3 CP) et le principe ne bis in idem (art. 7 al. 4 CP) devant également s'appliquer. Or, soumettre sans aucune restriction les crimes très graves dont il est question ici à ces règles générales n'aurait pas été opportun, raison pour laquelle, une règle spécifique pour les crimes contre l'humanité se justifiait (Message relatif à la mise en œuvre du Statut de Rome; FF 2008 3547).

Dans la mesure où le principe de la non-rétroactivité de la norme pénale posé par l'art. 2 al. 1^{er} CP ne s'applique pas aux règles de procédure, notamment aux dispositions réglant les compétences (TPF 2006 221 consid. 1.1.2 et référence citée; ATF 117 IV 369 consid. 4d; GAUTHIER, Commentaire Romand CP I [ci-après: Commentaire CP I], Bâle 2009, n° 37 ad art. 2), de manière générale, les nouvelles règles de procédure sont applicables aux procédures pendantes lors de leur entrée en vigueur (arrêt du Tribunal fédéral 2A.448/2003 du 3 août 2004). Dès lors, l'art. 264*m* CP trouve application dans le cas d'espèce et c'est à l'aune de ce dernier qu'il convient d'examiner si la Suisse est compétente pour poursuivre le recourant, ce que ce dernier conteste.

3 Dans son mémoire de recours et, de façon plus détaillée, dans sa réplique (act. 12), le recourant conteste les conditions d'applicabilité de la norme précitée. En particulier, il nie avoir un quelconque lien étroit avec la Suisse hormis le seul fait qu'il se trouvait dans ce pays le 20 octobre 2011, jour de son interpellation. En outre, selon lui, l'impossibilité de son extradition ferait en l'occurrence également défaut.

3.1 S'agissant du lien avec la Suisse, le législateur a effectivement fait de la présence de l'auteur présumé dans notre pays une condition essentielle de la conduite d'une procédure en Suisse concernant un acte commis à l'étranger (art. 264*m* al. 1 CP; Message relatif à la mise en œuvre du Statut de Rome; FF 2008 3547). Cette condition doit être réalisée au moment de l'ouverture de la procédure. Quant à la question de savoir si cette présence doit s'étendre à toutes les phases de cette dernière, la jurisprudence afférente aux articles 5 et 6 aCP excluait un jugement *in absentia* si l'auteur quittait la Suisse avant son procès (ATF 108 IV 145). Ainsi que relevé par

la doctrine, cette jurisprudence mérite toutefois d'être remise en question dans le sens que si la poursuite est engagée lorsque l'auteur se trouve en Suisse, son départ ultérieur n'éteint pas forcément la compétence juridictionnelle de ce pays (HENZELIN, Commentaire CP I, n° 26 ad art 6 CP). Rapportée au cas d'espèce, cette interprétation semble d'ailleurs être également celle de la lettre de l'art. 264*m* CP. En effet, l'art. 264*m* al. 2 let. b CP, ne prescrit-il pas d'emblée le renoncement à la poursuite mais, lorsque ni l'auteur ni la victime sont de nationalité Suisse, il laisse à l'autorité de poursuite la possibilité de décider si elle veut suspendre ou renoncer à la poursuite lorsque l'auteur ne se trouve plus en Suisse et n'y reviendra probablement pas. Il en va de l'efficacité de la poursuite d'infractions particulièrement graves, qui par leur nature, sont commises à l'étranger par des étrangers qui ne se rendent qu'occasionnellement ou ne font que transiter par la Suisse. Sous cet angle, une interprétation trop stricte de la condition de la présence sur sol suisse reviendrait à laisser décider l'auteur de l'infraction de la poursuite de celle-ci. Ce n'est pas ce qu'a voulu le législateur en adaptant son droit national pour permettre à la Suisse de participer efficacement à l'effort international dans la répression de la violation des droits humains.

En conséquence, la présence en Suisse du recourant lors de son interpellation par le MPC suffit. Le fait qu'à l'heure actuelle il ne se trouve plus dans notre pays ne saurait, à lui seul, faire obstacle à la procédure ouverte par le MPC.

- 3.2** Le recourant critique également la compétence du MPC sous l'angle de la personnalité passive. La nationalité algérienne des parties plaignantes au moment des faits exclurait tout rattachement, même passif, avec la Suisse.

Dans l'ancien droit, le principe de la personnalité passive (crime ou délit commis à l'étranger contre un Suisse) était régi à l'art. 5 aCP tandis que le principe de la personnalité active (crime ou délit commis à l'étranger par un Suisse) à l'art. 6 aCP. L'art. 7 CP, entré en vigueur le 1er janvier 2007, s'applique dorénavant tant dans le cas d'un auteur suisse que dans celui d'une victime suisse (Message concernant la modification du code pénal suisse [dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal] et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs du 21 septembre 1998; FF 1999 1804; HENZELIN, op. cit., n° 4 ad art. 7). En ce qui concerne le moment déterminant de la nationalité de l'auteur et de la victime, la doctrine n'est pas unanime. Pour une partie de celle-ci, tant la victime que l'auteur doivent avoir la nationalité suisse au moment de l'infraction (LOGOZ, Commentaire du code pénal suis-

se, Partie générale, Neuchâtel Paris 1955, p. 45, n° 2, p. 49, n° 2, DUPUIS ET AL., Petit Commentaire, Code pénal [ci-après: PC CP], Bâle 2012, n° 2 ad art. 7). Pour une autre partie de la doctrine (POPP/LEVANTE, Basler Kommentar, Berne 2007, ad art. 7, n° 12 et 13 et doctrine citée), la nationalité de l'auteur se détermine au moment du jugement; en revanche, la condition de la nationalité de la victime s'apprécie au moment de l'acte. Quant à la jurisprudence, sous l'empire de l'ancien droit (art. 6 aCP), le Tribunal fédéral considérait que l'auteur devait être traité comme un Suisse s'il avait acquis la nationalité suisse après la commission de l'infraction à l'étranger (ATF 117 IV 369 consid. 6). A la lumière de cette jurisprudence et compte tenu de l'esprit de la dernière modification de l'art. 7 CP qui consiste à ne plus faire de différence selon les cas de personnalité active ou passive, désormais réunis dans une seule disposition, il paraît peu compréhensible que la nationalité de la victime ne s'apprécie pas selon les mêmes critères que ceux utilisés pour déterminer la nationalité de l'auteur (nationalité suisse au moment du jugement). Dans le cas d'espèce, cette question ne doit toutefois pas être analysée plus avant puisque l'art. 7 CP n'est pas applicable et la compétence du MPC est de toute façon donnée en vertu de l'art. 264m al. 1 CP (*infra* consid. 3.3 ss).

Mal fondé, ce grief doit être rejeté.

3.3 Le recourant conteste ensuite le bien-fondé de la compétence helvétique en invoquant le fait qu'il n'a aucun lien étroit avec notre pays. Cet élément est lui aussi sans pertinence dans le cas d'espèce.

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 (op. cit., n° 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., PC CP, 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 (act. 15 p. 6 et 7), 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. 264m 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; act. 6.1). 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" (act. 1.6 p. 1). 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 res-

ponsabilité 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.

- 3.7** Au vu des considérations qui précèdent, contrairement à ce que soutient le recourant, rien en l'espèce n'empêche l'application de l'art. 264^m CP.

- 4** Le recourant considère ensuite qu'étant poursuivi pour des crimes de guerre commis entre 1992 et 1999, soit avant le 1^{er} janvier 2011, la poursuite devrait être basée sur les art. 108 et 109 aCPM et incomber ainsi à la juridiction militaire.

Jusqu'au 31 décembre 2010, les violations du droit humanitaire étaient effectivement sanctionnées par les art. 108 et 109 aCPM et soumises de ce fait à la juridiction militaire. Toutefois, ainsi que précisé *supra* (consid. 3), au 1^{er} janvier 2011, une modification législative a eu pour effet de confier la poursuite des crimes des titres 12^{bis} (génocide) et 12^{ter} (crimes de guerre) CP au droit pénal ordinaire, ce que consacre d'ailleurs également l'art. 7 al. 2 CPM. Le 1^{er} janvier 2011, est par ailleurs entré en vigueur l'art. 23 al. 1 lit. g CPP aux termes duquel sont soumises à la juridiction fédérale les infractions visées aux titres 12^{bis} et 12^{ter} CP précités et à l'art. 264^k CP. Il résulte de ce qui précède que, contrairement à ce que soutient le recourant, c'est bien la juridiction fédérale ordinaire qui est en l'occurrence compétente. Il appartient donc au MPC de connaître de la présente affaire.

5

5.1 Dans un dernier grief, le requérant 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 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^o 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, RGDIP, 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 1948 (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 ti-

tre, 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^{os} 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** L'appréciation du cas d'espèce nécessite un rapide survol de la situation algérienne pendant la période en cause (1991-1993). Après l'interruption du processus électoral de décembre 1991, processus qui avait vu le Front islamique de salut (ci-après: FIS) remporter les élections législatives de juin 1990, l'Algérie a connu une période de grande instabilité politique et sociale. Craignant la perte du pouvoir et l'établissement d'une république islamiste, le gouvernement annula immédiatement les élections après le premier tour. Le 11 janvier 1991, à la suite d'un coup de force de l'armée, le président F. a quitté le pouvoir après que l'armée l'ait contraint à dissoudre l'Assemblée nationale pour éviter l'intérim (IMPAZAGLIO/GIRO, Algeria in ostaggio, Milan 1997, pp. 40-41). Le pouvoir présidentiel fut désormais exercé par une structure collégiale instituée le 14 janvier 1992 dénommée HCE. G., un des chefs du Front de Libération Nationale (ci-après: FLN) a été choisi pour présider le HCE (ZIREM, Algérie. La guerre des ombres, Bruxelles 2002, p. 10). Les autres membres du HCE étaient: A. (ex-général), H. (recteur de la mosquée de Paris, rappelé d'urgence en Algérie depuis la France), I. (président d'une organisation pour les droits humains), et J. (chef de l'association des Moudjahidin, ex-combattants de la libération) (IMPAZAGLIO/GIRO, op. cit., p. 41). L'état d'urgence a été décrété le 9 février 1992 et le FIS a été dissous par une décision administrative le 4 mai 1992 (ZIREM, op. cit., p. 49). L'assassinat de G., le 29 juin 1992, a marqué le début d'une période de guerre civile qui a duré environ 10 ans. Le gouvernement a poursuivi une politique d'action systématique contre les islamistes, qui ont formé des groupes armés et monté des attaques terroristes qui se

sont progressivement répandus dans toutes les régions du pays. Depuis le début des combats, les organisations non gouvernementales et l'ONU avaient exprimé une vive préoccupation quant à la militarisation du pays, à l'usage indiscriminé de la violence par les forces de l'ordre, aux arrestations arbitraires, aux déportations, aux disparitions, aux exécutions sommaires, à la torture et aux mauvais traitements. Il a été estimé que les combats en Algérie pendant cette période ont coûté la vie à 200'000 personnes et le nombre des disparus est évalué entre 4000 et 7000 personnes (cf. notamment, DEL MINISTRO, Algeria. Dalla Guerra civile alla Riconciliazione, Bologna 2009, p. 88. Commission On Human Rights, 59^{ème} session, 9 janvier 2003, United Nation, Economic and Social Council, E/CN.4/3003/66/Add.1, n^{os} 19, 20). Pour ce qui concerne plus particulièrement le recourant, il est souvent mis en cause dans les études consacrées à l'Algérie de cette période comme faisant partie du courant des "éradicateurs" opposé au courant des "réconciliateurs" (ZIREM, op. cit., p. 10), le premier étant suspecté d'être responsable de massacres dans les prisons (DEL MINISTRO, op. cit., p. 121, note de bas de page n° 5).

- 5.4.1** A. est soupçonné d'avoir commis des crimes de guerre durant les années 1992 à 1999 (MPC 01-00-0001, 13-00-0005); 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 (MPC 13-00-0006). 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 (MPC 13-00-0007). 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 (MPC 13-00-0008). 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 (MPC 13-00-0008). 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 (*supra* let. H), 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 (MPC 13-00-0011). 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 (MPC 13-00-0011), il serait encore resté proche du pouvoir et aurait fait nommer K., son successeur, comme Ministre de la défense (MPC 13-00-0008).

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 (MPC 13-00-0005). 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*.

- 5.5** Pour ce qui concerne les actes accomplis avant la prise de fonction de A. en tant que Ministre de la défense de la République algérienne ainsi que pour les actes accomplis après la fin de cette fonction, aucune immunité juridictionnelle ne saurait entrer en ligne de compte.

6 Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté.

7

- 7.1** Les frais de la procédure de recours sont mis à la charge des parties dans la mesure où elles ont obtenu gain de cause ou succombé (art. 428 al. 1 CPP). Ainsi, en application des art. 5 et 8 al. 1 du règlement du Tribunal pénal fédéral sur les frais, émoluments, dépens et indemnités de la procédure pénale fédérale (RFPPF; RS 173.713.162), ils seront fixés à CHF 1'500.-- et mis à la charge du recourant.

7.2 La partie qui obtient gain de cause a droit à une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure (art. 436 al. 1 en lien avec l'art. 429 al. 1 let. a CPP). Selon l'art. 12 al. 1 RFPPF, les honoraires sont fixés en fonction du temps effectivement consacré à la cause et nécessaire à la défense de la partie représentée. Selon l'al. 2 de cette même disposition, lorsque l'avocat ne fait pas parvenir le décompte de ses prestations dans la procédure devant la Cour des plaintes, avec son unique ou sa dernière écriture, le montant des honoraires est fixé selon l'appréciation de la cour. En l'espèce, une indemnité d'un montant de CHF 1'500.-- (TVA incluse) en faveur des parties plaignantes paraît équitable pour le travail déployé.

Par ces motifs, la Cour des plaintes prononce:

1. Le recours est rejeté.
2. Un émolument de CHF 1'500.-- est mis à la charge du recourant.
3. Une indemnité de CHF 1'500.-- (TVA comprise) est allouée aux parties plaignantes à la charge du recourant.

Bellinzone, le 30 juillet 2012

Au nom de la Cour des plaintes
du Tribunal pénal fédéral

Le président:

La greffière:

Distribution

- Me Jacques Michod, Me Marc Bonnant et Me Magali Buser, avocats
- Ministère public de la Confédération, Laurence Boillat, Procureure fédérale
- Me Damien Chervaz, avocat

Indication des voies de recours

Il n'existe pas de voie de recours ordinaire contre la présente décision.