

**LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE, LA
COOPÉRATION ET LES IMMUNITÉS :
L'HISTOIRE SANS FIN ?
(Questions pratiques de droit international pénal
dans les relations diplomatiques des États)**

Claire MAGNOUX
Fannie LAFONTAINE*

SOMMAIRE: Introduction. I. De la nécessité de comprendre la multiplicité des acteurs en présence. A. Un contexte spécifique : de l'implication du Conseil de sécurité à la saga al-Bashir. B. Un contexte global : l'Union africaine et la Cour pénale internationale, meilleures ennemies. II. La question des immunités dans le raisonnement de la Cour : la fin justifie les moyens ou lui fait-elle perdre ses moyens ? A. Un mauvais départ : les décisions relatives à la non-coopération du Malawi et du Tchad. B. Demi-tour : la décision relative à la non-coopération de la République démocratique du Congo. C. Changement de vitesse : la décision relative à la non-coopération de l'Afrique du Sud et de la Jordanie. III. Les nouveaux acteurs : des juridictions nationales à la Cour internationale de justice. A. Les juridictions nationales, à la rescousse de la CPI ? B. La Cour internationale de justice : la réponse à tout ? Conclusion.

* Respectivement, doctorante et chercheure à la Chaire de recherche du Canada sur la justice internationale pénale et les droits fondamentaux, Université Laval, et Professeure titulaire, Titulaire de la Chaire de recherche du Canada sur la justice internationale pénale et les droits fondamentaux, Université Laval, et directrice du Partenariat canadien sur la justice internationale.

Introduction

Le 29 mars 2018, la Chambre d'appel de la Cour pénale internationale (ci-après la Cour ou CPI) a lancé un appel aux organisations internationales, aux États parties et aux professeurs de droit international, par la voie d'une ordonnance, afin de connaître les réflexions de ces derniers quant à l'articulation juridique entre les immunités et l'obligation de coopération des États parties¹. La Chambre a en effet saisi l'opportunité de l'appel interjeté par la Jordanie de la décision de la Chambre préliminaire II du 11 décembre 2017², pour entendre les réflexions des acteurs et observateurs de la justice internationale pénale sur le sujet. En l'espèce, la Chambre préliminaire II avait décidé que la Jordanie avait manqué à son obligation de coopération envers la Cour en n'arrêtant et ne lui remettant pas Omar al Bashir, Président du Soudan, alors que ce dernier se trouvait sur son territoire lors du Sommet de la Ligue des États arabes, le 29 mars 2017. La Chambre préliminaire II avait par ailleurs décidé de renvoyer cette situation de non-coopération devant l'Assemblée des États parties et le Conseil de sécurité.

Énième épisode d'une série devenue quelque peu lassante, la question de la coopération des États parties dans le cadre des demandes d'arrestation du Président soudanais émises par la Cour semble chercher un nouveau souffle avec le choix d'une ouverture de l'institution aux réflexions juridiques des États et des universitaires. Cette ouverture peut aussi s'analyser comme le signe d'un enlisement

¹ Chambre d'appel, Situation au Darfour (Soudan), Affaire Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad al-Bashir, Ordonnance invitant à une manifestation d'intérêt pour une intervention en qualité d'amici curiae dans le cadre d'une procédure judiciaire (conformément à la règle 103 du Règlement de procédure et de preuve), ICC-02/05-01/09 OA2, 29 mars 2018, en ligne : <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/05-01/09-330>.

² Chambre préliminaire II, Situation au Darfour (Soudan), Affaire Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad al-Bashir, Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome concernant la non-exécution par la Jordanie de la demande que lui avait adressée la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise d'Omar Al-Bashir, ICC-02/05-01/09, 11 décembre 2017, en ligne : <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/05-01/09-309&ln=fr>.

juridique de la Cour, qui a depuis plusieurs années multiplié la jurisprudence sur le sujet, sans jamais convaincre. Simple coup de communication ou véritable tentative de légitimer ses actions, il faudra encore attendre pour pouvoir observer l'impact de ces observations dans la jurisprudence de la CPI.

Afin de comprendre l'importance de cette problématique juridique tant pour la Cour que pour les États parties ou tiers, il est nécessaire de peindre brièvement le paysage de la naissance de l'institution. Il y a vingt ans, l'adoption du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (ci-après le Statut) a été (et est encore analysée) comme une avancée majeure de la justice internationale pénale avec la mise sur pied d'une institution permanente à vocation universelle. Le Statut vient rappeler un paradigme fondateur de la justice internationale pénale, à savoir sa potentielle capacité à atteindre tous les individus, quel que soit leur rang, par le truchement de l'article 27 qui précise le défaut de pertinence de la qualité officielle. Il vient aussi ancrer la Cour sur deux piliers fondateurs : la complémentarité et la coopération. En l'espèce, c'est le second qui sera l'objet de notre attention. La coopération s'inscrit dans le Chapitre IX (Coopération internationale et assistance judiciaire) du Statut et au sein de l'article 86, une obligation générale de coopérer est formulée, tout en instituant une limite à celle-ci dans l'article 98 (« Coopération en relation avec la renonciation à l'immunité et le consentement à la remise »). En effet, l'article 98(1) indique que :

« La Cour ne peut poursuivre l'exécution d'une demande de remise ou d'assistance qui contraindrait l'État requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en droit international en matière d'immunité des États ou d'immunité diplomatique d'une personne ou de biens d'un État tiers, à moins d'obtenir au préalable la coopération de cet État tiers en vue de la levée de l'immunité. »

Depuis maintenant plusieurs années, la Cour fait l'expérience de l'articulation entre ces dispositions du Statut, dans un feuillet

³ Statut de Rome de la Cour pénale internationale, A/CONF. 183/ 9, 17 juillet 1998 (entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2002).

judiciaire mettant en scène ses juges et un certain nombre d'États parties, avec pour toile de fond les différents voyages du Président soudanais Omar al Bashir, le tout à la lumière d'un renvoi par une résolution du Conseil de sécurité des Nations unies (ci-après Conseil de sécurité).

Une brève genèse de la situation permet de contextualiser les enjeux juridiques qui nous intéressent : le 31 mars 2005, le Conseil de sécurité a renvoyé la situation au Darfour (depuis le 1^{er} juillet 2002) à la CPI, par l'intermédiaire de la résolution 1593⁴ (possibilité prévue par l'article 13 du Statut de Rome). En juin 2005, le Procureur a ouvert une enquête, aboutissant le 4 mars 2009 et le 12 juillet 2010 à la délivrance de deux mandats d'arrêt à l'encontre d'Omar al Bashir pour cinq chefs de crimes contre l'humanité, deux chefs de crimes de guerre et trois chefs de génocide. Depuis, plusieurs États parties ont reçu sur leur territoire le Président soudanais, sans jamais l'arrêter.

Sur le terreau de cette situation, plusieurs enjeux juridiques ont fleuri :

- Comment s'articulent les articles 86 (obligation générale de coopérer), 98 (limitation relative aux immunités) et 27 (défaut de pertinence de la qualité officielle) ?
- Quelle est la nature du renvoi de la situation du Darfour par le Conseil de sécurité sous la résolution 1593, prise sous le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies ? Est-ce une simple typologie de renvoi comme cela est mentionné dans l'article 13 du Statut ? Quelle est la portée de l'obligation de coopérer ? Cette résolution lève-t-elle les immunités d'un dirigeant d'un État non partie au Statut de Rome ou oblige-t-elle le Soudan à lever les immunités ?

De ces questions juridiques découlent des questions pratiques majeures pour les États :

- Pour les États parties, doivent-ils arrêter le dirigeant d'un autre État, pourtant non partie au Statut de Rome ?
- Pour les États non parties, cela signifie-t-il que leurs immunités peuvent être levées par une

résolution du Conseil de sécurité prise sous le Chapitre VII ? Peuvent-ils se voir obligés de coopérer avec la Cour, alors qu'ils n'ont pas ratifié le Statut de Rome ?

On notera que ces questions pratiques ont potentiellement des impacts majeurs dans les relations diplomatiques des États.

Cette contribution se propose de revenir sur les grandes étapes de ce feuilleton juridique et judiciaire, en choisissant de porter une attention particulière aux différents acteurs impliqués. Le choix de cet éclairage permettra de mettre en lumière les positions des acteurs au regard de leur argumentation juridique respective, afin de rendre compte des enjeux soulevés en termes de politique internationale au regard du développement du droit international pénal.

Afin de comprendre les enjeux en matière juridique et en matière de politique internationale, un portrait des acteurs en présence sera dessiné (I), ainsi qu'une analyse des raisonnements juridiques déployés par la Cour relative au traitement des immunités (II). Le dernier développement est consacré à deux acteurs en dehors de la sphère de la CPI, que sont les juridictions nationales et le rôle potentiel de la Cour internationale de justice (III).

⁴ Conseil de sécurité des Nations unies, Résolution 1593 (2005), S/RES/1593(2005), 31 mars 2005.

I. De la nécessité de comprendre la multiplicité des acteurs en présence

Cette partie s'attèlera à rappeler le contexte spécifique dans lequel se pose la question des immunités à la CPI (A) et celui plus global de la relation entre la CPI et l'Union africaine, pertinente pour comprendre les tensions autour de cette problématique juridique (B).

A. Un contexte spécifique : de l'implication du Conseil de sécurité à la saga al-Bashir

À partir de 2003, un conflit armé non international, aux racines anciennes, s'est déroulé dans la région du Darfour, à l'ouest du Soudan. Ce conflit a opposé, du moins au départ, les forces armées soudanaises et les milices arabes Janjawid à des groupes armés du Darfour, le Mouvement de libération du Soudan et le Mouvement de la Justice et de l'Égalité. En réaction, en juillet 2007, le Conseil de sécurité a décidé de mettre sur pied une opération de maintien de la paix⁵ en collaboration avec l'Union africaine (MINUAD), mission existante encore aujourd'hui. John Holmes, Secrétaire général adjoint aux affaires humanitaire, estimait en 2008 que le conflit avait fait environ 300 000 morts et 2,7 millions de déplacés⁶ depuis son commencement.

Relativement à la question des violations massives des droits humains ayant eu lieu sur le territoire, le 18 septembre 2004, le Conseil de sécurité, sur la base de la résolution 1564⁷, a demandé au Secrétaire général de mettre sur pied une commission d'enquête sur les violations du droit international humanitaire et des instruments des droits humains commises au Darfour. Cette commission avait à remplir quatre objectifs :

⁵ Conseil de sécurité des Nations unies, Résolution 1769(2007), S/RES/1769(2007), 31 juillet 2007.

⁶ UN News, « At five-year mark, Darfur crisis is only worsening – UN aid chief », 22 avril 2008, en ligne : <https://news.un.org/en/story/2008/04/256942-five-year-mark-darfur-crisis-only-worsening-un-aid-chief>.

⁷ Conseil de sécurité des Nations unies, Résolution 1564 (2004), S/RES/1564(2004), 18 septembre 2004.

« enquêter sur les allégations imputant à toutes les parties en présence au Darfour des violations du droit international humanitaire et des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, déterminer si des actes de génocide ont été commis, identifier les responsables et indiquer comment faire en sorte que ceux-ci aient à répondre de leurs actes. »⁸

La Commission a basé son travail sur le spectre temporel allant de février 2003 à mi-janvier 2005. Le 25 janvier 2005, elle a remis son rapport au Secrétaire général. Ce rapport établit la commission de nombreux crimes au Darfour, tels des meurtres, des actes de torture, des enlèvements, des violences sexuelles, des pillages ou encore des transferts forcés de population⁹. Il rapporte que le caractère généralisé et systématique de la commission de ces crimes par les forces armées du gouvernement soudanais et les groupes Janjawid emporte pour conséquence que ceux-ci peuvent être qualifiés de crimes contre l'humanité. Il établit également que les forces armées et les milices Janjawid ont commis des crimes de guerre. De plus, le rapport indique des violations des droits humains et du droit international humanitaire (meurtres et pillages) constituant des crimes de guerre commis par les milices rebelles, mais dont le caractère systématique n'a pu être établi¹⁰. La Commission a estimé que l'intention génocidaire faisait défaut au niveau des autorités centrales du gouvernement soudanais, ne lui permettant pas de parvenir à la conclusion de la commission d'un génocide¹¹.

Le 31 mars 2005, le Conseil de sécurité a adopté la résolution 1593, sous le Chapitre VII de la Charte, décidant, dans son paragraphe 1, de renvoyer la situation du Darfour à la CPI¹², rendant ainsi la Cour compétente pour les crimes commis dans cette région, alors même

⁸ Rapport de la Commission internationale d'enquête sur le Darfour au Secrétaire général, S/2005/60, 1^{er} février 2005, p 3. La professeure Lafontaine, une des co-auteurs de cet article, a travaillé au sein de cette Commission en tant que spécialiste des droits de l'homme et assistante spéciale au Président, feu le Professeur Antonio Cassese.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*, p 4.

¹¹ *Ibid.*

¹² Cette possibilité de renvoi est inscrite au sein de l'article 13(b) du Statut de Rome.

que le Soudan n'est pas partie au Statut de Rome, ce qui est possible par une application combinée de l'article 13(b) et de l'article 12(2)a) du Statut. Le paragraphe 2 de cette résolution aborde le sujet de la coopération des acteurs impliqués, indiquant que par cette résolution, le Conseil de sécurité :

« Décide que le Gouvernement soudanais et toutes les autres parties au conflit du Darfour doivent coopérer pleinement avec la Cour et le Procureur et leur apporter toute l'assistance nécessaire conformément à la présente résolution et, tout en reconnaissant que le Statut de Rome n'impose aucune obligation aux États qui n'y sont pas parties, demande instamment à tous les États et à toutes les organisations régionales et internationales concernées de coopérer pleinement » (Nous soulignons)

Ce paragraphe a fait l'objet de multiples interprétations dans les décisions de la Cour relatives à la non-coopération d'un certain nombre d'États, comme nous l'exposerons dans la deuxième partie. En effet, les interprétations, souvent contestées, s'intéresseront à la signification des termes « doivent coopérer pleinement » : ont-ils pour conséquence d'appliquer le Statut de Rome, dans son intégralité ou en partie, au Soudan, de lever les immunités de son dirigeant ou encore de demander au Soudan de les lever ?

Rappelons qu'en sa qualité de chef d'État, plusieurs types d'immunités sont reconnus à Omar al Bashir. En effet, en sa qualité de Président du Soudan, il lui est reconnu une immunité personnelle (*ratione personae*) qui couvre à la fois ses actes privés et officiels. Celle-ci cessera lorsqu'il quittera ses fonctions. L'immunité fonctionnelle (*ratione materiae*), quant à elle, couvre seulement les actes liés aux fonctions du dirigeant et subsiste après la fin de celles-ci. Selon la Cour internationale de justice (CIJ), en droit international coutumier, les crimes internationaux ne constituent pas une exception à la règle de l'immunité personnelle de juridiction pénale et de l'inviolabilité du dirigeant en exercice¹³. Néanmoins, la CIJ

¹³ Cour internationale de Justice, République démocratique du Congo c. Belgique, Affaire relative au Mandat d'arrêt du 11 avril 2000, Arrêt du 14 février 2002.

indique que la responsabilité pénale du dirigeant peut être recherchée dans quatre circonstances : il ne dispose pas d'immunité de juridiction pénale dans son propre État et peut donc être poursuivi devant les juridictions domestiques (1), l'État peut lever lui-même l'immunité de son dirigeant afin qu'il soit traduit devant une juridiction étrangère (2), si le dirigeant n'est plus en fonction, alors il peut être poursuivi par un autre État pour des actes s'étant déroulés avant ou après la période pendant laquelle il était en fonction, ainsi que pour des actes ayant été accomplis durant sa fonction mais effectués à titre privé (3), et enfin, il peut faire l'objet de poursuites pénales devant certaines juridictions internationales, à condition que ces dernières aient compétence (4).

À la suite du renvoi du Conseil de sécurité, le Procureur de l'époque, Luis Moreno Ocampo, a ouvert une enquête le 6 juin 2005, aboutissant à l'émission de deux mandats d'arrêt en 2009 et 2010. Le mandat d'arrêt du 4 mars 2009 émis par la Chambre préliminaire I¹⁴ précise qu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'Omar al Bashir est auteur indirect ou coauteur indirect de crimes de guerre du fait d'avoir dirigé intentionnellement des attaques contre des populations civiles et des actes de pillage et de crimes contre l'humanité par meurtre, extermination, transfert forcé de population, torture et viols¹⁵. Dans la *Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad al Bashir*¹⁶, les juges n'ont pas retenu les charges de

Relativement à l'absence d'exception à l'immunité de juridiction pénale pour les crimes internationaux, voir para 58. Concernant les possibilités de rechercher la responsabilité pénale d'un dirigeant, voir paras 60-61.

¹⁴ Chambre préliminaire I, Situation au Darfour (Soudan), Affaire Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad al-Bashir, Mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, 4 mars 2009, en ligne : https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_01515.PDF.

¹⁵ *Ibid*, pp 8-9.

¹⁶ Chambre préliminaire I, Situation au Darfour (Soudan), Affaire Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad al-Bashir, *Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, 4 mars 2009, en ligne : https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2010_00810.PDF [Décision de

génocide, car selon eux:

« [...] si l'existence d'une intention génocidaire du Gouvernement soudanais n'est que l'une des conclusions raisonnables pouvant être tirées des éléments produits par l'Accusation, il convient de rejeter la Requête de cette dernière relativement au génocide, dans la mesure où il n'aura pas été satisfait à la norme de la preuve fixée par l'article 58 du Statut »¹⁷.

La Chambre préliminaire a ainsi estimé que :

« [U]ne fois examinés conjointement tous les éléments produits à l'appui de la Requête de l'Accusation et donc, une fois considérées conjointement les constatations précédentes, la majorité ne peut manquer de conclure que l'existence de motifs raisonnables de croire que le Gouvernement soudanais a agi avec [...] l'intention [génocidaire] de détruire en tout ou en partie les groupes four, massalit et zaghawa n'est pas la seule conclusion raisonnable qui puisse en être tirée »

et par conséquent:

« [...] les éléments produits à l'appui de la Requête de l'Accusation ne fournissent pas de motifs raisonnables de croire que le Gouvernement soudanais a agi avec le dol spécial/l'intention spécifique de détruire, en tout ou partie, les groupes four, massalit et zaghawa... »¹⁸.

Le Procureur a interjeté appel de cette décision. En l'espèce, la Chambre d'appel a décidé que la Chambre préliminaire avait appliqué une administration de la preuve erronée¹⁹, et a indiqué plus précisément qu'elle avait appliqué une norme en matière de preuve « plus élevée et exigeante » que cela est demandé par l'article 58(1)(a) régissant l'administration de la preuve pour la délivrance d'un mandat d'arrêt²⁰. La Chambre d'appel a ainsi demandé à la Chambre

2009].

¹⁷ *Ibid*, para 159.

¹⁸ *Ibid*, paras 205-206.

¹⁹ Chambre d'appel, Situation au Darfour (Soudan), Affaire Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad al-Bashir, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-OA, 3 février 2010, en ligne : https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2013_01912.PDF.

²⁰ *Ibid*, para 39.

préliminaire de statuer à nouveau sur la question de savoir si le mandat d'arrêt devait contenir la charge de génocide. Le second mandat d'arrêt²¹, datant du 12 juillet 2010, inclut trois chefs d'accusation pour génocide : meurtre, atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale et soumission intentionnelle de chaque groupe visé à des conditions d'existence devant entraîner la destruction physique du groupe.

Deux types de remarques peuvent être faites quant au choix du Procureur de poursuivre Omar al Bashir, relativement aux crimes visés et concernant la stratégie de poursuite choisie. Concernant le mandat d'arrêt pour génocide délivré, si, évidemment, la Commission n'avait pas le mandat de déterminer la responsabilité individuelle et qu'il est possible que le Procureur ait eu accès à de la preuve concernant le Président qui permettait d'établir son intention génocidaire, il demeure que peu d'observateurs avertis du conflit au Darfour avaient conclu à l'existence d'un génocide. Ainsi, la décision du Procureur pouvait surprendre au regard de la situation sur le terrain et des informations connues du public²².

Concernant le second, le choix de poursuivre directement le plus haut dirigeant reflète les choix stratégiques du Procureur durant les premières années de la Cour. En effet, l'idée de départ était de toucher les plus hauts

²¹ Chambre préliminaire I, Situation au Darfour (Soudan), Affaire Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad al-Bashir, Deuxième Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt, ICC-02/05-01/09, 12 juillet 2010, en ligne : https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2010_05623.PDF.

²² L'ONG « Genocide Watch » a qualifié de « génocide » les crimes ayant eu lieu au Soudan en avril 2004 (<http://genocidewatch.net/2014/05/05/8107/>), les autres ONG, dans leurs rapports, ont rapporté de nombreux crimes qu'elles ont notamment qualifié de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Voir par exemple Human Rights Watch, « Sudan. Darfur in Flames: Atrocities in Western Sudan », avril 2004 en ligne : <https://www.hrw.org/reports/2004/sudan0404/sudan0404.pdf>, Amnesty International, « Sudan. At the Mercy of Killers – Destruction of Villages in Darfur », juillet 2004 en ligne : <https://www.amnesty.org/download/Documents/92000/afr540722004en.pdf>.

responsables tout de suite. Cela peut être questionné à la fois d'un point de vue de stratégie juridique et de stratégie en matière de coopération. En effet, en matière de preuves, il peut s'avérer plus compliqué d'établir la responsabilité du plus haut dirigeant, sans établir avant les chaînes de responsabilité, par l'intermédiaire de la poursuite d'individus de rang inférieur. Stratégiquement, poursuivre le plus haut dirigeant, alors que la situation a été renvoyée par le Conseil de sécurité, met à mal la potentielle coopération de l'État du fait de deux considérations politiques. En effet, d'une part, le renvoi par le Conseil de sécurité implique une absence de consentement de l'État à la compétence de la CPI et porte donc une forte charge symbolique de stigmatisation de ce dernier par la communauté internationale incarnée par le Conseil de sécurité, puisqu'il est vu comme incapable de gérer la situation se déroulant sur son territoire, et d'autre part, la mise en cause directe par un mandat d'arrêt de la figure politique la plus haute de l'État entraîne de nouveau une stigmatisation de l'appareil étatique, même si la Cour est à la recherche d'une responsabilité individuelle. Ces deux dimensions sont propres à entraîner une « levée de bouclier » des autorités de l'État, empêchant toute coopération avec une institution extérieure perçue comme mettant en péril la pérennité du pouvoir en place. Les stratégies ont changé avec la deuxième Procureure, Fatou Bensouda, qui dans ses politiques de poursuite a affirmé sa volonté de construire une poursuite graduelle en allant d'abord vers les personnes de rang inférieurs et intermédiaires pour pouvoir atteindre dans un second temps les plus hauts responsables²³.

Relativement à la question de la qualité de chef d'État, il peut être constaté dans la décision relative au mandat d'arrêt de 2009 que la Chambre estime:

« [...] que les fonctions actuelles d'Omar al Bashir en tant que chef d'un État non partie au Statut n'ont pas d'incidence sur la compétence de la Cour à l'égard de cette

²³ Bureau du Procureur, Plan stratégique 2012-2015, 11 octobre 2013, en ligne : <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Strategic-Plan-2013-FRA.pdf>.

affaire. »²⁴

Afin de fonder son propos, la Chambre s'appuie sur l'objectif de lutte contre l'impunité qui lui a été donné, en référant à l'article 27, qui concerne les immunités, l'article 21, qui mentionne le droit applicable à la Cour, et la résolution 1593, estimant qu'en déférant la situation, le Conseil de sécurité acceptait toutes les poursuites qui en résulteraient²⁵.

Omar al Bashir est le premier chef d'État en exercice faisant l'objet d'un mandat d'arrêt devant la CPI et le premier du continent africain. Il est également la première personne poursuivie par la Cour pour génocide. L'ensemble de ces caractéristiques, à la forte portée symbolique, a eu un effet mobilisateur -voire déclencheur- pour certains États du continent africain, qui ont rapidement dénoncé les actions de la Cour et la focalisation de cette dernière sur les États africains en matière de poursuite. En plus de la complexité de la problématique juridique, cela a eu pour résultat qu'Omar al Bashir ne soit jamais arrêté jusqu'à ce jour, quels que soient les États dans lesquels il s'est rendu. Cela a également alimenté les discours sur l'impérialisme et le racisme de la Cour et a déclenché une saga judiciaire sans fin, au gré des voyages du Président soudanais dans les États parties à la Cour, sur le thème de l'exigence de coopération de ces États au regard des immunités du chef d'État²⁶.

Chaque voyage du Président soudanais est perçu comme une défiance vis-à-vis de l'institution, que ce soit de la part de ce dernier ou du pays d'accueil, mêlant dans les débats qui s'en suivent à la fois des enjeux juridiques, mais aussi de diplomatie, de politique régionale et de politique internationale. Le développement suivant

²⁴ Décision 2009, supra note 16, para 41.

²⁵ *Ibid.*, paras 42-45.

²⁶ Voir par exemple : Cameroon Voice, "La CPI. Un outil pour recoloniser l'Afrique", 11 octobre 2013 en ligne : <http://www.cameroonvoice.com/news/article-news-12843.html>, La Presse, "Kenya qualifie la CPI de "jouet des pouvoirs impérialistes en déclin"", 12 octobre 2013 en ligne : <http://www.lapresse.ca/international/afrique/201310/12/01-4699236-kenyatta-qualifie-la-cpi-de-jouet-des-pouvoirs-imperialistes-en-declin.php>.

éclairera les enjeux relationnels entre la Cour et l'Union africaine qui sont au cœur de l'affaire *al Bashir*.

B. Un contexte global : l'Union africaine et la Cour pénale internationale, meilleures ennemies

Quelques mois après le premier mandat d'arrêt, le 3 juillet 2009, l'Union africaine a réagi aux poursuites dont le Président soudanais fait l'objet par l'intermédiaire d'une décision de l'Assemblée générale²⁷. Faisant part de sa préoccupation au regard des actions de la CPI, la décision s'adresse à plusieurs destinataires : le Conseil de sécurité, la CPI et les États de l'Union africaine. Relativement au Conseil de sécurité, elle critique l'absence de résolution de ce dernier lui permettant de suspendre, pour une période d'un an renouvelable, toute enquête ou poursuite à la Cour, comme cela est prévu à l'article 16 du Statut de Rome. Par ailleurs, l'Union africaine décide que ses États membres ne coopéreront pas avec la Cour, sur la base de l'article 98²⁸. Il est à noter que l'Union africaine met directement en cause la personnalité du Procureur de la Cour indiquant qu'elle : « exprime sa préoccupation devant le comportement du Procureur de la CPI »²⁹. Cela ne constitue que le premier degré de la tension qui va monter entre la Cour et l'Union africaine.

Cette position relative à la non-coopération adoptée par l'Union africaine sera exprimée à de multiples reprises devant la Cour par les États ou lors des prises de paroles des autorités relatives à la venue d'al Bashir sur leur territoire. Ainsi, le porte-parole du Président du Nigeria, lors de la visite du Président soudanais durant le Sommet spécial de l'Union africaine sur le SIDA/VIH, la tuberculose et le paludisme, en

²⁷ Union africaine, *Décision sur le rapport de la Commission sur la réunion des États africains parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, Adoptée par la treizième session ordinaire de la Conférence à Syrte (Grande Jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste), Doc. Assembly/AU/13(XIII), 3 juillet 2009. [Décision sur le rapport de la Commission]

²⁸ *Ibid.*, para 10.

²⁹ *Ibid.*, para 11.

juillet 2013, a déclaré :

« *The Sudanese president came for an AU event and the AU has taken a position on the ICC arrest order, so Nigeria has not taken action different from the AU stand* »³⁰.

Sur la même lignée, le Malawi a fondé une partie de ses arguments justifiant la non-arrestation d'al Bashir sur la position de l'Union africaine :

« *Le Ministère souhaite également informer le Greffe de la Cour qu'en tant que membre de l'Union africaine, le Malawi s'aligne pleinement sur la position adoptée par cette organisation à l'égard de la mise en accusation de chefs d'État et de gouvernement en exercice dans des pays qui ne sont pas parties au Statut de Rome.* »³¹

Il en est de même pour le Tchad qui a construit son argumentation face à la Cour en commençant par :

« *Considérant la position commune adoptée par l'Union Africaine face au mandat d'arrêt international émis par le Procureur à l'encontre de Monsieur Omar Al Bashir* »³².

La République démocratique du Congo, en 2014, dans cette même perspective, a énoncé qu'elle est liée à la décision de l'Union africaine relative

³⁰ Reuters, « Sudan's Bashir arrives in Nigeria to anger of rights groups », 14 juillet 2003, en ligne : <https://www.reuters.com/article/us-sudan-icc-nigeria/sudans-bashir-arrives-in-nigeria-to-anger-of-rights-groups-idUSBRE96D0AY20130714>.

³¹ Chambre préliminaire I, Situation au Darfour (Soudan), Affaire Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad al-Bashir, Rectificatif à la Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome relativement au manquement par la République du Malawi à l'obligation d'accéder aux demandes de coopération que lui a adressées la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, 13 décembre 2011, en ligne : https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_00951.PDF, para 8.

³² Chambre préliminaire I, Situation au Darfour (Soudan), Affaire Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad al-Bashir, Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome concernant le refus de la République du Tchad d'accéder aux demandes de coopération délivrées par la Cour concernant l'arrestation et la remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, 13 décembre 2011, en ligne : https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2011_21753.PDF, para 7.

aux immunités des chefs d'État devant les procédures internationales³³.

De plus, des arguments relatifs à la paix sont avancés dans la *Décision sur le rapport de la Commission sur la réunion des États africains parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale*³⁴. Certains États, dans leurs échanges avec la Cour en matière de coopération, ont repris cette thématique indiquant que leurs décisions de non-coopération reposaient sur leurs préoccupations en matière de paix et de stabilité de la région. Ainsi, l'Ouganda a fait valoir auprès de la Cour qu'il :

« [...] n'est pas dans l'intérêt de l'Ouganda ni de celui de la région d'isoler le Soudan en excluant son dirigeant de tout événement rassemblant les autres dirigeants de la région »³⁵.

La réponse de la Cour s'est faite extrêmement claire quant à sa prise en compte des considérations et de paix :

« À cet égard, bien que sensible à ces considérations politiques, la Chambre souligne que les objectifs politiques légitimes, voire souhaitables, que poursuivent les États parties au Statut doivent s'inscrire dans les limites de leurs obligations légales envers la Cour. En effet, la nature des obligations légales n'est pas telle qu'elles peuvent être ignorées ou contournées par opportunisme politique. »³⁶

³³ Chambre préliminaire II, Situation au Darfour (Soudan), Affaire Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad al-Bashir, Décision relative à la coopération de la République démocratique du Congo concernant l'arrestation et la remise d'Omar Al Bashir à la Cour, ICC-02/05-01/09, 9 avril 2014, en ligne :

https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2014_03714.PDF, para 7.

³⁴ Décision sur le rapport de la Commission, *supra* note 27, para 3.

³⁵ Chambre préliminaire II, Situation au Darfour (Soudan), Affaire Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad al-Bashir, Décision prenant acte de la non-exécution par la République de l'Ouganda de la demande d'arrestation et de remise d'Omar Al Bashir à la Cour et renvoyant la question au Conseil de sécurité de l'ONU et à l'Assemblée des États parties au Statut de Rome, ICC-02/05-01/09, 11 juillet 2016, en ligne : https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_04994.PDF, para 14.

³⁶ *Ibid.*

On notera la qualification que fait la Cour d'« opportunisme politique » quand les États lui parlent de paix et de stabilité régionale. En 2017, l'Afrique du Sud a également fait valoir l'importance de la prise en compte des efforts de paix :

« En tant qu'acteur de premier plan dans les efforts de paix, [elle] ne peut se désengager de l'Union africaine ou adopter une politique qui donnerait à penser [qu'elle] n'entend pas accueillir des chefs d'États de l'Union africaine »³⁷.

Cette décision de l'UA sera suivie par plusieurs autres. En effet, la *Décision sur la mise en œuvre de la Décision Assembly/AU/Dec.270(XIV) relative à la deuxième réunion ministérielle sur le Statut de Rome de la Cour pénale internationale*³⁸ est venue rappeler le désaccord de l'UA face à l'immobilisme du Conseil de sécurité au regard de l'article 16 et le fait que ses États membres ne coopéreront pas avec la Cour. On notera une intensification de la défiance vis-à-vis de l'institution, cette décision venant refuser à l'institution l'ouverture d'un Bureau en Éthiopie³⁹ et plus particulièrement à l'égard de la personne du Procureur « qui ne cesse de faire des déclarations grossières et condescendantes en ce qui concerne l'affaire du Président Omar Hassan El-Bashir du Soudan et dans d'autres situations en Afrique »⁴⁰. Ainsi, la tension entre l'UA et la Cour ne se concentre pas seulement sur la question spécifique des poursuites à l'encontre du Président soudanais, mais prend une dimension plus générique « Afrique *versus* CPI ».

³⁷ Chambre préliminaire II, Situation au Darfour (Soudan), Affaire Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad al-Bashir, Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome concernant la non-exécution par l'Afrique du Sud de la demande que lui avait adressée la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise d'Omar Al-Bashir, ICC-02/05-01/09, 6 juillet 2017, en ligne : https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2017_05532.PDF, para 40.

³⁸ Union africaine, *Décision sur la mise en œuvre de la Décision Assembly/AU/Dec.270(XIV) relative à la deuxième réunion ministérielle sur le Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, Adoptée par la quinzième session ordinaire de la Conférence à Kampala (Ouganda), Assembly/AU/Dec. 296(XV), 27 juillet 2010.

³⁹ *Ibid.*, para 8.

⁴⁰ *Ibid.*, para 9.

Dans sa *Décision sur la mise en œuvre des décisions de la conférence relatives à la Cour pénale internationale*⁴¹, en juillet 2011, l'UA vient soutenir le Tchad, le Kenya et Djibouti dans leur non-coopération avec la Cour, sur la base de l'article 98⁴² et vient appliquer la « doctrine al Bashir » à la situation libyenne et au mandat d'arrêt lancé contre Khaddafi⁴³, ainsi qu'à la situation relative aux violences postélectorales au Kenya de 2008⁴⁴, demandant à chaque fois une suspension des procédures par l'intermédiaire d'une résolution du Conseil de sécurité conformément à l'article 16 du Statut de Rome.

Le rapport entre l'UA et la CPI a pris une nouvelle dimension avec les poursuites d'Uhuru Kenyatta et de William Ruto, anciens opposants devenus respectivement Président (Ministre des finances au moment de la citation à comparaître) et vice-Président du Kenya (Ministre de l'enseignement au moment de la citation à comparaître), après le début des poursuites à leur encontre. Ils ont fait l'objet de citations à comparaître en mars 2011 pour les violences postélectorales de 2008. Bien que les deux affaires n'aient pas été menées à leur terme, puisque la Procureure a retiré les charges pour le premier et edque la Chambre de première instance V a décidé de mettre fin à l'affaire pour le second, cela a intensifié la défiance de l'Union africaine et a eu pour conséquence de pousser celle-ci à prendre plusieurs décisions relatives à l'immunité des dirigeants des États membres.

Ainsi, en octobre 2013, dans sa *Décision sur les relations entre l'Afrique et la Cour pénale internationale*⁴⁵, l'UA décide d' :

« accélérer le processus d'élargissement du mandat de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples au jugement des crimes internationaux, tels

*que le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre »*⁴⁶.

Cette volonté d'extension de la compétence de la Cour régionale s'est accompagnée d'une volonté de soustraire les dirigeants de l'UA à toute procédure devant une juridiction pénale par la réaffirmation de leurs immunités. Le Protocole portant amendements au Protocole portant Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'Homme, adopté le 27 juin 2014 à Malabo (non encore entré en vigueur), prévoit à son article 46A bis qu' :

« Aucune procédure pénale n'est engagée ni poursuivie contre un chef d'État ou de gouvernement de l'UA en fonction, ou toute personne agissant ou habilitée à agir en cette qualité ou tout autre Responsable public en raison de ses fonctions. »

En plus de cette tentative de mise à l'abri des dirigeants africains contre toute poursuite devant une juridiction internationale pénale, une poussée pour un mouvement massif de retrait des États africains parties à la CPI s'est manifestée. Ainsi, la *Décision sur la Cour pénale internationale*⁴⁷ prise en 2016 indique que: *« le mandat du Comité ministériel ouvert consiste à élaborer, dans un bref délai, une stratégie globale qui prend en compte le retrait collectif de la CPI »*⁴⁸.

Trois États ont souhaité se retirer du Statut de Rome : le Burundi en octobre 2016 puis l'Afrique du Sud, quelques jours après, et la Gambie en novembre 2016. À ce jour, seul le retrait du Burundi est devenu effectif le 27 octobre 2017. La Gambie, après les élections présidentielles de 2016, a décidé de rester partie à la CPI, du fait de la volonté de son nouveau Président⁴⁹. Concernant l'Afrique du Sud, son retrait a été jugé inconstitutionnel par la justice sud-africaine en février 2017, au regard de

⁴¹ Union africaine, *Décision sur la mise en œuvre des décisions de la Conférence relatives à la Cour pénale internationale*, Doc. EX.CL/670(XIX), Assembly/AU/Dec. 366(XVII), juillet 2011.

⁴² *Ibid*, para 5.

⁴³ *Ibid*, para 5.

⁴⁴ *Ibid*, para 4.

⁴⁵ Union africaine, *Décision sur les relations entre l'Afrique et la Cour pénale internationale*, Doc. Ext/Assembly/AU/Dec.1(Oct.2013), octobre 2013.

⁴⁶ *Ibid*, para 10.

⁴⁷ Union africaine, *Décision sur la Cour pénale internationale*, Doc. EX.CL/952(XXVIII), Assembly/AU/Dec.590(XXVI), janvier 2016.

⁴⁸ *Ibid*, para 10.

⁴⁹ RFI, « La Gambie ne quittera finalement pas la CPI », 14 février 2017, en ligne : <http://www.rfi.fr/afrique/20170214-gambie-quittera-finalement-pas-cpi>.

l'absence de vote au Parlement qui aurait dû précéder la décision du retrait. Toutefois, la saga ne semble pas terminée puisque le 13 juin 2018, le Ministre de la Justice sud-africain a présenté au comité sur la justice du Parlement sud-africain un projet de loi sur les crimes internationaux qui pourrait potentiellement constituer un préalable à l'abrogation du *Rome Statute of the International Criminal Court Act* et permettre le retrait de l'Afrique du sud de la CPI⁵⁰.

Les décisions de retrait de la CPI ou les annonces des intentions du retrait ont souvent été utilisées par des dirigeants d'États à la recherche de légitimité politique interne et/ou régionale⁵¹.

Les argumentaires de certains dirigeants ont été construits autour de la dénonciation du racisme de la CPI, de son néocolonialisme⁵² ou encore de la surreprésentation des situations et des affaires africaines⁵³, ces derniers oubliant souvent de mentionner que nombre d'États africains avaient eux-mêmes choisi de renvoyer certaines des situations se déroulant sur leur

50 High Court of South Africa (Gauteng Division, Pretoria), *Democratic Alliance v Minister of International Relations and Cooperation and Others (Council for the Advancement of the South African Constitution Intervening)*, 22 février 2017 en ligne : <http://saflii.org/za/cases/ZAGPPHC/2017/53.pdf> ; Mark Kersten, « It's not too late - A Proposal for South Africa to Stay in the ICC », *Justice in Conflict*, 13 juin 2018 en ligne : <https://justiceinconflict.org/2018/06/13/its-not-too-late-a-proposal-for-south-africa-to-stay-in-the-icc/>.

51 Jeune Afrique, « Quitter la CPI : pas d'argument valable, seulement le déshonneur », 8 novembre 2016 en ligne : <http://www.jeuneafrique.com/372353/politique/quitter-cpi-dargument-valable-deshonneur/>.

52 *Courrier international*, « La CPI, une cour de justice néocolonialiste ? », 11 septembre 2013, en ligne : <https://www.courrierinternational.com/revue-de-presse/2013/09/11/la-cpi-une-cour-de-justice-neocolonialiste>

53 RTBF, « Les Africains accusent la Cour pénale internationale de racisme », 29 mai 2013, en ligne : https://www.rtbf.be/info/monde/detail_les-africains-accusent-la-cour-penale-internationale-de-racisme?id=8005503, La Liberté, « La CPI est raciste et méprise le monde africain », 8 mai 2015, en ligne : <https://www.laliberte.ch/news/dossiers/histoire-vivante/la-cpi-est-raciste-et-meprise-le-monde-africain-283824>.

territoire. Par ailleurs, de nombreux États africains ont fait part de leur soutien à l'institution⁵⁴.

L'Union africaine a par ailleurs choisi de faire progresser le débat relatif aux immunités sur le terrain juridique en demandant à ce que la Cour internationale de justice rende un avis consultatif sur la question, tel que nous en discuterons ci-dessous.

Les passes d'armes entre l'Union africaine et la CPI se sont nourries de deux phénomènes : d'un côté la convergence d'intérêt de certains dirigeants souhaitant tirer avantage d'une confrontation avec une institution internationale et de l'autre côté, une Cour incapable d'expliciter un raisonnement juridique solide relativement au triptyque obligation de coopération / immunités des dirigeants des États non parties / situation renvoyée par le Conseil de sécurité. C'est cette dernière constatation que nous allons étayer dans cette deuxième partie.

II. La question des immunités dans le raisonnement de la Cour : la fin justifie les moyens ou lui fait-elle perdre ses moyens ?

Le traitement des immunités des chefs d'État par la CPI est caractérisé par une inconstance des raisonnements juridiques produits par les juges. En effet, à l'issue des différentes décisions rendues jusqu'à présent par les chambres préliminaires, trois types de raisonnements différents peuvent être dénombrés. Cette inconstance jurisprudentielle a fortement participé au discrédit de la Cour au regard de la sensibilité de la problématique.

Ainsi, en plus d'entretenir un climat de suspicion de la part des États concernés et en

54 Mail & Guardian Africa, « AU's mass withdrawal strategy 'went through with many reservations' », 1er février 2017, en ligne : <http://mgafrica.com/article/2017-02-01-aus-strategy-on-icc-went-through-with-many-reservations>, Human Rights Watch, « CPI : Les pays africains soutiennent la Cour pénale internationale », 22 décembre 2014, en ligne : <https://www.hrw.org/fr/news/2014/12/22/cpi-les-pays-africains-soutiennent-la-cour-penale-internationale>.

particulier des États africains, comme cela a été présenté dans le premier développement, les incohérences et inconstances des argumentaires juridiques ont également mis à mal la légitimité normative de l'institution. Ce développement reviendra en détail sur l'articulation logique des réflexions, en gardant en tête l'idée que ces décisions semblent avoir été prises au regard d'une finalité déterminée, à savoir la levée des immunités dont bénéficie al Bashir et l'obligation de coopération des États parties. Notre développement vise à argumenter que cette finalité, pensée comme étant en faveur de l'institution, constitue aujourd'hui un facteur de discrédit de cette dernière et surtout un potentiel facteur d'instabilité pour les relations internationales, qui ne peut s'avérer bénéfique pour la CPI sur le long terme. Cette situation rend encore plus importante la future décision de la Chambre d'appel relative à l'appel interjeté par la Jordanie, puisque celle-ci pourrait permettre de clarifier le raisonnement juridique de la CPI en matière d'immunités.

A. Un mauvais départ : les décisions relatives à la non-coopération du Malawi et du Tchad

Lors de ses deux premières décisions, concernant le Malawi⁵⁵ et le Tchad⁵⁶, rendues le même jour, la Chambre préliminaire I développe une argumentation juridique aboutissant à la

⁵⁵ Chambre préliminaire I, Situation au Darfour (Soudan), Affaire Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad al-Bashir, Rectificatif à la Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome relativement au manquement par la République du Malawi à l'obligation d'accéder aux demandes de coopération que lui a adressées la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, 13 décembre 2011, en ligne : https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_00951.PDF [Décision relative au Malawi]

⁵⁶ Chambre préliminaire I, Situation au Darfour (Soudan), Affaire Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad al-Bashir, Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome concernant le refus de la République du Tchad d'accéder aux demandes de coopération délivrées par la Cour concernant l'arrestation et la remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, 13 décembre 2011, en ligne : https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2011_21753.PDF

conclusion qu'il existe une exception en droit international coutumier selon laquelle il n'y a pas d'immunités des chefs d'État lorsqu'une juridiction internationale demande leur arrestation pour crimes internationaux.

Afin de comprendre comment la Cour fonde cette conclusion, ce développement va reprendre en détail les arguments de la Chambre au regard de ceux opposés par le Malawi.

Le raisonnement du Malawi

Le Malawi choisit une justification en deux volets afin d'expliquer son choix de ne pas coopérer avec la Cour dans l'arrestation et la remise du Président soudanais⁵⁷ : d'une part, Al Bashir en sa qualité de chef d'État possède une immunité d'arrestation et de juridiction du fait des principes de droit international et conformément à la législation nationale du Malawi en matière d'immunités et de privilèges, et d'autre part, le Soudan n'étant pas partie au Statut de Rome, l'article 27 (défaut de pertinence de la qualité officielle) ne peut lui être appliqué.

Le raisonnement de la Chambre préliminaire I

- Relativement à la poursuite de dirigeants devant des juridictions internationales

En réponse à cet argumentaire, la Chambre préliminaire choisit, en premier lieu, d'adresser la question de l'immunité des chefs d'État dans le cadre de procédures internationales. Afin de fonder sa réflexion, elle plonge dans l'accumulation de références historiques, des propos de la Commission des responsabilités des auteurs de la guerre et sanctions en 1919 jusqu'au Statut et à la jurisprudence du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie, en passant par les Statuts des Tribunaux militaires de Nuremberg et de Tokyo ou encore les affaires de la Cour internationale de justice et le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de la Commission du droit international⁵⁸. De cette accumulation hétérogène, la Cour en

⁵⁷ Décision relative au Malawi, *supra* note 55, para 8.

⁵⁸ *Ibid*, paras 23-35.

conclut que l'immunité ne peut être invoquée pour s'opposer à des poursuites devant les tribunaux internationaux. Elle en fait un principe applicable à tous les chefs d'États parties ou non à la Cour, dès lors que la juridiction a compétence, celle-ci provenant en l'espèce du renvoi par le Conseil de sécurité⁵⁹.

Plusieurs remarques peuvent être faites ici, s'articulant autour du manque de pertinence des exemples avancés au regard de la situation précise que la Chambre doit analyser. D'une part, la Chambre établit un raisonnement bancal en liant le fait que la qualité officielle d'un agent de l'État ne l'empêche pas de voir sa responsabilité pénale engagée et le fait qu'un agent de l'État peut être poursuivi pour ses crimes par une juridiction donnée. D'autre part, la question précise qui intéresse la situation en l'espèce est celle de la compétence de la juridiction et précisément celle de l'application du Statut à un État non partie à la Cour et donc de la relation entre un État partie et un État non partie dans le cadre d'une situation renvoyée par le Conseil de sécurité. Or cette problématique n'est pas abordée par la Chambre.

Par ailleurs, la Chambre estime que des poursuites devant un tribunal international n'impliquent pas les mêmes enjeux que celles devant un tribunal national⁶⁰, puisque l'entrave à la capacité d'un État à agir sur la scène internationale qui existerait par la poursuite d'un dirigeant devant une juridiction nationale n'existerait pas au regard de l'indépendance étatique dont jouissent les juridictions internationales. Ainsi, selon ce raisonnement, toute juridiction dite internationale (quel que soit son mode de création, dont par accord entre plusieurs États) pouvant exercer sa compétence, peut poursuivre un chef d'État sans que l'immunité de ce dernier ne lui soit opposable. Cette conclusion juridique remet grandement en cause le régime des immunités et la stabilité des relations interétatiques.

- *Relativement à l'articulation des dispositions du Statut de Rome*

⁵⁹ *Ibid*, para 36.

⁶⁰ *Ibid*, para 34.

La Chambre choisit également, dans un deuxième temps, d'adresser la question de l'articulation des articles 27, 86 et 98(1). Afin de baser son interprétation de la cohabitation de ces différents articles, la Cour en appelle à quatre arguments, le premier faisant référence à son analyse historique présentée dans le premier développement. Son deuxième argument fait encore une fois référence à des exemples historiques et s'attèle à dresser la liste des dirigeants poursuivis devant des juridictions internationales afin de démontrer que cette pratique est devenue commune ⁶¹. On remarquera ici que la Chambre ne prend pas le temps d'adresser la question de savoir si ces chefs d'État étaient en exercice ou non et celle du fondement de la compétence des tribunaux les ayant jugés. Le troisième argument avancé par la Chambre pour évoquer la non-application des immunités est de faire remarquer que de plus en plus d'États ont ratifié le Statut de Rome et ont donc accepté ses articles, dont l'article 27 mentionnant le défaut de pertinence de la qualité officielle. Cet exemple vise encore à tracer une pratique de la non-reconnaissance des immunités devant les procédures des juridictions internationales. Enfin, le quatrième et dernier argument se fonde sur l'incohérence du comportement du Malawi qui, en ratifiant le Statut de Rome, a accepté la mission de lutte contre l'impunité de la Cour à l'égard des crimes les plus graves et donc, ne peut obstruer à son fonctionnement en ne remettant pas al Bashir. De l'articulation de ces arguments, la Chambre en vient à conclure qu'elle :

« [...] constate que le droit international coutumier crée une exception à l'immunité des chefs d'État lorsque des juridictions internationales demandent l'arrestation d'un chef d'État pour la commission de crimes internationaux. Il n'y a pas de conflit entre les obligations du Malawi envers la Cour et ses obligations en droit international coutumier ; partant, l'article 98-1 du Statut ne s'applique pas. »⁶² (Nous soulignons)

Nous remarquons ici que la conséquence de ce raisonnement est qu'aucune interprétation n'est

⁶¹ *Ibid*, para 39.

⁶² *Ibid*, para 43.

donnée de l'article 98(1). Le même jour, la Chambre préliminaire rendait sa décision relative au Tchad⁶³, citant l'argumentaire développé dans la décision relative au Malawi pour justifier la non-application de l'article 98(1). Ce premier raisonnement ne sera pas suivi par la Chambre préliminaire II lors de sa décision relative à la non-coopération de la République démocratique du Congo.

B. Demi-tour : la décision relative à la non-coopération de la République démocratique du Congo

La Chambre préliminaire II dans sa décision relative à la non-coopération de la République démocratique du Congo (RDC),⁶⁴ en vient à la même conclusion que la Chambre préliminaire I, à savoir que l'État partie aurait dû arrêter et remettre al Bashir à la Cour. Néanmoins, elle utilise un raisonnement complètement différent, en se concentrant sur l'interprétation de la résolution 1593 en matière de coopération, qui selon elle, doit être interprétée comme levant les immunités du Président soudanais.

Le raisonnement de la Chambre préliminaire II

- Relativement aux effets de la résolution du Conseil de sécurité

La Chambre préliminaire II se détache rapidement de la Chambre préliminaire I en affirmant, dès les premiers paragraphes, que la question des immunités des chefs d'État au

⁶³ Chambre préliminaire I, Situation au Darfour (Soudan), Affaire Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad al-Bashir, Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome concernant le refus de la République du Tchad d'accéder aux demandes de coopération délivrées par la Cour concernant l'arrestation et la remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, 13 décembre 2011, en ligne :

https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2011_21753.PDF

⁶⁴ Chambre préliminaire II, Situation au Darfour (Soudan), Affaire Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad al-Bashir, Décision relative à la coopération de la République démocratique du Congo concernant l'arrestation et la remise d'Omar Al Bashir à la Cour, ICC-02/05-01/09, 9 avril 2014, en ligne :

https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2014_03714.PDF

regard des procédures menées par des juridictions internationales est pertinente :

« [...] lorsque la Cour est amenée, dans l'exercice de sa compétence, à poursuivre le chef d'un État non partie, la question des immunités personnelles peut valablement se poser. La solution envisagée par le Statut pour résoudre un tel conflit se trouve à l'article 98-1, qui prévoit que la Cour doit s'assurer la coopération de l'État tiers aux fins de la renonciation ou de la levée de l'immunité du chef de cet État. Cette démarche a pour but d'éviter à l'État requis d'agir de façon incompatible avec ses obligations internationales en matière d'immunités attachées au chef d'un État non partie. »⁶⁵

Selon la Chambre, l'obligation de coopérer pleinement adressée au Soudan par le Conseil de sécurité implique la levée des obstacles procéduraux, en l'espèce les immunités d'Omar al Bashir. Elle indique donc que toute interprétation contraire de cette obligation de coopérer serait en contradiction avec l'esprit de la résolution⁶⁶. La Chambre interprète le langage de la coopération comme impliquant implicitement la levée des immunités du chef d'État soudanais par le Conseil de sécurité⁶⁷.

Suite à ce raisonnement de la Chambre, une interrogation apparaît : comment le Conseil de sécurité pourrait-il lever les immunités d'al Bashir alors qu'il n'en est pas le détenteur ? En effet, il apparaît ici pertinent de rappeler que les immunités appartiennent aux entités étatiques, seules capables de les lever.

- Relativement à l'articulation des engagements internationaux de la RDC

Enfin, la Chambre répond à l'argument de la RDC indiquant qu'elle est liée par la décision du 12 octobre 2013 de l'Union africaine, évoquée dans la première partie. La Chambre rappelle les articles 25 et 103 de la Charte des Nations unies, faisant prévaloir les résolutions du Conseil de sécurité prises sous le Chapitre VII sur d'autres engagements. Elle indique que, puisque la résolution ne peut être interprétée que comme obligeant le Soudan à lever ses immunités, la

⁶⁵ *Ibid*, para 27.

⁶⁶ *Ibid*, para 29.

⁶⁷ *Ibid*, para 29.

décision de l'Union africaine, qui s'inscrit dans un esprit contraire, ne peut être valable⁶⁸.

Le principal raisonnement de la Chambre préliminaire II dans cette décision, à savoir que le Conseil de sécurité a levé implicitement les immunités du Président soudanais par sa résolution, n'a pas été repris dans les décisions suivantes.

C. Changement de vitesse : la décision relative à la non-coopération de l'Afrique du Sud et de la Jordanie

La Chambre préliminaire II, dans sa décision relative à l'Afrique du Sud⁶⁹, explore un autre raisonnement juridique pour parvenir à la même conclusion de l'obligation des États parties au Statut de Rome d'arrêter le Président al Bashir.

Le raisonnement de l'Afrique du Sud

L'Afrique du Sud revient sur les précédentes décisions, en expliquant que le raisonnement de la Chambre préliminaire concernant le Malawi et le Tchad confond l'existence de la compétence d'une juridiction internationale et l'absence d'immunités devant celle-ci. La décision concernant la RDC appelle également de nombreux commentaires de l'État : l'Afrique du Sud conteste le fait qu'on puisse interpréter la résolution 1593 comme une levée implicite des immunités⁷⁰. Elle argumente d'ailleurs que s'il est considéré que les termes de la résolution sont interprétés comme créant une obligation pour le Soudan de lever l'obstacle procédural qu'est l'immunité, alors la problématique du non-respect de cette obligation lie le Conseil de sécurité et le Soudan et non l'Afrique du Sud⁷¹.

⁶⁸ *Ibid*, para 31.

⁶⁹ Chambre préliminaire II, Situation au Darfour (Soudan), Affaire Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad al-Bashir, Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome concernant la non-exécution par l'Afrique du Sud de la demande que lui avait adressée la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise d'Omar Al-Bashir, ICC-02/05-01/09, 6 juillet 2017, en ligne : https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2017_05532.PDF [Décision relative à l'Afrique du Sud]

⁷⁰ *Ibid*, para 31.

⁷¹ *Ibid*, para 34.

Pour fonder son raisonnement selon lequel la résolution ne lève pas implicitement les immunités, l'Afrique du Sud se base sur d'autres paragraphes de la résolution. Ainsi, elle insiste sur le paragraphe 3 qui « invite la Cour et à l'Union africaine à examiner ensemble des modalités pratiques susceptibles de faciliter les travaux du Procureur et de la Cour », pour alléguer que la Cour ne peut déterminer seule que la résolution lève les immunités⁷². Elle fait également référence au paragraphe 6 pour soutenir le fait que lorsque le Conseil diverge des règles de droit international, il le fait de manière explicite⁷³. L'État rappelle enfin que la résolution doit être interprétée conformément au droit international et par conséquent au droit relatif aux immunités⁷⁴. Enfin, elle conteste que l'ensemble du Statut de Rome puisse s'imposer au Soudan⁷⁵.

Le raisonnement de la Chambre préliminaire II

- Relativement au droit international coutumier

La Chambre reprend l'argument du fondement coutumier du régime des immunités en droit international en le reconnaissant, comme cela a été fait dans la décision relative à la RDC :

*« La Chambre n'a pu trouver aucune règle de droit international coutumier qui exclurait l'immunité des chefs d'État quand leur arrestation pour des crimes internationaux est demandée par un autre État, même lorsqu'elle est demandée pour le compte d'une juridiction internationale et, plus spécifiquement, de la présente Cour. »*⁷⁶

Elle se détache ici définitivement et complètement du raisonnement des décisions sur le Malawi et le Tchad qui avait suscité tant de critiques, pour s'aligner sur la constatation déjà établie dans la décision relative à la RDC.

- Relativement à la portée des immunités couvertes par l'article 27

⁷² *Ibid*, para 35.

⁷³ *Ibid*.

⁷⁴ *Ibid*, para 36.

⁷⁵ *Ibid*, para 38.

⁷⁶ *Ibid*, para 68.

Afin d'analyser s'il y a une exception en l'espèce à ce régime, la Cour interprète la clause d'exclusion générale de l'article 27(2) comme contenant l'exclusion de l'immunité contre l'arrestation : interpréter ce paragraphe *a contrario* reviendrait alors à empêcher la Cour d'exercer sa compétence. La Chambre estime que si les auteurs du Statut de Rome avaient voulu exclure certaines immunités de cet article, ils l'auraient clairement mentionné⁷⁷. Elle explique que l'article 27(2) concerne toutes les formes de coopération, autant verticale (entre les États et la Cour), qu'horizontale (entre États)⁷⁸. Ainsi, selon un mode de coopération verticale, un État partie doit arrêter et remettre à la Cour son propre chef d'État si cela est demandé par la Cour et selon la perspective horizontale, un État partie ne peut refuser d'arrêter et de remettre le chef d'État d'un autre État partie puisque les immunités ne sont pas opposables au regard de l'article 27. Relativement aux États non parties, la Chambre rappelle qu'elle ne peut demander à un État partie d'arrêter le dirigeant d'un État non partie, si celui-ci n'a pas levé les immunités de ce dernier, en respect de l'article 98(1)⁷⁹.

- *Relativement aux effets de la résolution du Conseil de sécurité*

Selon la Chambre, cette dernière situation (elle ne peut demander à un État partie d'arrêter le dirigeant d'un État non partie, si celui-ci n'a pas levé les immunités de ce dernier) est modifiée par l'effet de la résolution : celle-ci rend applicable l'intégralité du Statut à la situation qu'elle renvoie⁸⁰. La Chambre interprète les termes de la résolution comme obligeant le Soudan à coopérer pleinement avec la Cour et elle explique que les conditions de cette coopération sont contenues dans le Statut de Rome. Selon cette interprétation, cela confère au Soudan, dans la situation particulière du Darfour, des droits et des devoirs vis-à-vis de la Cour équivalents à ceux des États parties⁸¹. La Chambre en vient ainsi à conclure que l'article

27(2) s'applique au Soudan⁸².

On observe ici un détachement du raisonnement développé dans la décision de la RDC : celle-ci indiquait que le Conseil de sécurité avait levé implicitement les immunités à travers sa résolution, alors qu'ici la Chambre estime que le Statut est rendu applicable dans son entièreté au Soudan et par conséquent l'article 27. Cela constitue une extension extrêmement questionnable du principe de consentement des États à un traité. Ainsi, le Conseil de sécurité aurait la capacité de rendre un État partie à un traité auquel il n'a pas consenti. Se détachant du propos de notre contribution, cela questionne tout de même, si cela est l'interprétation à donner, la capacité du Conseil de sécurité à adopter des résolutions contraires aux principes du droit international et en l'espèce au principe *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt*.

Suivant ce raisonnement, la Chambre en déduit deux conséquences : le Soudan doit arrêter et remettre al Bashir à la Cour⁸³ et un État partie au Statut de Rome doit appliquer son obligation de coopération en l'arrêtant et le remettant à la Cour, puisque les immunités ne s'appliquent pas (et donc l'article 98(1) non plus⁸⁴). La Chambre caractérise cette dernière situation comme l'effet horizontal de la coopération⁸⁵. Ainsi, elle balaie l'argument de l'Afrique du Sud selon lequel la résolution n'explicite pas la question des immunités. Elle estime, en effet, que cela n'est pas nécessaire, car en renvoyant la situation du Darfour devant la CPI et en obligeant le Soudan à coopérer, le Conseil de sécurité a rendu les immunités inopérantes en rendant applicable le Statut de Rome et donc son article 27(2)⁸⁶.

Le raisonnement contenu dans l'opinion minoritaire du juge M. Perrin de Brichambaut

Il est à noter qu'une autre base juridique pour la levée des immunités est avancée dans l'opinion

⁷⁷ *Ibid*, para 74.

⁷⁸ *Ibid*, para 76.

⁷⁹ *Ibid*, para 82.

⁸⁰ *Ibid*, para 85.

⁸¹ *Ibid*, para 88.

⁸² *Ibid*, para 91.

⁸³ *Ibid*, para 92.

⁸⁴ *Ibid*, para 93.

⁸⁵ *Ibid*, para 94.

⁸⁶ *Ibid*, paras 95-96.

minoritaire du juge Perrin de Brichambaut⁸⁷. Il se base sur la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide⁸⁸. Le juge Perrin de Brichambaut avance que le Soudan, en étant partie à cette convention, a accepté de lever les immunités de son chef d'État au regard de l'article IV :

« Les personnes ayant commis le génocide ou l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III seront punies, qu'elles soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers. ».

Il fonde également son raisonnement sur l'article VI, selon lequel:

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

Concernant la compétence de la Cour, le juge Perrin de Brichambaut estime que le Soudan, par le truchement de l'article 25 de la Charte des Nations unies, accepte les décisions du Conseil de sécurité prises sous le Chapitre VII. Par conséquent, du fait du renvoi de la situation au Darfour à la CPI, l'État soudanais doit accepter la compétence de la CPI.⁸⁹ Par ailleurs, il rappelle que le Soudan et l'Afrique du Sud étant parties à la Convention, l'Afrique du Sud avait donc l'obligation d'arrêter al Bashir⁹⁰.

À noter que la Chambre rappelle que l'article 98(1) n'autorise pas les États à ne pas exécuter une demande adressée par la Cour, la portée de cet article ne pouvant être interprétée que par la Cour⁹¹.

⁸⁷Minority opinion of Judge Marc Perrin de Brichambaut, 6 juillet 2017, en ligne : https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2017_04403.PDF. [Opinion minoritaire]

⁸⁸Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, 9 décembre 1948 (entrée en vigueur 12 janvier 1951).

⁸⁹Opinion minoritaire, *supra* note 87, para 15.

⁹⁰Opinion minoritaire, *supra* note 87, para 9.

⁹¹Décision relative à l'Afrique du Sud, *supra* note 69, para 104-105.

Le dernier épisode de cette épopée de la coopération est celui de la décision de la Chambre préliminaire II relativement à la non-coopération de la Jordanie⁹². L'argumentaire de la Chambre est identique à celui développé dans la décision relative à l'Afrique du Sud.

Le prochain épisode, attendu avec impatience, est la décision de la Chambre d'appel faisant suite à l'appel interjeté par la Jordanie suite à la décision de la Chambre préliminaire II.

III. Les nouveaux acteurs : des juridictions nationales à la Cour internationale de justice

Ces tensions entre l'Union africaine et la CPI ont eu pour conséquence la mise en lumière de nouveaux acteurs, ayant chacun un rôle à jouer dans l'interprétation de l'obligation de coopération des États parties avec la CPI. Cet enjeu juridique a pris une résonance interne très intéressante dans certains États du fait des interprétations des juridictions nationales (A) et parallèlement à cette intériorisation de la problématique, il pourrait être possible d'observer une externalisation de celle-ci à travers la Cour internationale de justice (B).

A. Les juridictions nationales, à la rescousse de la CPI ?

Nous allons exposer dans ce développement les raisonnements des juridictions du Kenya et de l'Afrique du Sud relativement à leur obligation respective de coopérer avec la CPI.

Concernant le Kenya

Le Président soudanais s'est rendu au Kenya, le 27 août 2010, afin de participer à la cérémonie de promulgation de la nouvelle constitution de

⁹²Chambre préliminaire II, Situation au Darfour (Soudan), Affaire Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad al-Bashir, Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome concernant la non-exécution par la Jordanie de la demande que lui avait adressée la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise d'Omar Al-Bashir, ICC-02/05-01/09, 11 décembre 2017, en ligne : https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2017_07364.PDF.

l'État, alors que les deux mandats d'arrêt à son encontre avaient déjà été émis. De nombreuses critiques provenant d'États tiers ont été formulées quant à cette visite et à la non-coopération des autorités kenyanes. Ces dernières, assumant en premier lieu cette invitation, ont ensuite rétrogradé, réaffirmant leur engagement vis-à-vis de la Cour⁹³. Une seconde visite était prévue en octobre 2010 pour le Sommet de l'Autorité intergouvernementale pour le développement, qui n'a finalement pas eu lieu sur le territoire du Kenya mais en Éthiopie.

Néanmoins, en prévision d'une future visite, la section kenyane de l'*International Commission of Jurists* a déposé une demande devant la Haute Cour afin d'obtenir un mandat d'arrêt, avec pour finalité que les autorités kenyanes puissent arrêter al Bashir s'il revenait sur le territoire. L'*International Commission of Jurists* a fait valoir trois positions dans sa demande : ni le Statut de Rome, ni l'*International Crimes Act*, adopté par le Kenya en 2008 et contenant des mesures de mise en œuvre du Statut de Rome, ne prévoient d'immunités basées sur la qualité officielle (1), le Kenya a manqué à ses obligations internationales et domestiques en n'arrêtant pas al Bashir lorsque celui-ci était sur son territoire (2) et au regard de l'*International Crimes Act*, l'*International Commission of Jurists* a un intérêt à agir pour solliciter un mandat d'arrêt provisoire de la Haute Cour et le signifier au Ministère la sécurité intérieure (3)⁹⁴.

La Haute Cour, le 28 novembre 2011 a estimé que la compétence universelle constituait une norme de *jus cogens* en droit international, permettant aux États d'arrêter et de poursuivre des personnes accusées de crimes internationaux,

⁹³ L'Express, « Polémique après la visite d'Omar el-Béchir au Kenya », 30 août 2010, en ligne : https://www.lexpress.fr/actualite/monde/afrique/polemique-apres-la-visite-d-omar-el-bechir-au-kenya_915755.html

⁹⁴ Court of Appeal, Civil Appeal NO 105 of 2012 consolidated with Criminal Appeal NO 274 of 201 between the Attorney General, the Minister of State for Provincial Administration and Internal Security, the Kenyans for Justice and Development Trust and the Kenya Section of International Commission of Jurists, 16 février 2018, p. 10-11. [Cour d'appel du Kenya]

quel que soit le lieu de la commission des crimes, leur nationalité ou leur statut⁹⁵. La Haute Cour s'est estimée compétente à la fois pour délivrer un mandat d'arrêt à l'encontre de toute personne accusée d'avoir commis un crime sous le Statut de Rome et pour exécuter les mandats d'arrêt émis par la CPI. Elle a par ailleurs indiqué que les obligations du Statut de Rome font partie du droit international coutumier. Enfin, elle a déterminé que l'*International Commission of Jurists* avait un intérêt à agir lui permettant de solliciter la Haute Cour⁹⁶. Le Procureur général et le Ministre de la sécurité intérieure ont interjeté appel.

La Cour d'appel de Nairobi a rendu un jugement le 16 février 2018⁹⁷ relativement au défaut de collaboration du Kenya lors de la visite du Président soudanais. De son raisonnement, dont nous reviendrons sur l'articulation des arguments, la Cour d'appel en vient à la conclusion que les autorités kenyanes avaient l'obligation d'arrêter et de remettre Omar al-Bahir à la CPI. Cette conclusion se fonde notamment sur l'*International Crimes Act*⁹⁸, sur la Constitution kenyane et sur des instruments internationaux et fait également référence à la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux.

Débutant son raisonnement par la description de l'émergence d'une responsabilité pénale individuelle pour crimes internationaux, la Cour rappelle qu'en 2008, le Kenya a adopté l'*International Crimes Act*:

« which contains measures and judicial practice to comply with the overall objective of the Statute, to put “an end to impunity for the most serious crimes of concern to the

⁹⁵ *Ibid*, p 12.

⁹⁶ *Ibid*, p 13.

⁹⁷ Court of Appeal, Civil Appeal NO 105 of 2012 consolidated with Criminal Appeal NO 274 of 201 between the Attorney General, the Minister of State for Provincial Administration and Internal Security, the Kenyans for Justice and Development Trust and the Kenya Section of International Commission of Jurists, 16 février 2018.

⁹⁸ *Laws of Kenya, International Crimes Act*, No 16 of 2008, en ligne : <https://www.legal-tools.org/doc/816990/pdf/>.

International Community as a whole”. »⁹⁹

Cette thématique de lutte contre l'impunité est également présente dans la référence de la Cour à l'article 2(5) de la Constitution, qui intègre les règles générales de droit international à la législation du Kenya¹⁰⁰. La Cour met en lumière que ces règles comprennent notamment la prohibition du génocide, de la torture, des crimes contre l'humanité ou encore l'esclavage¹⁰¹. Elle poursuit son raisonnement en estimant que le droit international coutumier demande aux États d'exercer leur compétence universelle pour poursuivre ces crimes¹⁰². Elle ajoute que :

« [...] *as a matter of general customary international law it is no longer in doubt that a Head of State will personally be liable if there is sufficient evidence that he authorised or perpetrated those internationally recognised serious crimes...* »¹⁰³

Rappelant que la CPI a compétence du fait de la résolution 1593, elle indique que le Soudan doit se conformer aux résolutions du Conseil de sécurité prises sous le Chapitre VII ¹⁰⁴. La décision de la Cour s'inscrit dans le raisonnement de la Chambre préliminaire II de la CPI relative à l'Afrique du Sud puisqu'elle interprète le renvoi du Conseil de sécurité comme amenant le Soudan à être traité de manière analogue aux États parties et donc à se voir appliquer l'article 27(2)¹⁰⁵.

La Cour conclut que le Kenya était tenu d'exécuter le mandat d'arrêt de la CPI quand le Président soudanais était sur son territoire le 27 août 2010 et qu'il devra exécuter les mandats d'arrêt de la Cour si celui-ci revient sur son territoire¹⁰⁶.

Concernant l'Afrique du Sud

Le Président soudanais est venu en Afrique du

Sud lors du Sommet de l'Union africaine en juin 2015. Les autorités sud-africaines ne l'ont pas arrêté. La *South African Litigation Centre* a saisi la Haute Cour le 14 juin 2015 en urgence, demandant à ce que la non-arrestation du Président soudanais soit déclarée inconstitutionnelle et à ce que le gouvernement soit dans l'obligation d'arrêter et remettre al Bashir à la CPI. La Haute Cour a reporté sa décision à la demande du gouvernement en demandant à ce qu'al Bashir ne sorte pas du territoire ¹⁰⁷. Lorsqu'elle a rendu sa décision, jugeant que la non-arrestation était non conforme à la Constitution et demandant au gouvernement d'arrêter le Président soudanais, celui-ci avait quitté le territoire¹⁰⁸.

Au mois de mars 2016, la Cour suprême d'appel de l'Afrique du Sud a estimé que l'Afrique du Sud a violé son obligation de coopération avec la CPI en n'arrêtant pas le Président al Bashir en juin 2015, mais plus marquant encore, elle en est arrivée à la conclusion que sur la base du *South African Implementation of the Rome Statute of the ICC Act*, les immunités des dirigeants ne s'appliquent pas quand ils sont poursuivis en Afrique du Sud pour crimes de guerre, crimes contre l'humanité et génocide.

Le jugement aborde la question des immunités comprises dans l'Accord entre l'UA et l'Afrique du Sud, qui constitue un des arguments du gouvernement sud-africain selon lequel al Bashir bénéficiait de l'Accord, comprenant un article accordant une immunité aux délégués. Sur ce point précis, la Cour estime qu'al Bashir ne fait pas partie des personnes désignées comme bénéficiaire d'une immunité :

« *The necessary conclusion is that President Al Bashir was not a person included in the reference to 'delegates' in Article VIII.1 of the hosting agreement. As such the hosting agreement did not confer any immunity on President Al Bashir and its proclamation by the Minister of International Relations and Cooperation did not serve to confer any immunity on him.* »¹⁰⁹

⁹⁹ Cour d'appel du Kenya, *supra* note 94, p 8.

¹⁰⁰ *Ibid*, p 48.

¹⁰¹ *Ibid*, p 49.

¹⁰² *Ibid*.

¹⁰³ *Ibid*, p 50.

¹⁰⁴ *Ibid*, p 54.

¹⁰⁵ *Ibid*, p 55.

¹⁰⁶ *Ibid*, p 57.

¹⁰⁷ The Supreme Court of Appeal of South Africa, Judgment, Case no: 867/15, 15 mars 2016, para 5. [Cour suprême d'appel]

¹⁰⁸ *Ibid*, para 6.

¹⁰⁹ *Ibid*, para 47.

La Cour estime, par ailleurs, qu'il n'existe pas, en droit international coutumier, d'exception en matière d'immunité relativement aux crimes internationaux¹¹⁰.

Le raisonnement se tourne alors vers le *South African Implementation of the Rome Statute of the ICC Act* datant de 2002. Les juges estiment qu'au regard de cette loi de mise en œuvre du Statut de Rome, tout dirigeant faisant l'objet d'un mandat d'arrêt émis par la CPI doit être arrêté par l'Afrique du Sud et être remis à l'institution. La Cour suprême d'appel va même plus loin en explicitant la portée interne de cette loi : les immunités des chefs d'État ne sont pas invocables lorsque ces derniers sont poursuivis pour crimes de guerre, crimes contre l'humanité et génocide devant des tribunaux sud-africains. Ainsi, le juge Wallis indique :

*« I conclude therefore that when South Africa decided to implement its obligations under the Rome Statute by passing the Implementation Act it did so on the basis that all forms of immunity, including head of state immunity, would not constitute a bar to the prosecution of international crimes in this country or to South Africa cooperating with the ICC by way of the arrest and surrender of persons charged with such crimes before the ICC, where an arrest warrant had been issued and a request for cooperation made. »*¹¹¹

Le jugement n'interprète pas la portée de la résolution du Conseil de sécurité, ni celle de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, le juge Wallis estimant que la loi de mise en œuvre du Statut de Rome est une base juridique suffisante :

*« In view of my conclusion on the effect of the Implementation Act it is unnecessary to address these submissions. The position under the Security Council Resolution is hotly contested by the commentators and the limited argument we received on the Genocide Convention does not give me confidence that we should express a view on it. »*¹¹²

Bien que les juridictions des deux États n'aient

pas les mêmes raisonnements, un grand décalage peut être observé entre les autorités gouvernementales, se retranchant souvent derrière les positions de l'Union africaine et les aspects diplomatiques et les tribunaux qui basent leur raisonnement sur le rôle des États concernés dans la lutte contre l'impunité des crimes internationaux. De même, dans les deux cas que nous avons analysés, les organisations de la société civile ont eu et gardent un rôle prépondérant dans le déclenchement des processus judiciaires domestiques et plus largement dans la vulgarisation de ces enjeux juridiques techniques.

Un nouvel acteur va faire son entrée pour une nouvelle saison des immunités et la coopération à la CPI. En effet, l'Union africaine a décidé de demander l'avis de la Cour internationale de justice sur cette problématique.

B. La Cour internationale de justice : la réponse à tout ?

La possibilité de renvoyer une question à la Cour internationale de justice se trouve à l'article 119 du Statut de Rome (« Règlement des différends »). Celui-ci indique :

*« 1. Tout différend relatif aux fonctions judiciaires de la Cour est réglé par décision de la Cour.
2. Tout autre différend entre deux ou plusieurs États Parties concernant l'interprétation ou l'application du présent Statut qui n'est pas résolu par la voie de négociations dans les trois mois après le début de celles-ci est renvoyé à l'Assemblée des États Parties. L'Assemblée peut chercher à résoudre elle-même le différend ou faire des recommandations sur d'autres moyens de le régler, y compris le renvoi à la Cour internationale de Justice en conformité avec le Statut de celle-ci. »*

Selon cet article, il revient à l'Assemblée des États partie de la CPI (son organe législatif) de renvoyer une question relative à l'interprétation ou à l'application du Statut à la Cour internationale de justice (CIJ). Celle-ci n'a pour l'instant jamais renvoyé la question des immunités des chefs d'État et de la coopération à la CIJ.

¹¹⁰ *Ibid*, paras 84-85.

¹¹¹ *Ibid*, para 103.

¹¹² *Ibid*, para 106.

L'initiative de demander un avis consultatif à la CIJ vient de l'Union africaine. En effet, une décision de l'Assemblée générale de l'UA¹¹³, prise en janvier 2018 lors de la 30ème Assemblée de l'Union, a demandé aux États de mettre à l'agenda de l'Assemblée générale des Nations unies la possibilité de demander un avis consultatif à la CIJ sur la question de l'articulation des articles 98 et 27 du Statut de Rome, au regard des obligations des États parties relatives au droit international¹¹⁴. Le dernier pas en ce sens a été effectué par le Kenya, au nom de l'Union africaine, le 1^{er} août 2018, en demandant un vote de l'Assemblée générale des Nations Unies et à remis un mémorandum au Secrétaire général de l'organisation sur le sujet¹¹⁵.

Plusieurs questionnements juridiques résultent de cette initiative de l'Union africaine : la demande adressée par l'UA ne s'insère pas dans le cadre du Statut de Rome, car cela ne concerne pas un différend entre États, mais plutôt entre plusieurs États et la CPI. Une organisation régionale peut-elle passer outre le Statut pour régler un problème juridique pour lequel la CPI a déjà rendu plusieurs décisions et pour lesquels, d'autres sont à venir ?

Qu'en est-il si la CIJ rend un avis consultatif et que le raisonnement juridique proposé ne correspond pas à ceux de la Cour, ce qui semble inévitable au regard du fait que celle-ci a déjà exposé trois types de raisonnements sur la même problématique juridique ? Cela aura-t-il pour effet de participer à la délégitimation normative et sociologique de la Cour ? Au contraire, si du raisonnement de la CIJ, la position de la CPI sort renforcée, cela aura-t-il pour effet d'apaiser les tensions entre la Cour et l'Union africaine ?

¹¹³ Union africaine, *Decision on the International Criminal Court*, 30ème session, 28-29 janvier 2018, Assembly/AU/Dec.622(XXVIII), Addis Ababa.

¹¹⁴ *Ibid*, para 5.

¹¹⁵ New York Times, «Africa Asks UN to Seek Court Opinion on Immunity for Leaders», 1^{er} août 2018 en ligne :

<https://www.nytimes.com/aponline/2018/08/01/world/africa/ap-un-united-nations-immunity-for-leaders.html> .

Conclusion

Cela fait maintenant plus de huit ans que la problématique de la coopération des États parties constitue un épisode récurrent de la Cour pénale internationale. Les commentaires relatifs à l'articulation juridique des articles de la Cour ont été nombreux, et tout autant l'ont été les analyses politiques des relations entre la Cour et l'Union africaine. La politisation de cette problématique - assez inévitable quand il s'agit des enjeux juridiques traités par la CPI - a dépassé les simples relations entre la Cour et les États non coopératifs pour venir questionner plus largement les relations de la Cour avec le continent africain. Cela a eu pour conséquence de souvent faire oublier la multiplicité et la subtilité des positionnements des États africains quant à la Cour pénale internationale, menant souvent à une réification de « l'Afrique » et à des analyses monolithiques sur « les dirigeants africains ».

En effet, le débat a rebondi à la faveur des intérêts politiques internes ou régionaux de certains dirigeants à la recherche de légitimité, mais également à la faveur d'une faible capacité de communication de la Cour et de son/sa Procureur.e et de nombreuses maladroites de l'institution. Ce millefeuille de crispations juridiques et politiques a parfois fait oublier que les enjeux abordés sont porteurs de lourdes conséquences pour la stabilité des relations internationales.

Relativement à la dimension juridique de la problématique, la Cour a démontré un certain amateurisme, d'abord en ayant mis du temps à voir le problème adressé devant une Chambre préliminaire, mais surtout en multipliant les raisonnements juridiques, plus ou moins convaincants, pour inéluctablement essayer d'obliger les États à coopérer. Enfin, deux phénomènes juridiques intéressants viennent redynamiser la question des immunités à la Cour : l'internalisation de la question par certaines juridictions nationales démontrant d'une part, une forte mobilisation de la société civile en ce qui a trait à la lutte contre l'impunité et d'autre part, une prise de responsabilité des juridictions nationales quant au rôle devant être

joué par leurs États respectifs dans cette volonté de poursuite des crimes internationaux. Le second phénomène, dont on ne connaît pas encore la portée, est l'externalisation de la question vers la Cour internationale de justice qui constitue clairement une voie à double tranchant pour la Cour au regard de sa légitimité déjà souvent mise à mal.