

**L'OPPOSITION DE L'UNION AFRICAINE
AUX POURSUITES
CONTRE OMAR AL BASHIR**

**Analyse des arguments juridiques avancés
pour entraver le travail de la Cour pénale
internationale et leur expression sur le terrain
de la coopération**

PAR

Martyna FAŁKOWSKA*

ET

Agatha VERDEBOUT**

INTRODUCTION

1. EXPRESSION JURIDIQUE DE REVENDICATIONS POLITIQUES : L'UTILISATION DES ARTICLES 16 ET 98, § 1^{ER} DU STATUT DE ROME
 - 1.1. *La suspension des poursuites — l'utilisation de l'article 16 du Statut de Rome*
 - 1.2. *La remise en cause de la compétence de la Cour — l'interaction entre les articles 98, § 1^{er} et 27 du Statut de Rome*
2. LA CONCRÉTISATION DE L'OPPOSITION POLITIQUE SUR LE TERRAIN DE LA COOPÉRATION
 - 2.1. *Le Malawi et le Tchad peuvent-ils se prévaloir de l'article 98 § 1^{er} du Statut pour refuser d'arrêter Omar Al Bashir ?*
 - 2.2. *Le respect des décisions d'une organisation internationale comme motif valable pour refuser de coopérer avec la Cour ?*

CONCLUSION

RÉSUMÉ

La requête du Procureur de la Cour pénale internationale pour la délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre du Président soudanais, Omar Al Bashir, en 2008, a créé un grand émoi parmi les États africains. L'Union Africaine s'est

* Doctorante au Centre de droit international de l'Université Libre de Bruxelles, Boursière de l'ULB. La recherche doctorale de Martyna Falkowska s'inscrit dans le cadre de l'action de recherche concertée, « Le juge, un acteur en mutation », lancée à la Faculté de droit de l'ULB en octobre 2010.

** Assistante au Centre de droit international de l'Université Libre de Bruxelles.



immédiatement opposée à cette initiative perçue comme motivée politiquement et représentative de l'acharnement de la Cour sur le continent africain. Cette opposition a rapidement pris la forme d'argumentaires juridiques tendant à empêcher l'exercice par la Cour de ses fonctions. En particulier, les articles 16 et 98, § 1^{er} du Statut de Rome furent mobilisés pour tenter respectivement d'obtenir la suspension des poursuites et remettre en cause la compétence de la Cour. Le non-aboutissement de ces stratégies engendra une consigne claire de ne pas coopérer avec la Cour pour les États membres de l'UA. Cette directive trouva une expression dans les décisions de la CPI référant, à l'Assemblée des États parties et au Conseil de sécurité, le refus du Malawi et du Tchad, d'arrêter le Président soudanais. Face à cette procédure, les deux États mobiliseront à leur tour des arguments qui se font, cette fois, le reflet de l'attitude de l'UA sur le terrain de la coopération. Le but du présent article est d'analyser la pertinence juridique de l'ensemble de ces arguments et montages légaux.

INTRODUCTION

Le 13 décembre 2011, la Chambre préliminaire de la Cour pénale internationale (ci-après CPI ou la Cour) a rendu deux décisions en vertu de l'article 87, § 7 de son Statut (1) référant le défaut de coopération du Malawi et du Tchad à l'Assemblée des États parties et au Conseil de sécurité de l'ONU (2) pour l'arrestation du Président soudanais, Omar Al Bashir (3). Depuis l'émission du mandat d'arrêt à son encontre en mars 2009 (4), le Président soudanais s'est rendu dans différents pays, dont quatre sont parties au Statut de Rome (5). Si la Cour avait déjà informé les organes susmentionnés des visites d'Omar Al Bashir sur le territoire d'États parties (6), c'est la première fois qu'elle a fait usage de l'article 87, § 7 de son Statut.

(1) Statut de la Cour pénale internationale, Rome, 17 juillet 1998, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2187, p. 3. Entrée en vigueur, 1^{er} juillet 2002 (ci-après Statut, Statut de la Cour ou Statut de Rome).

(2) Puisque c'est par la résolution 1593 (2005) que la compétence de la Cour pour les crimes commis au Darfour a été enclenchée ; résolution 1593 (2005) du Conseil de Sécurité, 31 mars 2005, S/RES/1593 : Rapport du Secrétaire général sur le Soudan, § 1^{er}.

(3) C.P.I., Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-139-Corr-tFRA, 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, 13 décembre 2011 ; C.P.I., Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-140, 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, 13 décembre 2011.

(4) C.P.I., Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-3-tFRA, 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, 4 mars 2009.

(5) Depuis l'émission du mandat d'arrêt à son encontre, le Président soudanais s'est rendu dans quatre États non-parties au Statut (Égypte, Libye, Érythrée, Qatar) et quatre États parties (Malawi, Tchad, Kenya, Djibouti).

(6) C.P.I., Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Décision informant le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies et



Jusqu'en 2009 la coopération, de l'avis de la Cour elle-même, a « en général, été fournie » (7). C'est, en réalité, à partir du moment où des situations et affaires ne résultant pas d'un « auto-renvoi » (8) — avec l'émission du mandat d'arrêt à l'encontre d'Al Bashir et la requête du Procureur pour l'ouverture d'une enquête au Kenya (9) — que la collaboration avec la Cour a connu ses premières turbulences. L'attitude de l'Union Africaine (ci après l'Union ou UA) n'y est d'ailleurs pas étrangère. En effet, depuis la requête pour la délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre du Président soudanais en 2008, l'Union a vivement dénoncé les visées politiques de la CPI. Dans le cadre de ce qu'elle ressentait déjà comme un acharnement de la communauté internationale à l'égard des dirigeants africains (10), elle a souligné « la nécessité pour la justice internationale d'être conduite de manière transparente et juste, conformément aux principes du droit international, de manière à ne pas être perçue comme fondée sur deux poids deux mesures » (11).

Sans revenir sur le bien-fondé de ces blâmes, il est intéressant de noter que ces ressentiments politiques ont trouvé une expression juridique sous la forme de véritables argumentaires légaux visant, d'une manière ou d'une autre, à entraver l'exercice par la Cour pénale internationale de ses compétences. Les stratégies ainsi échafaudées, fondées d'ailleurs sur le Statut de Rome lui-même, se révèlent d'une complexité certaine et l'affaire Al Bashir en constitue à la fois le point de départ et le point d'orgue. Ces stratégies ont pris la forme, dans un premier temps, de l'invocation de l'article 16 du Statut afin d'obtenir la suspension des poursuites par biais d'une résolution du Conseil de sécurité ainsi que d'une remise en cause de la compétence même de la Cour, eu égard à l'immunité dont bénéficierait le Président Al Bashir.

l'Assemblée des États parties au Statut de Rome de la présence d'Omar Al Bashir sur le territoire de la République du Kenya, 27 août 2010; C.P.I., Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Décision informant le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies et l'Assemblée des États parties au Statut de Rome de la présence d'Omar Al Bashir sur le territoire de la République du Tchad, 27 août 2010; C.P.I., Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Décision informant le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies et l'Assemblée des États parties au Statut de Rome de la présence d'Omar Al Bashir à Djibouti, 5 mai 2011.

(7) C.P.I., Rapport de la Cour sur la coopération: mise à jour, Conférence de révision du Statut de Rome, Kampala, 11 mai 2011, RC/2-FRA-20052010, p. 3, § 11.

(8) Article 13, a) du Statut de la Cour.

(9) C.P.I., « La situation en République du Kenya est assignée à la Chambre préliminaire », Communiqué de presse, 6 novembre 2009, ICC-C.P.I.-20091106-PR473.

(10) Conférence de l'Union Africaine, 11^e session ordinaire, Sharm El-Sheikh, 1^{er} juillet 2008, Décision concernant le rapport de la Commission sur le recours abusif au principe de la compétence universelle, Assembly/AU/Dec. 199 (XI); 12^e session ordinaire, Addis-Abeba, 1^{er}-3 février 2009, Décision sur la mise en œuvre de la décision relative à l'utilisation abusive du principe de compétence universelle, Assembly/AU/3 (XII), Assembly/AU/Dec. 213 (XII); 13^e session ordinaire, Syrte, 1^{er}-3 juillet 2009, Décision sur l'Utilisation abusive du principe de compétence universelle, Doc. Assembly/AU/11(XIII), Assembly/AU/Dec.243(XIII)Rev.1.

(11) Conseil de paix et de sécurité de l'Union Africaine, 142^e réunion, Addis-Abeba, 21 juillet 2008, Communiqué, PSC/MIN/Comm(CXLII) Rev.1, § 7.



L'échec de ces argumentaires a entraîné un appel clair de l'Union Africaine à la non-coopération avec la Cour (12). Cet appel a trouvé une expression explicite dans les décisions du 13 décembre 2011 à l'encontre du Malawi et du Tchad. Confrontés à la procédure de la CPI engagée à leur encontre, ces deux États ont argué de l'immunité d'Omar Al Bashir pour refuser son arrestation et de leur « alignement » sur les décisions de l'Union Africaine.

Le but de la présente contribution est d'analyser les argumentaires légaux de l'UA et d'en évaluer la portée et la pertinence juridique. Nous nous pencherons, dans un premier temps, sur les stratégies générales visant à suspendre, voire à empêcher l'exercice par la Cour de ses compétences (1.) et, dans un second temps, sur la traduction de ces raisonnements sur le terrain de la coopération, et ce à la lumière des développements concernant le Malawi et le Tchad dans le cadre des décisions du 13 décembre 2011 (2.).

1. L'EXPRESSION JURIDIQUE DE REVENDICATIONS POLITIQUES : L'UTILISATION DES ARTICLES 16 ET 98, § 1^{ER} DU STATUT DE ROME

L'agacement de l'Union Africaine, quant à l'affaire Al Bashir, s'est tout d'abord exprimé par des tentatives d'enrayer l'exercice de ses fonctions par la Cour. Les montages légaux de l'Union ont tourné autour des articles 16 et 98, § 1^{er} du Statut, en visant respectivement la suspension des poursuites et la remise en cause de la compétence de la Cour. L'insistance parallèle et constante de l'UA sur ces deux aspects témoigne de sa détermination à trouver une solution durable à cette situation qu'elle considère comme hautement problématique. Nous examinerons, d'abord, la pertinence de l'argument fondé sur l'article 16 du Statut aspirant à la suspension des poursuites (1.1.) car bien qu'il n'ait pas — à juste titre — été repris dans les décisions du 13 décembre 2011, il est central aux tensions entre la Cour et les États africains. Nous nous pencherons ensuite sur la remise en cause de la compétence de la Cour que l'Union Africaine fonde sur l'article 98, § 1^{er} du Statut de Rome interprété conjointement à l'article 27 de ce même statut (1.2.).

1.1. *La suspension des poursuites — l'utilisation de l'article 16 du Statut de Rome*

Dès la requête du Procureur en vue de l'émission du mandat d'arrêt contre le Président soudanais en 2008 (13), le Conseil de paix et de sécurité de l'Union

(12) Conférence de l'Union Africaine, 13^e session ordinaire, Syrte, 3 juillet 2009, Décision sur le rapport de la réunion des États africains parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale (C.P.I.) — Assembly/AU/Dec, 245 (XIII) Rev.1, § 10.

(13) Voy. : C.P.I., *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-157 et ICC-02/05-157-AnxA, Public Redacted Version of Prosecution's Application under Article 58 filed on 14 July 2008, 12 septembre 2008.



Africaine s'est adressé au Conseil de sécurité de l'ONU afin que ce dernier use de ses prérogatives pour suspendre les poursuites (14). Ce pouvoir lui est conféré par l'article 16 du Statut de Rome qui prévoit qu'

«[a]ucune enquête ni aucune poursuite ne peuvent être engagées ni menées en vertu du [...] Statut [de la Cour] pendant les douze mois qui suivent la date à laquelle le Conseil de sécurité a fait une demande en ce sens à la Cour dans une résolution adoptée en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies [...]».

En février 2009, peu de temps avant la confirmation du mandat d'arrêt contre Al Bashir, la Conférence de l'UA — principal organe décisionnel de l'organisation — a fait sienne la demande émise précédemment par le Conseil de paix et de sécurité et a explicité son souhait de faire appliquer l'article 16 (15). L'Union voyait les poursuites à l'encontre d'Al Bashir comme susceptibles de « sérieusement affecter les efforts en cours visant à faciliter le règlement rapide du conflit au Darfour et à promouvoir une paix durable et la réconciliation sur l'ensemble du Soudan » (16) de même que comme une menace aux « efforts visant à promouvoir l'état de droit et la stabilité, ainsi qu'à bâtir des institutions nationales fortes en Afrique » (17). La confirmation du mandat d'arrêt par la Chambre préliminaire de la CPI en mars 2009 (18) a ainsi entraîné une réaction immédiate de la part de l'UA ; dès le lendemain,

(14) Conseil de paix et de sécurité de l'UA, PSC/MIN/Comm(CXLII) Rev.1, Communiqué du 21 juillet 2009 précité, préambule et § 11-i; voy. aussi: CSONU, Lettre datée du 21 juillet 2008, adressée au Président du Conseil de sécurité par l'Observatrice permanente de l'Union Africaine auprès de l'Organisation des Nations Unies, S/2008/481, Annexe, préambule et § 11-i.

(15) Conférence de l'Union Africaine, 12^e session ordinaire, 1^{er}-3 février 2009, Addis-Abeba, Décision sur la demande par le Procureur de la Cour pénale internationale (C.P.I.) de la mise en accusation du Président de la République du Soudan, Assembly/AU/Dec. 221 (XII), § 3.

(16) Conseil de paix et de sécurité de l'UA, PSC/MIN/Comm(CXLII) Rev.1, Communiqué du 21 juillet 2009 précité, § 9.

(17) *Ibidem*. L'UA avait déjà émis des préoccupations similaires dans le contexte de ce qu'elle percevait comme une utilisation « abusive » du principe de compétence universelle par les États occidentaux à l'encontre des dirigeants africains: Conférence de l'Union Africaine, décision Assembly/AU/Dec.199 (XI) précitée du 1^{er} juillet 2008 et CSONU, Lettre datée du 14 juillet 2008, adressée au Président du Conseil de sécurité par l'Observatrice permanente de l'Union Africaine auprès de l'Organisation des Nations Unies, S/2008/465, Annexe II. À ce sujet voy.: H. VAN DER WILT, « Universal jurisdiction under attack. An assessment of african misgivings towards international criminal justice as administrated by western states », *Journal of international criminal Justice*, 2011, pp. 1043-1066; Ch. Ch. JALLOH, « Universal jurisdiction, universal prescription? A preliminary assessment of the African Union perspective on universal jurisdiction », *Criminal Law Forum*, 2010, pp. 1-65. C.P.I., Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-3-tFRA, 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, 4 mars 2009; pour le second mandat émis suite à l'appel interjeté par le Procureur voy.: C.P.I., *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (« Omar Al Bashir »), ICC-02/05-01/09, Deuxième Mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 12 juillet 2010.

(18) C.P.I., Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-3-tFRA, 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, 4 mars 2009; pour le second mandat émis suite à l'appel interjeté par le Procureur voy.: C.P.I., *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (« Omar Al Bashir »), ICC-02/05-01/09, Deuxième Mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 12 juillet 2010.



elle a non seulement exprimé sa profonde préoccupation face à la position de la Cour (19) mais a en outre réitéré sa demande au Conseil de sécurité (20). À partir de ce moment, l'UA a régulièrement répété cette requête (21), et ce de manière de plus en plus insistante. Face à l'absence de réaction de la part du Conseil de sécurité, elle finira par demander à ses États membres de ne plus coopérer avec la CPI. C'est, par ailleurs, sans grande surprise que l'UA demandera également au Conseil de sécurité d'appliquer l'article 16 aux situations en Libye (22) et au Kenya (23), le but étant, dans ce dernier cas, de permettre au Kenya de mettre en place les mécanismes judiciaires nécessaires pour enquêter lui-même sur les faits allégués (24).

(19) Conseil de paix et de sécurité de l'UA, 75^e réunion, Addis-Abeba, 5 mars 2009, Communiqué, PSC/PR/Comm (CLXXV), § 5 et CSONU, Lettre datée du 6 mars 2009, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Chargé d'affaires par intérim de la Mission permanente de la Jamahiriya arabe libyenne auprès de l'Organisation des Nations Unies, S/2009/144, Annexe, § 5.

(20) *Ibid.*, §§ 5 et 6.

(21) Conférence de l'Union Africaine, décision Assembly/AU/Dec. 245 (XIII)Rev.1 du 3 juillet 2009 précitée, § 9; Conseil de paix et de sécurité, 198^e réunion, 21 juillet 2009, Communiqué, repris dans CSONU, Lettre datée du 24 juillet 2009, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de la Jamahiriya arabe libyenne auprès de l'Organisation des Nations Unies, S/2009/388, Annexe, § 14; Conférence de l'Union Africaine, 14^e session ordinaire, 2 février 2010, Addis-Abeba, Décision sur le rapport de la deuxième réunion des États parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Assembly/AU/Dec.270(XIV) Rev.1, § 10; 15^e session ordinaire, 27 juillet 2010, Kampala, 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 (C.P.I.) Doc. Assembly/AU/10(XV), Assembly/AU/Dec.296(XV), § 4; CSONU, Lettre datée du 13 septembre 2010, adressée au Président du Conseil de sécurité par l'Observateur permanent de l'Union Africaine auprès de l'Organisation des Nations Unies, S/2010/478, § 3; Conférence de l'Union Africaine, 16^e session ordinaire, 30-31 janvier 2011, Addis-Abeba, Décision sur la mise en œuvre des décisions sur la Cour pénale internationale (C.P.I.) — Doc. EX.CL/639(XVIII), Assembly/AU/Dec.334(XV), § 3; 17^e session ordinaire, 30 juin-1^{er} juillet 2011, Malabo, 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), § 3; 18^e session ordinaire, 30 janvier 2012, Décision concernant le rapport intérimaire de la Commission sur la mise en œuvre des décisions de la Conférence relatives à la Cour pénale internationale (C.P.I.) — Doc. EX.CL/710(XX), Assembly/AU/Dec.397(XVIII), §§ 3 et 4 reprise dans CSONU, Lettre datée du 16 février 2012, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent du Soudan auprès de l'Organisation des Nations Unies, S/2012/95, Annexe, §§ 3 et 4.

(22) Conférence de l'Union Africaine, décision Assembly/AU/Dec.366(XVII) précitée, 30 juin-1^{er} juillet 2011, § 6. Voy. aussi : résolution 1970 (2011) du Conseil de sécurité, 26 février 2011, S/RES/1970 : Paix et sécurité en Afrique, § 4. Suite à la saisine de la Cour par le Conseil, la Chambre préliminaire I a émis un mandat d'arrêt à l'encontre de Muammar Qadhafi : C.P.I., Chambre préliminaire I, Décision relative à la requête déposée par le Procureur en vertu de l'article 58 du Statut concernant Muammar Mohammed Abu Minyar Qadhafi, Saif Al-Islam Qadhafi et Abdullah Al-Senussi, ICC-01/11-12, 27 juin 2011.

(23) L'UA endossera en fait la demande formulée en ce sens par le Kenya suite à l'autorisation émise par la Chambre préliminaire II de la C.P.I. pour enquêter sur la situation dans ce pays; voy. : Conférence de l'Union Africaine, décision Assembly/AU/Dec. 334(XV) précitée, 30-31 janvier 2011, § 6; décision Assembly/AU/Dec.366(XVII) précitée, 30 juin-1^{er} juillet 2011, § 4; décision Assembly/AU/Dec.397(XVIII) précitée, 30 janvier 2012, § 4.

(24) Voy. : CSONU, Lettres identiques datées du 4 mars 2011, adressées au Secrétaire général et au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent du Kenya auprès de l'Organisation des Nations Unies, S/2011/116, sp. §§ 2 et 3.



C'est en réalité un double argument qu'utilise l'Union Africaine pour justifier l'invocation de l'article 16 du Statut. En effet, outre les considérations de paix, de sécurité et de réconciliation dans la région, elle voit l'article 16, aussi dans le cas du Soudan, comme un moyen qui permettrait « [...] d'aborder de manière *complémentaire* les questions connexes de lutte contre l'impunité et de promotion de la paix, de la réconciliation et de l'apaisement » (25), et donc de lui permettre de traiter au niveau national les violations commises au Darfour. Le principe de complémentarité de la CPI est d'ailleurs rappelé *expressis verbis* dans le texte du communiqué (26).

La doctrine s'est déjà interrogée sur l'applicabilité de l'article 16 aux poursuites à l'égard d'Al Bashir (27). Trois types d'arguments, au caractère convaincant variable, ont été avancés pour rejeter une telle possibilité. Il a ainsi, tout d'abord, été soulevé qu'admettre que le Conseil puisse suspendre l'action de la Cour dans le cadre d'une affaire particulière, reviendrait à lui accorder le pouvoir de choisir les affaires dont la Cour peut connaître (28). Il faut rappeler que, c'est précisément ce type de filtre politique qu'ont voulu éviter les négociateurs du Statut de Rome lorsqu'ils ont rejeté le projet initial de la Commission du droit international obligeant la Cour à obtenir une autorisation du Conseil pour agir en cas de saisine de ce dernier d'une situation dans son rôle de gardien de la paix et de la sécurité internationales (29).

(25) Conseil de paix et de sécurité de l'UA, PSC/MIN/Comm(CXLII) Rev.1, Communiqué du 21 juillet 2009 précité, chapeau du § 11 ; nous soulignons.

(26) *Ibid.*, § 5.

(27) D. SCHEFFER, « The Security Council's struggle over Darfur and international justice », *Jurist*, 20 août 2008, disponible sous le lien : <http://jurist.law.pitt.edu/forumy/2008/08/security-councils-struggle-over-darfur.php> (dernière consultation le 20 mai 2012) ; R. CRYER, « The Security Council, Article 16 and Darfur », *Oxford Transitional Justice Research Working Paper Series*, 29 octobre 2008, disponible sous le lien : <http://www.csls.ox.ac.uk/documents/CryerFi.pdf> (dernière consultation, le 19 mai 2012) ; S. WILLIAMS et L. SHERIF, « The arrest warrant for President al-Bashir: immunities of incumbent Heads of State and the International Criminal Court », *Journal of Conflict & Security Law*, 2009, pp. 90-91 ; A. CIAMPI, « The proceedings against President Al Bashir and the prospects of their suspension under Article 16 ICC Statute », *Journal of International Criminal Justice*, 2008, pp. 889-890.

(28) S. M. WELDEHAIMANOT, « Arresting Al-Bashir: the African Union's opposition and the legalities », *African Journal of International and Comparative Law*, 2011, p. 230 ; S. WILLIAMS et L. SHERIF, *loc. cit.*, p. 91.

(29) En effet, l'article 23, § 3 du « Projet de statut d'une cour criminelle internationale » établi en 1994 par la Commission du droit international reconnaissait une certaine supériorité hiérarchique du Conseil de sécurité en ce qu'il empêchait l'engagement d'une quelconque poursuite en vertu du Statut de la future juridiction « à raison d'une situation dont le Conseil de sécurité trait[er]ait en tant que menace contre la paix ou rupture de la paix ou acte d'agression aux termes du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, à moins que le Conseil de sécurité n'en décide autrement » ; « Projet de statut d'une cour criminelle internationale », *Ann. CDI*, 1994, II, 2^e partie, pp. 19-92. Ce projet a été élaboré après que la Commission y soit invitée par l'Assemblée générale de l'ONU, voy. : résolution 46/54 de l'Assemblée générale, 9 décembre 1991, A/RES/46/54 : Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-troisième session et résolution 47/33 de l'Assemblée générale du 25 novembre 1992 : Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-quatrième session. L'actuel article 16 a pris forme grâce à une proposition appelée le « compromis de Singapour », émise par la délégation singapourienne en Comité prépara-



Les négociations ont penché en faveur de la solution actuelle qui permet, à certaines conditions, au Conseil d'ajourner une enquête ou des poursuites devant la Cour. Le deuxième type d'argument soulevait la question de l'application *ratione temporis* de l'article 16. Il a ainsi été soutenu que, vu l'état d'avancement des travaux de la CPI dans le cas soudanais, il était trop tard pour invoquer l'article 16. Celui-ci aurait été conçu pour que le Conseil agisse comme un filtre uniquement quand la Cour est saisie par un État ou par l'action *proprio motu* du Procureur et non lorsque c'est le Conseil lui-même qui procède au renvoi d'une situation devant la Cour. Pour le surplus, ledit filtre devrait être appliqué comme une mesure préventive à l'action de la Cour et non une fois que celle-ci est déjà en mouvement (30). Cependant, l'interprétation textuelle de l'article 16 ne nous permet de suivre cette vision restrictive. En effet, rien dans le texte (31) de cette disposition n'indique que les pouvoirs du Conseil se limitent aux cas de renvoi par un État partie ou d'une saisine par le Procureur (32). Un dernier type d'arguments se base sur la symétrie qui existe entre les articles 16 et 13 du Statut, le premier étant le pendant négatif du second. Cette symétrie impliquerait que l'article 16 s'applique, tout comme l'article 13, b), à une *situation* (33) par contraste à une *affaire* (34) par-

toire de la C.P.I. en 1997 (Comité préparatoire de la C.P.I., Proposal by Singapore on Article 23, Non-Paper/WG.3/No.16, 8 août 1997), secondée et complétée par des propositions du Costa Rica et du Canada ainsi que par le Royaume-Uni qui a proposé le texte du futur article 16 (Comité préparatoire, Proposals by Costa Rica on Article 23, Non-Paper/WG.3/No.23, 11 août 1997; Proposal submitted by Canada for Article 23, Non-Paper/WG.3/No.18, 18 août 1997; Proposal by the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland: Trigger Mechanism, A/AC.249/1998/WG.3/DP.1, 25 mars 1998, Annex, p. 3). Voy. aussi: L. CONDORELLI et S. VILLALPANDO, «Referral and Deferral by the Security Council», in A. CASSESE, P. GAETA et J. R.W.D. JONES (éd.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, Oxford — New York, OUP, 2002, vol. I, p. 646; M. BERGSMO et J. PEJIC, «Article 16: Deferral of investigation or prosecution», in O. TRIFFTERER (éd.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, 2^e éd., München / Oxford / Baden-Baden, C.H. Beck — Hart — Nomos, 2008, pp. 597-598, paras 5-6; W. A. SCHABAS, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, OUP, 2010, pp. 327-328.

(30) D. SCHEFFER, *loc. cit.*

(31) Article 31 de la Convention sur le droit des traités, Vienne, 23 mai 1969, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1155, p. 331. Entrée en vigueur le 27 janvier 1980.

(32) Dans le même sens voy.: R. CRYER, «The Security Council, Article 16 and Darfur», *loc. cit.*; D. TLADI, «The African Union and the International Criminal Court: the battle for the soul of international law», *South African Yearbook of International Law*, 2009, p. 68.

(33) La Chambre préliminaire I a défini une situation au sens du Statut de la façon suivante: «Les situations, généralement définies par des paramètres temporels, territoriaux et éventuellement personnels, [...] font l'objet de procédures prévues par le Statut afin de décider si une situation donnée doit faire l'objet d'une enquête pénale, et de l'enquête en tant que telle»; C.P.I., Situation en République Démocratique du Congo, ICC-01/04-101, version publique expurgée de la décision sur les demandes de participation à la procédure de VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 et VPRS 6, 17 janvier 2006, § 65.

(34) «Les affaires, comprenant des incidents spécifiques au cours desquels un ou plusieurs crimes de la compétence de la Cour semblent avoir été commis par un ou plusieurs suspects identifiés, font l'objet de procédures qui ont lieu après la délivrance d'un mandat d'arrêt ou d'une citation à comparaître»; *ibidem*.



tiicière (35). Le Conseil ne pourrait donc pas spécifiquement demander à la CPI de suspendre ses activités à l'encontre du Président Al Bashir ; l'ensemble de la situation soudanaise devrait être visée. Or, une fois de plus, le texte de l'article 16 ne confirme pas cette interprétation. La demande éventuelle du Conseil ayant pour effet de surseoir à l'engagement ou à la continuation (36) d'une *enquête* ou d'une *poursuite* — *prosecution* dans le texte anglais —, il est évident que l'article 16 s'applique au moins jusqu'à la délivrance d'un mandat d'arrêt en vertu de l'article 58 (37) ou même, aux termes de l'article 61 du Statut, jusqu'à la confirmation des charges par la Chambre préliminaire (38). Par conséquent, le Conseil a, aux termes de l'article 16, la possibilité d'agir dans une certaine mesure dans le cadre d'une *affaire*. L'application de cette disposition au cas d'Al Bashir reste donc en théorie tout à fait envisageable.

Cela étant, puisqu'en vertu de l'article 16, le Conseil est tenu d'adopter une résolution aux termes du Chapitre VII de la Charte, encore faudrait-il que les États membres du Conseil perçoivent le travail de la CPI comme touchant d'une manière ou d'une autre à la paix et à la sécurité internationales. Il est tout à fait possible qu'une situation, déjà sous examen du Procureur, subisse un changement considérable et que ce type de considérations émergent devant le Conseil à un stade avancé de la procédure. Sans examiner les difficultés procédurales éventuelles qu'un sursis tardif serait susceptible de causer (39), rappelons simplement que les préoccupations relatives à la paix et à la réconciliation ont, dès le départ, été explicitement avancées par l'Union Africaine, et ce sans doute parce qu'elles constituent une condition *sine qua non* pour que le Conseil puisse agir aux termes du Chapitre VII (40).

Face à l'inaction du Conseil, l'attachement de l'UA aux possibilités offertes par l'article 16 du Statut de Rome s'est matérialisé dans la proposition d'amendement dudit article, déposée par l'Afrique du Sud (41), sous l'impul-

(35) A. CIAMPI, « *The proceedings against President Al Bashir and the prospects of their suspension under Article 16 ICC Statute* », *loc. cit.*, p. 889.

(36) Le texte français utilise les verbes « engager » et « mener » alors que le texte anglais parle de « to commence » et de « to proceed with ».

(37) M. BERGSMO et J. PEJIC, *loc. cit.*, p. 601 ; R. CRYER, « The Security Council, Article 16 and Darfur », *loc. cit.*

(38) Le raisonnement tenu par la Chambre préliminaire I tend à affirmer cette idée ; C.P.I., Situation en République Démocratique du Congo, ICC-01/04-101, 17 janvier 2006, § 65. M. BERGSMO et J. PEJIC, *loc. cit.*, p. 601.

(39) Voy. : D. SCHEFFER, *loc. cit.* Pour un même type de considération dans le cadre des discussions entourant le crime d'agression : Rapport du Groupe de travail spécial sur le crime d'agression, ICC-ASP/6/20/Add.1, p. 8, § 45, http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/SWGCA/ICC-ASP-6-20-Add1-AnnexII-FRA.pdf ; Rapport du Groupe de travail sur le crime d'agression, Documents officiels de la Conférence de révision, RC/11, p. 8, § 45.

(40) P. D'ARGENT, J. D'ASPREMONT LYNDEN, R. VAN STEENBERGHE et Fr. DOPAGNE, « Article 39 », in *La Charte des Nations Unies, commentaire article par article*, 3^e éd., sous la direction de J.-P. COT, A. PELLET et M. FORTEAU, Paris, Economica, 2005, pp. 1133-1134.

(41) Notification dépositaire n° C.N.851.2009.TREATIES-10 du 18 novembre 2009, disponible sous le lien <http://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2009/CN.851.2009-Frn.pdf> (dernière consultation, le 18 mai 2012).



sion (42) et avec le soutien de l'UA (43), peu avant la tenue de la Conférence de révision du Statut de la CPI en 2010 (44). La proposition visait à permettre à l'Assemblée générale de l'ONU (ci-après, Assemblée ou AG) de se saisir de la requête d'application de l'article 16 si le Conseil de sécurité ne se prononçait pas dans un délai de six mois (45), et ce « conformément à la résolution 377 (V) de l'Assemblée » (46). La proposition n'a pas emporté l'adhésion des États et des commentateurs. Elle a été perçue comme remettant en cause le compromis fragile négocié lors de la rédaction du Statut et comme offrant davantage d'ouverture à une ingérence politique dans le travail de la Cour (47). En outre, plusieurs remarques ont été émises quant à la portée et la pertinence même de la proposition.

Il est notamment pertinent de s'interroger sur la valeur ajoutée de la proposition d'amendement. Ne pourrait-on pas imaginer qu'en vertu des pouvoirs qu'elle tire déjà de la résolution 377 (V), l'AG puisse adresser à la Cour une demande de sursis sans que le Statut doive être amendé en ce sens ? Au-delà des problèmes liés à la répartition des pouvoirs opérée par la Charte (48) entre l'AG et le Conseil, une interrogation surgit quant à l'effet

(42) UA, Ministerial Meeting on the Rome Statute, of the ICC, Report of the 2nd Ministerial Meeting on the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC), 6th November 2009, Addis-Abeba, Min/ICC/Legal/Rpt. (II), p. 4, § R.3 et Annexe A, p. 6.

(43) Conférence de l'Union Africaine, décision Assembly/AU/Dec.270(XIV) Rev.1 précitée, du 2 février 2010, § 5 ; décision Assembly/AU/Dec.270 (XIV) précitée, du 27 juillet 2010, § 7 ; décision Assembly/AU/Dec. 334(XV) précitée, 30-31 janvier 2011, §§ 8 et 9.

(44) Bien que non discutée dans le cadre de la Conférence de révision de Kampala, la proposition d'amendement a été prise en considération lors de la 10^e session de l'Assemblée des États parties au Statut de Rome : Rapport du Groupe de travail sur les amendements, Assemblée des États Parties, 10^e session, New York, 12-21 décembre 2011, ICC-ASP/10/32, Annexe V, p. 22.

(45) Voy. : § 3 de la proposition d'amendement, Notification dépositaire n° C.N.851.2009.TREATIES-10 du 18 novembre 2009, p. 2.

(46) Résolution 377 (V) de l'Assemblée générale, 3 novembre 1950 : L'union pour le maintien de la paix. Nous nous souviendrons que dans cette résolution, l'AG s'arrogeait le droit d'examiner des questions relatives aux responsabilités du Conseil de sécurité en matière de paix et de sécurité si ce dernier restait en défaut de réaction face à une menace contre la paix, une rupture de la paix ou un acte d'agression (§ 1^{er}).

(47) Rapport du Groupe de travail sur la Conférence de révision, Assemblée des États Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 8^e session, La Haye, 18-26 novembre 2009, *Documents officiels*, ICC-ASP/8/20, Annexe II, §§ 59-62 ; Conseil exécutif de l'Union Africaine, 16^e session ordinaire, Addis-Abeba, 25-29 janvier 2010, Report on the ministerial meeting on the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC) — Assembly/AU/DEC.245 (XIII), EX.CL/568 (XVI), Annexe 2 : Report of the Commission on the outcome and deliberations of the 8th session of the Assembly of States Parties to the Rome Statute of the ICC held at the Hague, the Netherlands from 16 to 26 November 2009, §§ 8-12. Ch. JALLOH, D. AKANDE et M. DU PLESSIS, « Assessing the African Union concerns about Article 16 of the Rome Statute of the International Criminal Court », *African Journal of Legal Studies*, 2011, n° 4, pp. 8 et 11 et 35-36 ; M. DU PLESSIS et Ch. GEVERS, « Making amend(ment)s : South Africa and the International Criminal Court from 2009 to 2010 », *South African Yearbook of International Law*, 2009, p. 17.

(48) M. DU PLESSIS et Ch. GEVERS, « Making amend(ment)s : South Africa and the International Criminal Court from 2009 to 2010 », *loc. cit.*, p. 20 ; Ch. JALLOH, D. AKANDE et M. DU PLESSIS, « Assessing the African Union concerns about Article 16 of the Rome Statute of the International Criminal Court », *loc. cit.*, pp. 30-35, quant à la répartition des pouvoirs en vertu de l'article 12 de la Charte et



d'une décision de l'Assemblée générale à l'égard de la Cour. Pourrait-on envisager qu'une recommandation de l'AG — puisque la résolution 377 (V) permet à l'AG de faire des « *recommandations* appropriées sur les mesures collectives à prendre » (49) — produise un effet obligatoire à l'égard de la CPI qui est une institution indépendante créée par un traité autonome ? L'on se doit de répondre par la négative, et ce aussi bien au vu du texte de la Charte (50), du Statut même de la Cour qui en reconnaît l'indépendance (51) que, de manière plus générale, du principe de la relativité des traités (52) — puisque la Cour n'est ni un organe de l'ONU, ni *a fortiori* l'un de ses membres. Cela étant, les deux derniers arguments pourraient être également mobilisés — à juste titre d'ailleurs — pour remettre en cause la portée obligatoire éventuelle des résolutions du Conseil de sécurité. Néanmoins, en ce qui concerne les prérogatives que ce dernier tire de l'article 16, c'est parce que le Statut de la Cour reconnaît un effet obligatoire aux décisions du Conseil prises aux termes dudit article, qu'une résolution demandant un sursis à enquêter ou à poursuivre sera contraignante pour la Cour (53). La force obligatoire de la décision prend donc sa source dans le Statut lui-même et non dans la Charte (54). C'est là qu'on peut entrevoir la plus-value de l'amendement proposé par l'UA puisque le même raisonnement pourrait être transposé aux décisions de l'AG. Quelle que soit leur force obligatoire en vertu de la Charte, l'on peut en effet imaginer que le Statut — ici l'article 16 — leur confère une portée contraignante à l'égard de la Cour. À partir du moment où on accepte l'idée que le Statut puisse consacrer l'effet obligatoire pour la Cour d'une décision de l'Assemblée, la référence à la résolution 377 (V) semble superflue et doit être lue, au sein de la proposition d'amendement, comme une justification éventuelle des pouvoirs de l'AG dans les matières relevant naturellement du Conseil de sécurité. Cette dernière question devrait néanmoins être traitée aux termes de la Charte uniquement.

La formulation de l'amendement qui donne à l'AG une possibilité de réagir « si le Conseil ne se pronon[çait] pas » laisse, par ailleurs, entendre que le

les questions liées au rôle du Conseil en tant qu'organe ayant la responsabilité *principale* du maintien de la paix et de la sécurité internationales (article 24, § 1^{er} de la Charte).

(49) Résolution 377 (V) de l'Assemblée générale, § 1^{er}, nous soulignons.

(50) Articles 10 à 14 de la Charte.

(51) Al. 9 du préambule et article 2 du Statut de Rome ; article 2 de l'Accord négocié régissant les relations entre la Cour pénale internationale et l'Organisation des Nations Unies, New York, 4 octobre 2004, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 2283, p. 195 ; entrée en vigueur le 22 juillet 2004. Voy. aussi, dans le même sens mais spécialement par rapport au crime d'agression : articles 15*bis* et 15*ter* du Statut de Rome, respectivement §§ 9 et 4.

(52) Exprimé à l'article 34 de la Convention sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, Vienne, 21 mars 1986, non encore en vigueur et à l'article 34 de la Convention sur le droit des traités, Vienne, 23 mai 1969.

(53) En ce sens : Ch. JALLOH, D. AKANDE et M. DU PLESSIS, « Assessing the African Union concerns about Article 16 of the Rome Statute of the International Criminal Court », *loc. cit.*, p. 30.

(54) Cela étant, l'Accord régissant les relations entre la Cour pénale internationale et l'ONU cité *supra* prévoit également le respect mutuel des décisions respectives de ces deux instances.



Conseil de sécurité aurait un devoir de prendre effectivement une décision. L'article 16 n'offrirait donc pas une prérogative au Conseil mais lui imposerait une obligation d'adopter une position claire à l'égard de la demande qui lui est soumise. C'est là une interprétation, à notre sens, erronée de la portée à donner au rôle que joue le Conseil au sein du Statut de Rome qui ne fait que lui conférer des droits plutôt que créer des obligations dans son chef. C'est cependant précisément parce que l'UA estime que sa demande « n'[a] pas été prise en compte » (55) et « n'a fait l'objet d'aucune action » (56) qu'elle demande aux États membres de ne pas coopérer avec la Cour (57). C'est aussi cette raison qui la poussera *in fine* à faire introduire la proposition d'amendement de l'article 16 (58). Il est vrai que le Conseil s'est contenté de *noter* les préoccupations exprimées par l'UA (59) mais n'a pas, à ce jour, pris formellement position quant au sort à réserver à la requête d'application de l'article 16. Le Conseil étant un organe politique, il ne peut pourtant être affirmé que l'absence d'une décision formelle signifie qu'il n'a aucunement tenu compte du sujet qui a été soumis à son attention. L'on retrouve, en effet, dans les procès-verbaux des réunions du Conseil, des traces d'un débat animé sur la question de recourir à l'article 16 pour le cas d'Al Bashir, traces qui témoignent, pour le moins, d'un manque de consensus parmi les États membres du Conseil (60). L'on ne peut donc pas affirmer que les demandes de l'UA aient été passées sous silence.

(55) Conférence de l'Union Africaine, décision Assembly/AU/Dec. 245 (XIII)Rev.1 précitée, du 3 juillet 2009, § 10.

(56) Conférence de l'Union Africaine, décision Assembly/AU/Dec.270(XIV) Rev.1 précitée, 2 février 2010, § 10.

(57) *Ibidem*; CSONU, Communiqué de presse de l'Union Africaine sur la décision de la Chambre préliminaire I de la Cour pénale internationale avisant le Conseil de sécurité et l'Assemblée des États parties au Statut de Rome de la présence du Président du Soudan, M. Omar Hassan Al-Bashir, sur le territoire de la République du Tchad et de la République du Kenya (Addis-Abeba, le 29 août 2010) — Lettre datée du 31 août 2010, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent du Soudan auprès de l'Organisation des Nations Unies, S/2010/458, Annexe, pp. 2-3; déclaration de M. Kapambwe (Zambie) au nom des États africains parties au Statut de Rome lors de la 39^e séance plénière de l'Assemblée générale de l'ONU, 65^e session, 28 octobre 2010, A/65/PV.39, p. 16. Voy. en ce sens: Ch. Ch. JALLOH, « Universal jurisdiction, universal prescription? A preliminary assessment of the African Union perspective on universal jurisdiction », *loc. cit.*, pp. 57-58; H. VAN DER WILT, *loc. cit.*, pp. 1064-1065; Ch. Ch. JALLOH, D. AKANDE et M. DU PLESSIS, « Assessing the African Union concerns about Article 16 of the Rome Statute of the International Criminal Court », *loc. cit.*, p. 8. En outre, l'on a parfois l'impression que l'UA associe une prise de position formelle à une décision forcément positive à l'égard de sa demande: D. TLADI, *loc. cit.*, pp. 68-69.

(58) En ce sens: Ch. JALLOH, D. AKANDE et M. DU PLESSIS, « Assessing the African Union concerns about Article 16 of the Rome Statute of the International Criminal Court », *loc. cit.*, p. 27.

(59) Résolution 1828 (2008) du Conseil de sécurité du 31 juillet 2008, S/RES/1828: Rapports du Secrétaire général sur le Soudan, préambule, al. 9. À ce sujet, voy.: D. SCHEFFER, *loc. cit.*

(60) Voy. à titre d'exemples: déclarations variées du Royaume-Uni, de la Russie, de la Chine, de la Libye, du Burkina Faso, des États-Unis, de la France, de l'Indonésie, de la Belgique, de l'Italie et du Soudan lors de la 5947^e séance du Conseil de sécurité, 31 juillet 2008, S/PV.5947, pp. 3, 7, 8, 9, 10, 11, 13; déclarations de la Libye, du Costa Rica, de l'Afrique du Sud et du Royaume-Uni lors de la 6028^e séance du Conseil de sécurité, 3 décembre 2008, S/PV.6028, pp. 6-7, 14, 17-18, 19-20; déclaration de la Libye lors de la 6096^e séance du Conseil de sécurité, 20 mars 2009, S/PV.6096, p. 15;



Cela étant on comprend la stratégie que l'UA entendait poursuivre en amendant l'article 16 du Statut de Rome. Un nombre considérable d'États ont en réalité exprimé leur soutien à la demande de surseoir aux poursuites contre Al Bashir (61). Si cette requête pouvait être traitée au sein de l'Assemblée générale de l'ONU, elle aurait, par conséquent, toutes les chances d'aboutir (62).

Il faut toutefois souligner qu'en tout état de cause, l'article 16 n'offre qu'une solution temporaire. De fait, il n'autorise qu'une simple suspension des enquêtes ou poursuites, et ce pour une période de douze mois. Le sursis peut cependant être « renouvel[é] par le Conseil dans les mêmes conditions » (63). Il faudrait pour cela une nouvelle résolution aux termes du Chapitre VII ce qui supposerait que les conditions requises par l'article 39 de la Charte (64) subsistent et que les États membres du Conseil ne changent pas d'avis quant à la nécessité de retarder les poursuites devant la Cour (65).

déclarations de la France et de la Libye lors de la 6230^e séance du Conseil de sécurité, 4 décembre 2009, S/PV.6230, pp. 9, 20-21. D. AKANDE, M. DU PLESSIS et Ch. Ch. JALLOH, « Position paper: an African expert study on the African Union concerns about article 16 of the Rome Statute of the ICC », Tshwane (Pretoria), Institute for Security Studies, 2010, pp. 10-11 ; disponible sous le lien <http://www.iss.co.za/pgcontent.php?UID=30455> (dernière consultation, le 17 mai 2012).

(61) En effet, lors de débats au sein du Conseil de sécurité en vue de l'adoption de la résolution 1828 (2008), le représentant de la Fédération de Russie indiquait : « [...] l'Union Africaine a indiqué qu'il aurait été souhaitable que le Conseil exerce son autorité en vertu de l'article 16 du Statut de Rome de la C.P.I., et qu'il remette la décision de la Cour. Le Mouvement des pays non alignés a une position analogue, tout comme l'Organisation de la Conférence islamique et la Ligue des États arabes. Les États membres de ces organisations qui font autorité représentent tout simplement l'avis des deux tiers de la communauté internationale » ; la déclaration de M. Churkin (Fédération de Russie), lors de la 5947^e séance du Conseil de sécurité, 31 juillet 2008, S/PV.5947, p. 3. Voy. aussi : CSONU, Lettre datée du 10 février 2009, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de Cuba auprès de l'Organisation des Nations Unies, S/2009/99, Annexe II : Décision sur la demande par le Procureur de la Cour pénale internationale de la mise en accusation du Président de la République du Soudan, § 2 et Annexe III : Déclaration du Comité ministériel arabo-africain sur le Darfour (Doha, le 14 janvier 2009), § 9 ; déclaration de l'Égypte, du représentant zambien au nom des États africains parties au Statut de Rome, lors de la 39^e séance plénière de l'Assemblée générale de l'ONU, 28 octobre 2010, A/65/PV.39, pp. 16 et 22.

(62) Ch. JALLOH, D. AKANDE et M. DU PLESSIS, « Assessing the African Union concerns about Article 16 of the Rome Statute of the International Criminal Court », *loc. cit.*, pp. 22-23.

(63) Article 16 du Statut de la Cour.

(64) À savoir l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de paix ou d'un acte d'agression.

(65) Il est déjà arrivé que dans un cas où il avait décidé de faire usage de l'article 16, le Conseil reconduise sa décision au terme d'une première suspension de douze mois. Néanmoins, non seulement l'application initiale de l'article 16 au cas d'espèce avait soulevé un nombre important de critiques mais, rappelons-le, étant donné le changement dans le contexte politique très particulier de l'époque, la prorogation n'a pu avoir lieu qu'une seule fois. Il s'agit de résolution 1422 (2002) que le Conseil a pris moins de deux semaines après l'entrée en vigueur du Statut de Rome dans laquelle a été incluse une clause très générale de sursis bénéficiant « aux [...] responsables ou des personnels en activité ou d'anciens responsables ou personnels d'un État contributeur qui n'est pas partie au Statut de Rome à raison d'actes ou d'omissions liés à des opérations établies ou autorisées par l'Organisation des Nations Unies [...] » ; résolution 1422 (2002) du 12 juillet 2002, S/RES/1422 : Le maintien de la paix par les Nations Unies, § 1^{er}. Cette décision a été reconduite l'année d'après dans la résolution 1487 (2003) du 12 juin 2003, S/RES/1487 : Opérations de maintien de la paix des Nations Unies, § 1^{er} mais,



En revanche, une solution plus durable pourrait être trouvée par la mobilisation du principe de complémentarité (66). Nous avons vu que dans le cas du Soudan, l'argument tiré de l'article 16 était intimement lié aux questions de complémentarité (67) donnant préséance aux juridictions nationales plutôt qu'à la CPI en matière d'enquête et de poursuites. Effectivement, aux termes de l'article 17 du Statut, une affaire est irrecevable devant la Cour dans les cas où « un État ayant compétence en l'espèce » prend des mesures effectives pour enquêter sur la question ou poursuivre, le cas échéant, les personnes concernées (68). De manière générale, si l'État en question réussit à passer le « test de complémentarité », la Cour ne pourra plus juger les affaires dont l'État s'est chargé. Il est d'ailleurs intéressant de noter, qu'avant l'émission du mandat d'arrêt contre Al Bashir, le Soudan avait créé une juridiction chargée de poursuivre les auteurs des violations au Darfour (69). Cela étant, vu le constat d'inactivité du nouveau tribunal face aux cas susceptibles d'intéresser la Cour (70), celle-ci restait compétente à l'égard desdits cas.

Certains ont émis des doutes quant à la question de savoir si l'examen de complémentarité avait encore lieu à s'appliquer dans le cas d'une situation soumise à la Cour par le Conseil de sécurité (71). Cependant, cette vision

étant donné le changement dans les relations politiques — et principalement l'émoi provoqué par les événements d'Abu Ghraib — les États-Unis se sont retenus de pousser à l'adoption d'une résolution similaire l'année d'après. Voy. not. : Ch. JALLOH, D. AKANDE et M. DU PLESSIS, « Assessing the African Union concerns about Article 16 of the Rome Statute of the International Criminal Court », *loc. cit.*, pp. 16-19; N. WHITE et R. CRYER, « The ICC and the Security Council: an uncomfortable relationship », in J. DORIA et al. (éd.), *The legal regime of the ICC: essays in honour of prof. I. P. Blishchenko*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 467-471; N. JAIN, « A separate law for peacekeepers: the clash between the Security Council and the International Criminal Court », *European Journal of International Law*, vol. 16, n° 2, 2005, pp. 239-242; Fl. AUMOND, « La situation au Darfour déferée à la C.P.I.. Retour sur une résolution « historique » du Conseil de sécurité », *Revue générale de droit international public*, 2008-1, pp. 126-128; C. STAHN, « The ambiguities of Security Council resolution 1422 (2002) », *European Journal of Transitional Law*, pp. 85-104; M. EL ZEIDY, « The United States dropped the atomic bomb of Article 16 of the ICC Statute: Security Council power of deferrals and resolution 1422 », *Vanderbilt Journal of International Law*, 2002, pp. 1503-1544; D. SAROOSHI, « The Peace and Justice Paradox: the International Criminal Court and the UN Security Council », in D. MCGOLDRICK, P. ROWE, et E. DONNELLY (éd.), *The Permanent International Criminal Court. Legal and Policy Issues*, Oxford & Portland Oregon, Hart Publishing, 2004, pp. 115-120.

(66) Al. 10 du préambule et articles 17 et 18 du Statut de Rome.

(67) Conseil de paix et de sécurité de l'Union africaine, 142^e réunion, Addis-Abeba, 21 juillet 2008, *Communiqué*, PSC/MIN/Comm(CXLII) Rev.1, chapeau du § 11.

(68) Article 17, §1^{er}, a) et b).

(69) Voy. : Premier rapport du Procureur de la C.P.I. devant le Conseil de sécurité de l'organisation des Nations Unies en application de la résolution UNSR 1593 (2005), 29 juin 2005, p. 4. À ce sujet voy. : R. CRYER, « Darfur: complementarity as the drafters intended ? », in C. STAHN et M. EL ZEIDY (éd.), *The International Criminal Court and Complementarity. From theory to practice*, Cambridge, CUP, 2011, vol. II, pp. 1107-1115.

(70) Neuvième rapport du Procureur de la C.P.I. au Conseil de Sécurité de l'ONU en application de la résolution 1593 (2005), 5 juin 2009, § 55.

(71) Voy. not. : M. N. FAIRLIE et J. POWDERLY, « Complementarity and burden allocation », in C. STAHN et M. M. EL ZEIDY (éd.), *op. cit.*, vol. I, pp. 661-667; R. B. PHILIPS, « The International Criminal Court Statute: jurisdiction and admissibility », *Criminal Law Forum*, vol. 10, n° 1, 1999, pp. 81-82, M. BENZING, « The complementarity regime of the International Criminal Court: inter-



n'est pas confortée par l'analyse du Statut. Premièrement, l'article 17 ne comporte pas de précisions quant aux modes de saisine de la Cour auxquels il serait applicable. Ensuite, l'article 19, § 3 — portant sur la contestation de la compétence de la Cour ou de la recevabilité d'une affaire — précise qu'il s'applique aux cas dans lesquels il y a eu une saisine de la Cour « en application de l'article 13 » sans se limiter à l'un ou l'autre mécanisme de cette disposition. À ce stade, rien n'exclut donc l'application de l'examen de complémentarité dans le cas de renvoi par le Conseil. Enfin, un dernier point de vue conclut à l'inapplicabilité du test de complémentarité aux cas de saisine par le Conseil en partant du constat que l'article 18 du Statut ne s'applique pas à ce type de situations. Cette disposition oblige le Procureur à notifier les États qui seraient normalement compétents en cas de saisine de la Cour aux termes de l'article 13, a) et c), à l'exception des situations régies par l'article 13, b). Cet argument ne résiste pas non plus à l'analyse. En effet, l'article 18 a simplement pour effet de *dispenser* le Procureur de l'obligation de notification dans les cas de saisine par le Conseil en vertu de l'article 13, b) (72) ce qui ne veut pas dire que les considérations liées à la complémentarité ne sont pas du tout prises en compte. Au vu de tout ce qui précède, il peut donc être conclu que le test de complémentarité doit également être appliqué pour les cas de saisine par le Conseil de sécurité (73).

En ce qui concerne l'affaire Al Bashir, il serait audacieux de croire que dans l'état actuel des choses, le Soudan, ou un autre État, décide de poursuivre le Président soudanais. Vu son attitude hostile à l'égard de la CPI, il est également très peu probable que ce dernier exerce lui-même le droit qui est le sien en vertu de l'article 19, § 2, a) du Statut et conteste la recevabilité voire même la compétence de la Cour. Lors de l'émission du mandat d'arrêt, la Chambre préliminaire n'a pas, pour des raisons de confidentialité, procédé à l'analyse de la recevabilité qu'elle a la possibilité d'opérer aux termes de l'article 19, § 1^{er} mais a tout de même fait remarquer que « [...] les éléments justificatifs présentés à l'appui de la Requête de l'Accusation *n'indiqu[aient] nullement* : i) qu'il [était] possible qu'une procédure soit menée, ou ait pu l'être, au niveau national à l'encontre d'Omar Al Bashir pour des crimes figurant dans la Requête de l'Accusation [...] » (74).

national criminal justice between State sovereignty and the fight against impunity», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 7, 2003, pp. 625-628; J. T. HOLMES, «Complementarity: National Courts versus the ICC», in A. CASSESE, P. GAETA et J. R.W.D. JONES (éd.), *op. cit.*, vol. I, p. 683.

(72) N. N. JURDI, *The International Criminal Court and National Courts. A contentious relationship*, Farnham / Burlington, Ashgate, 2011, p. 215.

(73) Voy. not. : J. T. HOLMES, *loc. cit.*, p. 683; M. BENZING, *loc. cit.*, p. 626.

(74) C.P.I., Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-3-tFRA, 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, 4 mars 2009, § 50.



À défaut de pouvoir invoquer la complémentarité, l'une des solutions pour freiner les poursuites contre le Président soudanais demeure l'article 16. Au vu des éléments exposés *supra*, il faut conclure qu'à ce stade aucun élément juridique ne permet d'empêcher l'application de cette disposition. Sa mise en œuvre ne dépend plus que de la volonté politique des membres du Conseil de sécurité des Nations Unies.

1.2. *La remise en cause de la compétence de la Cour —
l'interaction entre les articles 98, § 1^{er} et 27 du Statut de Rome*

Suite à l'émission du mandat d'arrêt le 4 mars 2009, l'Union Africaine a jumelé aux demandes de suspension des poursuites une remise en cause, plus fondamentale, de la compétence même de la Cour. Selon l'UA, celle-ci ne serait en effet pas compétente eu égard aux immunités dont bénéficient les chefs d'État en exercice. À l'occasion de la délivrance du mandat d'arrêt, la Cour avait pourtant clairement rejeté l'immunité comme obstacle à l'exercice de sa compétence (75) et conclu 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 affaire » (76). Pour ce faire, elle s'est fondée sur quatre arguments principaux : (1) le but du Statut qui est de lutter contre l'impunité, (2) l'article 27 qui prévoit explicitement que les immunités ne peuvent faire obstacle à l'exercice par la Cour de sa compétence, (3) le fait que le Statut constitue une *lex specialis* par rapport à la coutume internationale qui retient l'immunité des chefs d'État en exercice et, enfin, (4) le fait que lorsqu'il saisit la Cour, le Conseil de sécurité cherche à ce que le Statut s'applique même à l'égard des États non parties à la CPI (77).

L'analyse de la Cour est largement suivie par la doctrine qui affirme, elle aussi, que l'article 27 s'applique à tous les États liés par le Statut que ce soit en tant que parties, en tant qu'État ayant consenti à la compétence de la Cour sur base de l'article 12 du Statut, ou encore par le truchement d'une résolution du Conseil de sécurité et l'effet des articles 25 et 103 de la Charte

(75) Avant de délivrer un mandat d'arrêt, la Chambre préliminaire doit s'assurer que la Cour est bien compétente: article 58, § 1^{er}, a) du Statut de la Cour.

(76) C.P.I., Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-3-tFRA, 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, 4 mars 2009, § 41. La décision portant le mandat d'arrêt émis en 2010 ne traite pas de la question de l'immunité du Président Al Bashir. En effet, le mandat d'arrêt du 12 juillet 2010 ne fait que rajouter la charge de génocide et ne revient pas sur la question de la compétence *ratione personae* de la Cour; C.P.I., *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* («Omar Al Bashir»), ICC-02/05-01/09, Deuxième Mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 12 juillet 2010.

(77) C.P.I., Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-3-tFRA, 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, 4 mars 2009, §§ 41-45.



des Nations Unies (78). Il faut néanmoins souligner que cette approche ne fait pas l'unanimité au sein des États et, en particulier, parmi ceux qui ne sont pas parties à la CPI. À titre d'illustration, à l'occasion de l'adoption de la résolution 1593 (2005) qui déféra la situation du Darfour à la Cour, les États-Unis ont opposé « une objection fondamentale à l'opinion selon laquelle la CPI devrait être en mesure d'exercer sa juridiction sur les ressortissants, y compris les responsables gouvernementaux, d'États qui ne sont pas parties au Statut de Rome » (79) et la Chine a considéré qu'elle ne pouvait « accepter que la CPI exerce sa juridiction sur des États non parties, et [qu']il [lui] serait difficile de souscrire à ce que le Conseil autorise un tel cas de figure » (80). Notons cependant que ces inquiétudes ne furent pas réitérées lors de l'adoption de la résolution 1970 (2011) sur la Libye qui n'est, pourtant, pas non plus partie au Statut de la Cour (81).

La réaction de l'Union Africaine à l'émission du mandat d'arrêt contre Al Bashir se fait toutefois l'écho de ces préoccupations (82). La décision du premier sommet de l'UA qui l'a suivie s'interroge ainsi sur la question des immunités et « prend note en outre du fait que toute partie affectée par l'Acte d'accusation a droit aux recours judiciaires prévus dans le Statut de Rome,

(78) E. DAVID, « Official Capacity and Immunity of an Accused before the International Criminal Court », in J. DORIA *et al.* (éd.), *op. cit.*, p. 749, § 13 ; D. AKANDE, « The Legal nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir's Immunities », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, issue 2, 2009, p. 342 ; W. A. SCHABAS, *The International Criminal Court. A Commentary of the Rome Statute*, *op. cit.*, p. 301 et 451-452 ; P. GAETA, « Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest ? », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, issue 2, 2009, pp. 324-325 ; D. TERZIAN, « Personal Immunity and President Omar Al Bashir: An Analysis Under Customary International Law and Security Council Resolution 1593 », *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, forthcoming, disponible sous le lien : <http://ssrn.com/abstract=1969195> (dernière consultation le 8 avril 2012), pp. 23-26. *Contra voy.* : D. AKANDE, « International Law Immunities and the International Criminal Court », *American Journal of International Law*, vol. 98, n° 3, 2004, pp. 407-433 ; S. WILLIAMS et L. SHERIF, *loc. cit.*, pp. 71-92.

(79) CSONU, Procès verbal de la 5158^e séance, 31 mars 2005, S/PV.5158, p. 3.

(80) *Ibid.*, p. 6. La Chine avait exprimé une position similaire à l'occasion de l'adoption de la résolution 827 (1993) sur l'établissement du TPIY : « L'adoption du Statut du Tribunal international aux termes d'une résolution du Conseil de sécurité [...] n'est pas conforme au principe de souveraineté judiciaire des États », CSNU, Procès verbal de la 3217^e séance, 25 mai 1993, S/PV.3217, p. 33.

(81) *Voy.* : CSONU, Procès verbal de la 6491^e séance, 26 février 2011, S/PV.6491.

(82) Conférence de l'Union Africaine, décision Assembly/AU/Dec. 245 (XIII) Rev.1 précitée, du 3 juillet 2009, §§ 7-8 et 10 ; décision Assembly/AU/Dec.270(XIV) Rev.1 précitée, 2 février 2010, §§ 2 et 8 ; décision Assembly/AU/Dec.397(XVIII) précitée, 30 janvier 2012, § 6. La Ligue de États Arabes avait déjà adopté une position similaire à la suite de la requête de l'accusation aux fins de l'émission du mandat d'arrêt. Le Conseil des ministres arabes de la Justice avait « exprimé sa solidarité avec la République du Soudan contre quiconque vise à porter atteinte à sa souveraineté [...] ou à violer les règles juridiques internationales relatives à l'immunité du président » et fait savoir qu'à son avis « la requête du Procureur de la Cour pénale internationale aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre du Président de la République du Soudan ne repose pas sur un fondement juridique valable », in AGONU, Lettre datée du 15 octobre 2008, adressée au Président de l'Assemblée générale par le Représentant permanent du Liban auprès de l'Organisation des Nations Unies, Annexe, 24 octobre 2008, A/63/503, p. 3, §§ 1^{er} et 3.



en ce qui concerne la procédure d'appel et la question de l'immunité» (83). Ce que l'on peut lire comme une invitation à utiliser l'article 19 du Statut qui permet de contester la compétence de la Cour est cependant, comme nous l'avons vu, resté sans réponse de la part du Soudan (84).

Indépendamment de cela, l'Union a néanmoins continué à remettre en doute la compétence de la Cour. En substance, l'argument de l'UA se fonde sur l'article 98, § 1^{er} du Statut de la Cour qui prévoit 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 ».

Cette disposition a été intégrée tardivement dans le texte du Statut, les États présents à Rome craignant que leur obligation de coopération avec la Cour ne les contraigne le cas échéant à violer d'autres obligations internationales (85). Elle témoigne par conséquent de la subsistance des immunités des chefs d'État en exercice devant les autorités nationales quand bien même la compétence de la Cour pour les juger aurait été établie. Toutefois, l'UA estime que cet article a, en réalité, « [...] été inclus dans le Statut de Rome instituant la CPI, compte tenu du fait que le Statut ne peut pas lever l'immunité que le droit international reconnaît aux représentants des États non parties au Statut de Rome » (86) et que, par conséquent, la Cour ne peut être compétente à l'égard d'Al Bashir.

Comment, toutefois, concilier cette interprétation avec l'article 27 du Statut qui, pour rappel, prévoit que l'immunité des officiels d'un État n'est pas opposable à la CPI ? S'agissant des deux seules dispositions du Statut mentionnant les immunités, la question de leur interaction se pose presque instinctivement. Déjà au moment de l'élaboration du Statut, le président du Comité de rédaction, Chérif Bassiouni, avait souligné les interférences possibles estimant que les deux dispositions auraient dû être jointes afin d'éviter

(83) Conférence de l'Union Africaine, décision Assembly/AU/Dec. 245 (XIII)Rev.1 précitée, du 3 juillet 2009, § 7.

(84) L'article 19, § 2, a) et b) prévoit que la personne à l'encontre de laquelle a été émis un mandat d'arrêt ou l'État qui est compétent à l'égard du crime considéré du fait qu'il mène une enquête peuvent contester la compétence de la Cour.

(85) Cf. KRESS et K. PROST, « Article 98: Cooperation with respect to a waiver of immunity and consent to surrender », in O. TRIFFTERER (éd.), *op. cit.*, p. 1602 — 1605 ; W. A. SCHABAS, *The International Criminal Court. A Commentary of the Rome Statute*, *op. cit.*, p. 1039 ; P. GAETA, « Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest ? », *loc. cit.*, p. 327 ; G. SLUITER, « The Surrender of War Criminals to the International Criminal Court », *Loy. L.A. Intl' & Comp. L. Rev.*, vol. 25, p. 631. Quant aux limites à l'obligation de coopération voy. aussi : Ph. MOCHOCHOKO, « International Cooperation and Judicial Assistance », in R. S. LEE (éd.), *The International Criminal Court: the Making of the Rome Statute*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1999, pp. 310-314 ; A. CIAMPI, « The Obligation to Cooperate », in A. CASSESE, P. GAETA et J. R.W.D. JONES (éds.), *op. cit.*, vol. I, pp. 1631-1632.

(86) Conférence de l'Union Africaine, décision Assembly/AU/Dec.397(XVIII) précitée, 30 janvier 2012, § 6.



tout problème d'interprétation (87). De façon intéressante, face au conflit qui semble exister entre les articles 27 et 98, § 1^{er}, l'Union africaine a demandé à ses membres, également parties au Statut de la Cour, de soulever la question du rapport entre ces deux dispositions à la Conférence de révision de Kampala (88). Au final, aucun document ne permet d'attester que la question ait effectivement été abordée par l'Assemblée des États parties ni avant, ni pendant, ni après Kampala. Parallèlement, l'Union avait envisagé une seconde solution pour obtenir des précisions sur la relation entre les deux articles du Statut. Elle a invité les États parties à recourir à l'article 119 dudit Statut qui prévoit que tout différend relatif à son interprétation et à son application est renvoyé à l'Assemblée des États parties qui peut alors décider d'un renvoi à la Cour internationale de Justice en conformité avec le Statut de celle-ci (89). Cependant, puisque pour des affaires contentieuses, seuls les États peuvent saisir la CIJ (90) et qu'en outre aucun différend n'existe à proprement parler entre deux États parties sur l'interprétation et l'application des articles 27 et 98 du Statut de la CPI, il n'est guère étonnant que cette proposition n'ait pas trouvé de suite. La question de savoir si l'Assemblée des États parties peut saisir la CIJ dans le cadre d'une procédure consultative demeure, quant à elle, controversée (91). Reste donc aux États membres de l'UA de tenter de mobiliser l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité des Nations Unies pour que ceux-ci saisissent la CIJ (92).

Conjointement à ses demandes d'éclaircissement sur les relations entre les deux dispositions, l'Union avait, en réalité, déjà établi sa position sur le sujet. On peut donc supposer que l'objectif sous-jacent était surtout de voir ses positions confortées. Selon l'UA, si l'article 27 lève explicitement les immunités des chefs d'État devant la Cour, l'article 98 les maintient tout aussi explicitement pour les chefs d'État non parties. L'Union utilise donc la seconde disposition pour limiter la portée et l'application de la première. En effet,

(87) Ch. BASSIOUNI, « International Criminal Justice in Historical Perspective », in Ch. BASSIOUNI (éd.), *The legislative History of the International Criminal Court: Introduction, Analysis and Integrated Text*, vol. I, Ardsley, NY, Transnational Publishers, 2005, p. 84.

(88) Conférence de l'Union Africaine, décision Assembly/AU/Dec. 245 (XIII) Rev.1 précitée, du 3 juillet 2009, § 8 ; décision Assembly/AU/Dec.270(XIV) Rev.1 précitée, 2 février 2010, §§ 2 iv et 8 ; Ministerial Meeting on the Rome Statute, of the ICC: Report of the 2nd ministerial meeting on the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC), 6th November 2009, Addis-Abeba, Min/ICC/Legal/Rpt. (II), p. 4, § R.4.

(89) Report of the 2nd ministerial meeting on the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC), 6 Min/ICC/Legal/Rpt. (II), p. 4, § R.5. Récemment, l'UA a néanmoins demandé « à la Commission [des États africains parties au Statut] de solliciter un avis consultatif de la Cour Internationale de Justice sur la question des immunités des représentants des États en vertu du droit international », Conférence de l'Union Africaine, décision Assembly/AU/Dec.397(XVIII) précitée, 30 janvier 2012, § 10.

(90) Article 34 du Statut de la Cour Internationale de Justice.

(91) Voy. not. : R. S. CLARK, « Article 119: Settlement of Disputes », in O. TRIFFTERER, (éd.), *op. cit.*, p. 1733-1735.

(92) Article 96 de la Charte des Nations Unies et article 65, § 1^{er} du Statut de la Cour internationale de Justice.



l'article 27, même s'il ne le précise pas *expressis verbis*, concerne uniquement les États parties à la CPI puisque l'article 98, § 1^{er} assure expressément les immunités des officiels d'« États tiers » (93). Par voie de conséquence, la CPI ne peut exercer de poursuites à l'encontre de n'importe qui, et ce quand bien même la situation aurait été déférée par le Conseil de sécurité des Nations Unies. En effet, selon l'UA, quand ce dernier saisit la Cour, il entend à ce « que le Statut de Rome soit appliqué, y compris son article 98 » (94) et donc à ce que les immunités des chefs d'États non parties au Statut subsistent.

Cette argumentation fut ré-esquissée par le Malawi et le Tchad à l'occasion des procédures engagées à leur encontre au sujet de leur refus de coopérer avec la CPI (95). De façon étonnante, la Chambre préliminaire n'a pas répondu à cet argument estimant qu'elle l'avait déjà rejeté dans la décision portant délivrance du mandat d'arrêt en 2009 (96). Pourtant si cette décision explique brièvement pourquoi l'immunité n'est pas opposable à la CPI, elle ne revient nullement sur l'argument de l'UA et sur la question de l'interaction entre les articles 27 et 98 du Statut (97). D'ailleurs, une certaine doctrine est parvenue à une conclusion analogue à celle de l'Union. Il a ainsi été argué que dans la mesure où l'article 98, § 1^{er} prohibe à la Cour de mettre les États dans une situation qui les contraindrait à violer leurs obligations internationales en matière d'immunité, *a fortiori* les immunités des officiels d'États non parties s'imposent « indirectement » à la Cour (98). Par conséquent, cette dernière ne pourrait légalement émettre un mandat d'arrêt à l'encontre d'un officiel d'État non partie au Statut de Rome (99). Le raisonnement est intéressant en ce que, avec l'idée d'« imposition indirecte » des immunités, il met en exergue les limitations systémiques du régime de répression mis en place par le Statut de Rome. De fait, vu que les immunités du chef d'État persistent au niveau national pour l'exécution du mandat, la Cour est en pratique empêchée d'exercer ses fonctions.

Toutefois, en envisageant les articles 27 et 98, § 1^{er} comme conflictuels, cette approche, tout comme celle de l'Union, élude une donnée fondamentale : ces deux dispositions agissent à des niveaux différents. Limiter la compétence de la Cour et la portée de l'article 27 au regard de l'article 98 relève,

(93) Article 98, § 1^{er} du Statut de la Cour.

(94) Conférence de l'Union Africaine, décision Assembly/AU/Dec.397(XVIII) précitée, 30 janvier 2012, § 6.

(95) C.P.I., Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-139-Corr-tFRA, Rectificatif à la Décision rendue en application 87, § 7 du Statut de Rome (Malawi), 13 décembre 2011, p. 9, § 14.

(96) *Ibidem*.

(97) Certains se sont d'ailleurs étonnés que la Cour n'aborde pas la question de l'interaction de ces deux articles à l'occasion de l'émission du mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Al Bashir : S. M. WELDEHAIMANOT, *loc. cit.*, p. 228.

(98) D. AKANDE, « International Law Immunities and the International Criminal Court », *loc. cit.*, p. 421.

(99) *Ibidem*.



en réalité, d'une confusion qui se manifeste sur le plan matériel, temporel et celui relatif à l'opposabilité de l'immunité. Au niveau matériel, il faut souligner que l'article 27 porte sur une question d'exercice par la Cour de sa *compétence* (100) tandis que l'article 98 instaure une exception à l'obligation de *coopération*. Temporellement, les deux dispositions n'interviennent donc pas au même moment. L'article 98 traite de la « remise » d'une personne, or celle-ci intervient nécessairement après qu'un mandat d'arrêt ait été émis et donc que la compétence de la Cour ait été établie, en tenant compte notamment de l'article 27 du Statut. Enfin, cette dernière disposition assure l'opposabilité de l'immunité des officiels d'État devant la CPI — juridiction *internationale* — alors que l'article 98, comme nous l'avons déjà mentionné, ne fait que témoigner du maintien de cette même immunité au niveau *national* pour l'exécution des mandats d'arrêt (101).

En somme, il n'est nul besoin de tenter de concilier deux dispositions qui n'agissent ni au même moment ni au même endroit. L'argument de l'Union Africaine rejetant la compétence de la Cour sur base des immunités dont bénéficierait le Président soudanais n'est donc, à cet égard, pas convaincant.

*

Il est intéressant de voir comment l'Union Africaine a manié les dispositions du Statut pour contester l'exercice de ses compétences par la Cour. La complexité de ces argumentaires légaux et leur utilisation parallèle est, en outre, le reflet d'un objectif politique qui n'est pas simplement de maintenir la paix au Darfour, mais aussi de marquer une opposition aux stratégies de poursuites de la CPI et, par extension, des autres États de la communauté internationale envers les dirigeants africains. L'appel explicite à la non-coopération qui a résulté de l'« échec » de ces argumentaires en est également l'illustration (102).

2. LA CONCRÉTISATION DE L'OPPOSITION POLITIQUE SUR LE TERRAIN DE LA COOPÉRATION

L'appel de l'Union Africaine à la non-coopération a trouvé une expression dans les attitudes réservées par certains États africains à la Cour pénale

(100) L'article 27 ne fait pas partie du Chapitre II du Statut qui s'intitule « Compétence, recevabilité et droit applicable », mais son § 2 disposant que « [les] immunités [...] n'empêchent pas la Cour d'exercer sa *compétence* à l'égard de cette personne », l'on peut sans aucun doute considérer que cet article traite, en partie au moins, de la question de compétence. Voy. not. : E. DAVID, *loc. cit.*, pp. 743-744.

(101) En ce sens : W. A. SCHABAS, *The International Criminal Court. A Commentary of the Rome Statute, op. cit.*, p. 452.

(102) Conférence de l'Union Africaine, décision Assembly/AU/Dec. 245 (XIII)Rev.1 précitée, du 3 juillet 2009, § 10.



internationale. C'est notamment le cas du Malawi et du Tchad qui refuseront d'arrêter le Président soudanais lors de ses visites sur leurs territoires respectifs. À l'occasion de la procédure lancée à leur encontre pour le défaut de coopération avec la Cour, les deux États ont relayé la position exprimée depuis 2008 par l'UA (103). En substance, leur argumentation s'est fondée sur l'exception au régime de coopération que constitue l'article 98, § 1^{er} du Statut. L'utilisation de cette disposition dans ce cadre n'a plus pour but de nier la compétence de la Cour, mais uniquement de justifier un refus spontané de coopérer. Dans un premier temps, nous nous pencherons sur la pertinence de cet argument (1.). L'« alignement » du Malawi et du Tchad sur la position de l'UA suscite, en outre, une interrogation supplémentaire : ces deux États peuvent-ils arguer de leur appartenance à l'Union Africaine pour ne pas coopérer avec la Cour ? Bien que ce raisonnement ne soit pas explicitement avancé par le Malawi et le Tchad, il paraît, dans un second temps, pertinent de s'y intéresser brièvement (2.).

1.1. *Le Malawi et le Tchad peuvent-ils se prévaloir
de l'article 98, § 1^{er} du Statut pour refuser
d'arrêter Omar Al Bashir ?*

L'appel à la non-coopération des États membres de l'UA a très clairement pris la forme d'une invitation à invoquer l'article 98, § 1^{er} du Statut, comme en témoigne la décision de la Conférence de juillet 2009 : « les États membres de l'UA ne coopéreront pas conformément aux dispositions de l'article 98 du Statut de Rome de la CPI relatives aux immunités dans l'arrestation et le transfert du Président Omar Al Bashir du Soudan à la CPI » (104). Deux États, le Botswana et — ce qui est intéressant — le Tchad, ont émis une réserve quant à cette décision. Le Botswana a adressé une lettre au Secrétaire général des Nations Unies informant qu'il ne souscrivait pas à cette décision étant donné son obligation, en tant qu'État partie au Statut de Rome, de coopérer avec la Cour (105). Nous ne disposons pas de documents officiels qui permettent d'attester des raisons pour lesquelles le Tchad a également émis une réserve, bien que celles-ci semblent principalement d'ordre politique. De fait, dès le rapprochement entre le Soudan et le Tchad et la signature, le 15 janvier 2010, après sept ans de guerre par « procuration » (106), d'un

(103) Les observations du Malawi et du Tchad quant à la visite du Président Al Bashir sur leur territoire sont confidentielles. Nous n'avons donc à notre disposition que le récit que fait la Chambre préliminaire de leur argumentation dans ses décisions du 13 janvier 2011. C.P.I., Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Transmission des observations de la République du Malawi, 11 novembre 2011, pp. 3-4, § 3.

(104) Conférence de l'Union Africaine, décision Assembly/AU/Dec. 245 (XIII)Rev.1 précitée, du 3 juillet 2009, § 10.

(105) AGONU, Lettre datée du 8 juillet 2009, adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent du Botswana auprès de l'Organisation des Nations Unies, 13 juillet 2009, A/63/926.

(106) Depuis 2003, le Tchad et le Soudan se livraient à une guerre par milices rebelles interposées.



accord de normalisation et d'un protocole de sécurisation des frontières (107), l'attitude du Tchad envers le Soudan a changé. En juillet 2010 (108), ou encore en août 2011 (109), Omar Al Bashir se rendit à N'Djamena. Il visita également trois autres États parties au Statut de la CPI : le Kenya (110), le Djibouti (111) et le Malawi en octobre 2011 (112). À cette occasion, le Malawi avait estimé que l'arrestation d'Al Bashir n'était pas son « *business* » (113). Dans le même esprit, le ministre de l'intérieur Tchadien affirmait que « *[w]e are not obliged to arrest Omar Hassan al-Bashir [;] Bashir is a sitting president [;] I have never seen a sitting president arrested on his travels by the host State* » (114).

Confrontés à la procédure engagée à leur encontre par la CPI suite à leur refus d'arrêter Omar Al Bashir, le Malawi et le Tchad ont, comme le leur recommandait l'UA, invoqué l'article 98, § 1^{er} du Statut. Pour rappel, ce dernier prévoit une exception à l'obligation de coopération quand l'exécution de la demande d'assistance contraindrait l'État requis à violer les obligations

(107) CSONU, Rapport du Secrétaire Général sur l'Opération hybride Union Africaine — Organisation des Nations Unies au Darfour, 28 avril 2010, S/2010/213, p. 3, § 10. Voy. aussi : J.-Ph. REMY, « Le Soudan et le Tchad se rapprochent après sept années de conflit », *Le Monde*, 9 février 2010, disponible sous le lien : http://www.lemonde.fr/afrique/article/2010/02/09/le-soudan-et-le-tchad-se-rapprochent-apres-sept-annees-de-conflit_1303014_3212.html (dernière consultation le 20 mai 2012).

(108) La Conférence des États sahélo-sahariens s'est tenue du 21 au 23 juillet à N'Djamena. C.P.I., Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Hamad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Décision informant le Conseil de Sécurité de l'Organisation des Nations Unies et l'Assemblée des États parties au Statut de Rome du récent séjour d'Omar Al Bashir en République du Tchad, 27 août 2010, p. 3.

(109) Omar Al Bashir s'est rendu à la cérémonie d'investiture d'Idris Deby les 7 et 8 août 2011. C.P.I., Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Décision invitant au dépôt d'observations relatives au récent séjour d'Omar Al Bashir en République du Tchad, 18 août 2011, p. 4.

(110) Omar Al Bashir était au Kenya à l'occasion de la promulgation de la nouvelle constitution kényane le 27 août 2010. C.P.I., Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Décision informant le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies et l'Assemblée des États parties au Statut de Rome de la présence d'Omar Al Bashir sur le territoire de la République du Kenya, 27 août 2010, p. 3.

(111) Omar Al Bashir s'est rendu à la prestation de serment du Président de Djibouti, Ismael Omar Guelleh, le 8 mai 2011. C.P.I., Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Décision informant le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies et l'Assemblée des États parties au Statut de Rome de la récente visite d'Omar Al Bashir à Djibouti, 12 mai 2011, p. 3.

(112) Le Sommet du Marché commun de l'Afrique orientale et australe (COMESA) a eu lieu à Lilongwe du 4 au 15 octobre 2011. C.P.I., Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Hamad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Decision requesting observations about Omar Al Bashir's recent visit to Malawi, 19 octobre 2011, pp. 3-4.

(113) BBC News, « Sudan's Omar al-Bashir in Malawi : ICC wants answers », 20 octobre 2011, disponible sous le lien : www.bbc.co.uk/news/world-africa-15384163 (dernière consultation le 19 avril 2011).

(114) X. RICE, « Chad refuses to arrest Omar al-Bashir on genocide charges », *The Guardian*, 22 juillet 2010 disponible sous le lien : www.guardian.co.uk/world/2010/jul/22/chad-refuses-arrest-omar-al-bashir (dernière consultation le 19 avril 2011).



qui lui incombent « en droit international en matière d'immunité » (115) à défaut pour la Cour d'avoir obtenu la levée de l'immunité. Le Soudan n'a, bien entendu, pas levé l'immunité de son Président. Le Malawi et le Tchad arguent, par conséquent, que dans la mesure où les chefs d'État possèdent une immunité de juridiction en vertu du droit international coutumier (116), ils n'étaient pas dans l'obligation d'arrêter et remettre Al Bashir à la Cour (117).

Considérant que l'article 97 du Statut et la règle 195 du Règlement de procédure et de preuve (118) prévoient que l'État requis qui constate qu'une demande d'assistance présente une difficulté au regard de ses autres obligations internationales consulte la Cour, la question se pose de savoir si l'article 98, § 1^{er} peut effectivement être invoqué en aval du défaut de coopération. Ne s'agirait-il pas davantage d'un mécanisme préventif? Si la Cour constate l'existence du conflit elle « *ne peut poursuivre* l'exécution [de la] demande » (119) et si elle arrive à la conclusion inverse, elle peut poursuivre la demande sans que l'État puisse invoquer l'existence d'une immunité pour justifier, *a posteriori*, son défaut de coopération (120). Toutefois, outre le fait que les décisions de la Cour ne sont pas obligatoires pour les États, la pratique relative à cet article témoigne de l'existence d'une réelle cause de justification de la non-coopération. Les législations australienne (121), autrichienne (122), suisse (123) ou encore britannique (124) montrent, en effet, que les États se réservent le droit de ne pas coopérer avec la Cour si, à leurs yeux, un problème

(115) Article 98, § 1^{er} du Statut de la Cour.

(116) L'immunité de juridiction inclut le fait que le chef d'État en exercice « ne peut être soumis à aucune forme d'arrestation ou de détention », IDI, Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international, Session de Vancouver, 2001, Article 1^{er}. Voy. aussi: C.I.J., Affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt 14 février 2002, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 24, § 58; CDI, « L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État », Rapport de la Commission du droit international, 63^e session (26 avril-3 juin et 4 juillet-12 août 2011), UN Doc. A/66/10, p. 230, § 108; Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2^e éd., Oxford, OUP, 2008, p. 668.

(117) C.P.I., Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-139-Corr-tFRA, Rectificatif à la Décision rendue en application 87 § 7 (Malawi), 13 décembre 2011, pp. 6-7, § 8.

(118) C.P.I., Règlement de procédure et de preuve, adopté par l'Assemblée des États parties, New York, 3-10 septembre 2002, Documents officiels, ICC-ASP/1/3.

(119) Article 98, § 1^{er} du Statut de la Cour, nos italiques.

(120) Voy. not.: H.-P. KAUL et Cl. KRESS, « Jurisdiction and Cooperation in the Statute of the International Criminal Court: Principles and Compromises », *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 2, 1999, p. 164; Cl. KRESS et B. BROOMHALL, « Implementing Cooperation Duties Under the Rome Statute: a Comparative Synthesis », in Cl. KRESS, B. BROOMHALL, Fl. LATTANZI et V. SANTORI (éds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, vol. II, Baden-Baden, Nomos — Verlagsgesellschaft, 2005, p. 525.

(121) *International Criminal Court Act*, No. 41, 2002, An Act to facilitate compliance by Australia with obligations under the Rome Statute of the International Criminal Court, and for related purposes, article 12.

(122) Federal law n° 135 on Cooperation with the International Criminal Court, Federal Gazette of the Republic of Austria, 13 août 2002, article 9.

(123) Federal Law on Cooperation with the International Criminal Court, 22 June 2001, article 6, § 1^{er}.

(124) UK International Criminal Court Act, 2001, article 23, § 2.



surgit quant aux immunités (125). Face à l'invocation de l'article 98, § 1^{er} par le Malawi et le Tchad, la Chambre préliminaire n'est pas du tout revenue sur ces considérations, mais a examiné le contenu à donner à l'expression « droit international en matière d'immunité » (126). Au vu des éléments matériels elle a conclu qu'« il n'y a pas de conflit entre les obligations du Malawi [et du Tchad] envers la Cour et [leurs] obligations en droit international coutumier ; partant, l'article 98-1 du Statut ne s'applique pas » (127).

Pour rejeter l'argument des deux États, la Chambre préliminaire se base sur deux éléments complémentaires : l'un fondé sur le contenu de la coutume internationale et l'autre sur le caractère vertical du régime de coopération entre les États et la Cour. Nous verrons que la position de la Cour n'est, cependant, pas vraiment convaincante.

S'agissant de la coutume internationale, la Chambre préliminaire affirme l'existence, en droit international coutumier, d'une exception à l'immunité des chefs d'État en exercice devant les juridictions internationales (128). Pour parvenir à cette conclusion, la Chambre se fonde sur des précédents depuis 1919, classiquement analysés par la littérature, et surtout sur l'affaire du *Mandat d'arrêt* dans laquelle la CIJ a admis que les immunités ne faisaient pas obstacle à l'exercice de « poursuites pénales devant certaines juridictions pénales internationales » (129). Elle invoque également l'affaire *Milošević*, devant le TPIY (130), et l'affaire *Taylor* devant le TSSL (131). Elle finit par conclure que « le droit international coutumier crée une exception à l'immunité des chefs d'État lorsque des juridictions internationales demandent l'arrestation » (132). Par conséquent, le président Al Bashir ne possède pas

(125) Cl. KRESS et B. BROOMHALL, « Implementing Cooperation Duties Under the Rome Statute : a Comparative Synthesis », *loc. cit.*, p. 525.

(126) Article 98, § 1^{er} du Statut de la Cour.

(127) C.P.I., Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-139-Corr-tFRA, Rectificatif à la Décision rendue en application 87 § 7 (Malawi), 13 décembre 2011, p. 19, § 43.

(128) *Ibid.*, pp. 12-19, §§ 22-43. Voy. not. : P. GAETA, « Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest ? », *loc. cit.*, pp. 324-325 ; P. GAETA, « Official Capacity and Immunities », in A. CASSESE, P. GAETA et J. R.W.D. JONES (éds.), *op. cit.*, vol. I, pp. 990-996 ; S. ZAPPALÀ, « Do Heads of States in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes ? The Ghaddafi Case Before the French Cour de Cassation », *European Journal of International Law*, vol. 12, n° 3, 2001, p. 603 ; S. WIRTH, « Immunity for Core Crimes ? The ICJ's Judgment in the Congo v. Belgium Case », *European Journal of International Law*, vol. 13, n° 4, 2002, pp. 888-889. *Contra voy.* : C.D.I., R. KOLODKIN, « Deuxième rapport sur l'immunité des représentants de l'État devant les juridictions pénales étrangères », 10 juin 2010, *UN Doc. A/CN.4/631*, p. 60, § 90 ; D. TERZIAN, *loc. cit.*, pp. 8-21.

(129) C.I.J., Affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, 14 février 2002, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 25, § 61.

(130) T.P.I.Y., Chambre de première instance, *Le Procureur c. Slobodan Milošević*, IT-99-37-PT, Décision relative aux exceptions préjudicielles, 8 novembre 2001, § 28.

(131) T.S.S.L., Appeals Chamber, *Prosecutor vs. Charles Ghankay Taylor*, SCSL-2003-01-I, Decision on immunity from jurisdiction, 31 mai 2004, pp. 14-15, §§ 26-30.

(132) C.P.I., Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-139-Corr-tFRA, Rectificatif à la Décision rendue en application 87, § 7 (Malawi), 13 décembre 2011, p. 19, § 43.



d'immunité selon le droit international coutumier et, ni le Malawi ni le Tchad, ne peuvent se prévaloir de l'article 98, § 1^{er} du Statut pour justifier leur refus de coopérer. Toutefois, une controverse subsiste sur le caractère coutumier de cette dérogation (133), et les quelques critiques avancées à l'égard des décisions du 13 décembre 2011 remettent en cause l'existence d'une telle exception ainsi que la pertinence d'une telle référence à lumière de l'article 27 du Statut (134). Le soubassement de la conclusion de la Cour est cependant aussi troublant. Elle postule en fait de l'existence d'une exception devant les tribunaux internationaux pour affirmer l'opposabilité de cette exception aux instances nationales chargées d'exécuter le mandat d'arrêt. Or, si la subsistance d'une immunité au niveau interne ne peut faire obstacle à la compétence de la Cour, l'inverse est également vrai ; l'absence d'immunité au niveau international ne se transpose pas au niveau national (135).

D'aucuns pourraient néanmoins arguer — et c'est là le second argument de la Chambre préliminaire — que cette transposition se justifie car les autorités nationales ne font qu'exécuter un mandat délivré par la Cour (136). Par l'effet de cascade induit par le caractère vertical du régime de coopération, l'immunité ne serait donc pas valable devant les juridictions internes. La Chambre estime, en effet, que « les États parties sont des instruments au service de l'exercice du *ius punendi* de la communauté internationale » (137). Cependant, cette position élude l'article 98, § 1^{er} du Statut qui a précisément pour objet de limiter l'obligation de coopération et, ainsi, de fixer une limite à l'instrumentalisation que la Cour peut faire de ses États parties pour l'exécution des demandes de coopération. De fait, bien qu'elle n'ait pas fait l'unanimité au sein des États participants à la Conférence de Rome (138),

(133) Voy. not. : S. WIRTH, « Immunities, Related Problems, and Article 98 of the Rome Statute », *Criminal Law Forum*, vol. 12, 2001, pp. 452-453 ; B. BROOMHALL, *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and Rule of Law*, Oxford, OUP, 2004, p. 145.

(134) W. SCHABAS, « Obama, Medvedev and Hu Jintao may be Prosecuted by International Criminal Court, Pre-Trial Chamber Concludes », 15 décembre 2001, disponible sous le lien : humanrightsdoctorate.blogspot.com/2011/12/Obama-medvedev-and-hu-jintao-may-be.html (dernière consultation le 20 avril 2011) ; D. AKANDE, « ICC Issues Detailed Decision on Bashir's Immunity (... t Long Last...) But Gets the Law Wrong », *E.J.I.L. Talk*, 15 décembre 2011, disponible sous le lien : www.ejiltalk.org/icc-issues-detailed-decision-on-bashir-s-immunity-at-long-last-but-gets-the-law-wrong/ (dernière consultation le 20 avril 2011).

(135) En ce sens : P. GAETA, « Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest ? », *loc. cit.*, pp. 325-326.

(136) C.P.I., Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Rectificatif à la Décision rendue en application 87, § 7 du Statut de Rome (Malawi), 13 décembre 2011, p. 10, § 16. Voy. aussi : C. KRESS et K. PROST, « Article 98 : Cooperation with respect to a waiver of immunity and consent to surrender », in O. TRIFFTERER (éd.), *op. cit.*, p. 1607.

(137) C.P.I., Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-139-Corr-tFRA, Rectificatif à la Décision rendue en application 87 § 7 du Statut de Rome (Malawi), 13 décembre 2011, p. 20, § 46. *Contra* voy. not. : P. GAETA, « Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest ? », *loc. cit.*, p. 325.

(138) H.-P. KAUL et C. Kreß, « Jurisdiction and Cooperation in the Statute of the International Criminal Court: Principles and Compromises », *loc. cit.*, p. 164 ; C. KRESS et K. PROST, « Article 98 :



cette disposition témoigne du souci de certaines délégations de ne pas se voir contraintes à violer leurs obligations internationales en matière d'immunités, et en réaffirme par conséquent, indirectement, leur persistance dans les ordres juridiques internes. Les législations nationales de mise en œuvre du Statut de la Cour confirment également cette approche de mise en œuvre. À titre d'illustration, l'article 23, § 2 du *International Criminal Court Act* du Royaume-Uni prévoit que ce dernier ne peut exécuter un mandat d'arrêt de la CPI à l'égard d'une personne bénéficiant d'une immunité que si la Cour a préalablement obtenu la levée de l'immunité à cet effet (139). Par conséquent, quand bien même les États constituent le bras de la justice pénale internationale, les immunités des chefs d'État en exercice subsistent à leur rencontre et la Cour doit, par conséquent, « obtenir la coopération » des États pour la levée de ces immunités en vue de l'arrestation.

L'escamotage de cette étape par la Cour résulte probablement de l'idée, largement répandue dans la doctrine et suivie par la Cour elle-même (140), selon laquelle la Cour ne doit pas demander la levée de l'immunité dans des situations concernant les États parties au Statut. L'article 98, § 1^{er} du Statut ne serait applicable qu'aux « États tiers », compris comme ceux qui ne sont pas parties à la CPI. En effet, les États parties auraient déjà consenti à la levée de l'immunité au travers de l'article 27. Ce raisonnement, tout comme celui fondé sur la coutume ou le caractère vertical du régime de coopération avec la Cour, méconnaît en réalité la portée de la règle. Si l'on s'en tient aux termes et à une approche purement formaliste, les États parties ont consenti à l'inopposabilité des immunités devant la Cour, et non devant les juridictions nationales étrangères (141). C'est aussi pourquoi, comme l'indiquent Claus Kress et Kimberly Prost, les termes « États tiers » dans l'article 98, § 1^{er} du Statut doivent se comprendre comme tout État autre que l'État requis et non simplement comme visant les États non parties au Statut (142). L'on peut, en effet, supposer que les États parties lèveront plus facilement l'immunité de leurs officiels puisqu'ils ont l'obligation de coopérer avec la Cour conformément à l'article 86 du Statut. La situation ne s'est, cependant, pas encore présentée. Jusqu'ici, les diverses affaires qui présentent un intérêt du point de vue des immunités, concernent des États non parties au Statut, nommément le Soudan et la Libye. Le Soudan et l'affaire

Cooperation with respect to a waiver of immunity and consent to surrender», in O. TRIFFTERER (éd.), *op. cit.*, p. 1603.

(139) UK International Criminal Court Act, 2001.

(140) Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-139-Corr-tFRA, Rectificatif à la Décision rendue en application 87, § 7 (Malawi), 13 décembre 2011, § 46.

(141) En ce sens : P. GAETA, « Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest ? », *loc. cit.*, pp. 325-326.

(142) C. KRESS et K. PROST, « Article 98 : Cooperation with respect to a waiver of immunity and consent to surrender », in O. TRIFFTERER (éd.), *op. cit.*, p. 1606. Voy. aussi : H.-P. KAUL et C. KRESS, « Jurisdiction and Cooperation in the Statute of the International Criminal Court : Principles and Compromise », *loc. cit.*, pp. 143-175.



Al Bashir est par ailleurs et en réalité, un cas unique, puisque dans la situation libyenne, la Cour a eu l'occasion de remarquer que « Mouammar Qadhafi n'[était] détenteur d'aucun titre officiel » (143) conformément à ce qu'il avait lui-même déclaré lors d'un discours prononcé à Tripoli le 25 février 2011 (144).

Quoi qu'il en soit, le raisonnement suivi par la Cour dans ses décisions du 13 décembre 2011 n'est pas convaincant en ce qu'il confond la portée d'une éventuelle exception coutumière à l'immunité des chefs d'État en exercice devant les juridictions internationales, avec celle de l'article 98, § 1^{er} du Statut.

Au-delà du droit international coutumier, la Chambre préliminaire aurait également pu tenir compte du droit conventionnel. En particulier, le Président soudanais étant recherché pour deux chefs de crimes de guerre (145) et trois chefs de génocide (146), il est étrange que la CPI n'ait fait référence ni à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (147) ni aux instruments du droit international humanitaire, auxquels le Soudan est pourtant partie. Ainsi, l'on peut par exemple s'interroger sur la portée combinée des articles IV à VI de la Convention sur le génocide qui traitent de la poursuite des personnes ayant commis le génocide qu'elles soient « des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers » (148). D'aucuns soutiennent, en effet, que « the question of head of state immunity loses relevance when the arrest is also grounded in treaty relations between the arresting state and Sudan » (149) et qu'en outre « there is no exception of immunity set out in the Genocide Convention » (150). Toutefois, ces affirmations n'expliquent pas en quoi l'existence d'un lien conventionnel direct entre l'État requis et l'État de nationalité ferait disparaître la question des immunités. Si

(143) C.P.I., Chambre préliminaire I, Situation en Jamahiriya Libyenne, ICC-01/11, Mandat d'arrêt à l'encontre de Muammar Mohammed Abu Minyar Qadhafi, 27 juin 2007, p. 8, § 17.

(144) Extrait reproduit dans la décision de la Chambre préliminaire : « Je suis parmi le peuple, au milieu de la foule, même si Muammar Qadhafi n'est ni président ni roi ni chef d'État et n'est investi d'aucun pouvoir constitutionnel ou administratif... ». C.P.I., Chambre préliminaire I, Situation en Jamahiriya Libyenne, ICC-01/11, Mandat d'arrêt à l'encontre de Muammar Mohammed Abu Minyar Qadhafi, 27 juin 2007, p. 7, § 15.

(145) (1) le fait de diriger intentionnellement des attaques contre une population civile en tant que telle ou contre des personnes civiles qui ne participent pas directement aux hostilités (Art. 8, § 2 e) i) et (2) pillage (Art. 8, § 2 e) v)). C.P.I., Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-3-tFRA, 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, 4 mars 2009, p. 8.

(146) (1) génocide par meurtre (Art. 6, a)), (2) génocide par atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale (Art. 6, b)) et (3) génocide par soumission intentionnelle de chaque groupe ciblé à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique (Art. 6, c)). C.P.I., *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (« Omar Al Bashir »)*, ICC-02/05-01/09, Deuxième Mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 12 juillet 2010, p. 9.

(147) Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Paris, 9 décembre 1948, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 78, p. 277, Entrée en vigueur, 12 janvier 1951.

(148) Article VI de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide.

(149) G. SLUITER, « Using the Genocide Convention to Strengthen Cooperation with the ICC in the Al Bashir Case », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, issue 2, 2010, p. 379.

(150) *Ibidem*.



tel était le cas, l'immunité du Ministre Yérodi ne se serait pas imposée à la Belgique qui avait fondé son mandat d'arrêt sur les Conventions de Genève auxquelles la RDC est également partie. Comme la Convention sur le génocide, les Conventions de Genève sont muettes sur les questions d'immunité et c'est pourquoi la CIJ s'est tournée vers la coutume, au lieu de déduire de ce silence que l'immunité ne faisait pas obstacle au mandat (151). D'ailleurs, il ne semble pas que les rédacteurs de la Convention sur le génocide aient eu l'intention de lever les immunités des chefs d'État en exercice devant les juridictions étrangères (152). Le droit conventionnel n'offre donc pas non plus une base convaincante pour considérer que le président Al Bashir ne dispose pas de son immunité devant l'ordre juridique interne des pays étrangers.

En outre, bien que la question fasse l'objet d'une vive controverse, il ne semble pas que l'on puisse catégoriquement affirmer que la qualité de *ius cogens* proférée à l'interdiction du génocide et à certaines règles du droit international humanitaire ait *ipso facto* pour conséquence de lever les immunités (153). À défaut pour la Cour d'avoir obtenu la coopération du Soudan pour la levée de l'immunité du Président Al Bashir, les États parties ne sont pas dans l'obligation de l'arrêter. Ils pourraient le faire mais commettraient, ce faisant, un acte internationalement illicite (154).

On pourrait alors s'interroger sur la possibilité de justifier l'arrestation en tant que contre-mesure légitime. Le Soudan a, en effet, en vertu de la résolution 1593 (2005) l'obligation de coopérer avec la Cour et donc de remettre Al Bashir à la CPI ou du moins de lever son immunité. Toutefois, pour qu'une éventuelle contre-mesure soit légitime, l'État qui l'adopte, devrait être lésé par la violation de son obligation par le Soudan (155). Quand bien même l'on considérerait que l'obligation de coopération avec la Cour est une obligation *erga omnes*, la possibilité de prendre des contre-mesures pour la violation

(151) C.I.J., Affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, (*République Démocratique du Congo c. Belgique*), arrêt du 14 février 2002, *C.I.J. Recueil 2002*, pp. 24-26, §§ 58-61.

(152) P. GAETA, « Immunities and Genocide », in P. GAETA (éd.), *The Un Genocide Convention. A Commentary*, Oxford, OUP, 2009, pp. 317-321.

(153) C.I.J., Affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, (*République Démocratique du Congo c. Belgique*), arrêt du 14 février 2002, *C.I.J. Recueil 2002*, Opinion individuelle commune de M^{me} la juge Higgins, M. le juge Koojmans et M. le juge Buergenthal, p. 87, § 79, Cour eur. D.H., *Al-Adasani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, requête n° 35763/97, §§ 61-67. Voy. : C.D.I., R. KOLODKIN, *Deuxième rapport sur l'immunité des représentants de l'État devant les juridictions pénales étrangères*, 10 juin 2010, *UN Doc. A/CN.4/631*, pp. 39-44, §§ 63-67.

(154) Voy. not. : P. GAETA, « Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest ? », *loc. cit.*, p. 332.

(155) Projet sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite; texte adopté par la Commission du droit international à sa cinquante-troisième session (23 avril-1^{er} juin et 2 juillet-10 août 2001), et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session: Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10) et annexe à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001, A/RES/56/83, article 49, § 1^{er}. Ci-après « Projet sur la responsabilité des États ».



de ce type d'obligation demeure hautement controversée (156). En outre, n'oublions pas qu'une contre-mesure doit cesser dès la fin de la violation primaire (157) et ne peut créer une situation aux effets irréversibles (158). Or, la remise d'une personne à une juridiction en vue de son jugement semble, par nature, être une mesure aux effets irréversibles. L'arrestation d'Al Bashir en tant que contre-mesure ne pourrait donc pas se justifier.

Le Malawi et le Tchad étaient par conséquent tout à fait fondés à refuser de remettre Al Bashir à la Cour sur base de l'article 98, § 1^{er}. Cette disposition est en outre une bonne illustration des paradoxes du système répressif mis en place à Rome qui permet à la fois à la Cour de poursuivre des officiels d'État et met parallèlement en place des mécanismes qui l'empêchent en pratique d'atteindre ce but. Ce constat n'est d'ailleurs probablement pas étranger au raisonnement laborieux de la CPI dans les décisions du 13 décembre 2011 qui, au final, ont pour objectif d'écartier l'obstacle tangible que constitue l'article 98, § 1^{er}.

2.2. *Le respect des décisions d'une organisation internationale comme motif valable pour refuser de coopérer avec la Cour ?*

Un autre élément doit être mis en avant dans le contexte des décisions du 13 décembre 2011, à savoir celui des obligations contradictoires — de coopérer, d'une part et de ne pas coopérer, d'autre part — auxquelles se voient confrontés les États membres de l'Union Africaine, parties ou même simplement signataires du Statut de Rome. Bien qu'il ne soit pas invoqué explicitement, ce débat apparaît en filigrane des décisions contre le Malawi et le Tchad. Ces derniers ont, en effet, signalé à la Cour qu'« en tant que membres de l'Union Africaine, [ils] s'align[ent] pleinement sur la position adoptée par cette organisation » (159). L'Union en a d'ailleurs pris acte puisqu'à l'occasion de son sommet de janvier 2012, elle a indiqué « qu'en recevant le Président Bashir, la République du Malawi, comme [le] Djibouti, le Tchad et le Kenya, avant elle, a appliqué les différentes décisions de la Conférence de l'Union Africaine sur la non-coopération avec la CPI concernant l'arrestation et le transfèrement du Président Omar Hassan Al-Bashir » (160) et a rappelé à

(156) Voy.: Ch. J. TAMS, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, Cambridge, C.U.P., 2005, pp. 197-201; D. ALLAND, « Countermeasures of General interest », *European Journal of International Law*, vol. 13, n° 5, 2002, pp. 1221-1239.

(157) Projet sur la responsabilité des États, A/RES/56/83, article 49 §§ 2 et 3.

(158) « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *Ann. CDI*, 2001, II, 2^e partie, *UN Doc. A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2)*, p. 357, § 7.

(159) C.P.I., Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Rectificatif de la Décision rendue en application de l'article 87, § 7 du Statut de Rome (Malawi), 13 décembre 2011, p. 7, § 8.

(160) Conférence de l'Union Africaine, décision Assembly/AU/Dec.397(XVIII) précitée, 30 janvier 2012, § 7.



tous ses États membres « de respecter les décisions de la Conférence concernant les mandats d'arrêt délivrés par la CPI contre le Président Bashir du Soudan, conformément à l'article 23 (2) de l'Acte constitutif » (161). Aux termes de cette dernière disposition, les décisions de la Conférence de l'UA — organe décisionnel suprême (162) de l'organisation réunissant les chefs d'État et gouvernement (163) afin, notamment, de fixer la politique commune de l'Union (164) — ont un effet obligatoire à l'égard des États membres de l'UA.

Il est intéressant d'analyser les implications de ce conflit de normes qui, comme nous le verrons, doit être examiné aussi bien sous l'aspect horizontal que vertical des obligations en présence. Dans la mesure où l'horizontalité constitue la règle en droit international et la verticalité n'en est qu'une exception (165), il paraît justifié d'analyser la première avant la seconde.

Les États membres de l'UA *et* parties au Statut de Rome se trouvent face à deux obligations de même importance mais allant dans des sens opposés. En effet, le Statut de Rome leur impose de coopérer avec la Cour dans l'arrestation du Président soudanais (166) alors que la Conférence de l'Union Africaine leur interdit précisément d'exécuter ledit mandat, et ce en vertu d'une décision contraignante aux termes de l'Acte constitutif de l'organisation. Le conflit horizontal est évident et met les États dans une situation où ils sont contraints de procéder à une violation de l'une des deux obligations afin d'honorer l'autre et, partant, de s'exposer à d'éventuelles sanctions politiques spécifiquement prévues par les traités où l'obligation violée prend racine. En ce qui concerne ce point, l'article 23, § 2 de l'Acte constitutif de l'UA stipule qu'un État membre « qui ne se conformerait pas aux décisions [...] de l'Union peut être frappé de sanctions » alors que le Statut de Rome,

(161) *Ibid.*, § 8. Une position identique avait déjà été adoptée par l'UA à d'autres occasions mais dans le même contexte: Conférence de l'Union Africaine, décision Assembly/AU/Dec.366(XVII) précitée, 30 juin-1^{er} juillet 2011, § 5; CSONU, Communiqué de presse de l'Union Africaine sur la décision de la Chambre préliminaire I de la Cour pénale internationale avisant le Conseil de sécurité et l'Assemblée des États parties au Statut de Rome de la présence du Président du Soudan, M. Omar Hassan Al-Bashir, sur le territoire de la République du Tchad et de la République du Kenya (Addis-Abeba, le 29 août 2010) — Lettre datée du 31 août 2010, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent du Soudan auprès de l'Organisation des Nations Unies, S/2010/458, Annexe, p. 2.

(162) R. WOLFRUM (éd. et dir.), *The Max Planck Encyclopedia of public international law*, Oxford / New York, 2012, p. 163; *verbo*: *African Union*.

(163) Article 6, §§ 1^{er} et 2 de l'Acte constitutif de l'Union Africaine, Lomé, 11 juillet 2000, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 2158, p. 1. Entrée en vigueur, le 26 mai 2001.

(164) Article 9, § 1^{er}, a) de l'Acte constitutif.

(165) Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international — Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international (établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi), adopté par la Commission du droit international à sa cinquante-huitième session (1^{er} mai-9 juin et 3 juillet-11 août 2006); soumis à l'Assemblée générale des Nations Unies dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session (A/61/10, §§ 233 et ss.); document A/CN.4/L.682 du 13 avril 2006, § 324. Ci-après, le « *rapport sur la fragmentation* ».

(166) Article 86 du Statut de Rome exprime une obligation générale de coopération.



nous l'avons vu, comprend l'article 87, § 7 aux termes duquel la Cour réfère un défaut de coopération à l'Assemblée des États parties et, le cas échéant, au Conseil de sécurité (167). De manière générale, les États qui se retrouvent en défaut de remplir une obligation, peuvent, bien évidemment, engager, leur responsabilité sur le plan international (168).

Notons que l'UA, consciente du caractère délicat de la situation, demandait aux États concernés «[...] de trouver un juste équilibre, le cas échéant, entre leurs obligations vis-à-vis de l'UA et de la CPI» (169) ce qui constitue une reconnaissance de l'existence même du conflit (170). La manière dont l'Union invoque l'article 23, § 2 dans ses décisions, ne permet pas de conclure qu'elle considère celui-ci comme une règle de préséance des obligations découlant de l'Acte constitutif sur les obligations du Statut.

Nous devons nous interroger sur la question de savoir si les techniques de règlement des conflits normatifs du droit international général nous permettent de sortir de l'impasse créée par la superposition d'obligations contradictoires. En ce qui concerne le principe de *lex specialis* selon lequel l'on privilégierait l'application d'une règle plus spécifique par rapport à une règle à portée plus générale (171), celui-ci ne nous est pas d'une grande utilité puisqu'on envisage difficilement la façon de déterminer laquelle des deux obligations est plus «spéciale» que l'autre. Cette embûche a d'ailleurs été mise en avant comme l'une des difficultés principales dans l'application du principe de *lex specialis* (172). Les règles relatives à la temporalité des obligations, à savoir les principes de *lex prior* et de *lex posterior*, n'apportent pas non plus de solution au problème qui nous occupe dans la mesure où il faudrait d'abord s'interroger sur l'origine des obligations en présence. L'obligation de coopérer imposée au Tchad et au Malawi dans le cadre de l'affaire contre Al Bashir découle-t-elle du Statut de Rome, des demandes de coopération adressées par la Cour, ou encore de la Charte de l'ONU, le cas échéant par le

(167) Pour une analyse du système instauré par l'article 87, § 7 du Statut voy.: R. BELLELLI, *International criminal justice. Law and practice from the Rome Statute to its review*, Farnham / Burlington, Ashgate, pp. 236-239.

(168) En ce sens: B. CONFORTI, «Consistency among treaty obligations», in E. CANNIZZARO (éd.), *The law of treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford / New York, OUP, 2011, p. 188; pour une analyse de l'applicabilité des règles de responsabilité des États pour fait internationalement illicite aux problèmes liés à la coopération avec les juridictions pénales internationales voy.: A. DEMIRDJIAN, «Armless Giants: Cooperation, State Responsibility and Suggestions for the ICC Review Conference», *International Criminal Law Review*, 2010, pp. 181-208.

(169) Conférence de l'Union Africaine, décision Assembly/AU/Dec.270(XIV) Rev.1 précitée, 2 février 2010, § 6

(170) Ch. JALLOH, D. AKANDE et M. DU PLESSIS, «Assessing the African Union concerns about Article 16 of the Rome Statute of the International Criminal Court», *loc. cit.*, p. 25.

(171) Ce principe a notamment été exprimé à l'article 55 du Projet sur la responsabilité des États (A/RES/56/83); Rapport sur la fragmentation, § 57; J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 652, verbo: *Lex specialis derogat generali*.

(172) Rapport sur la fragmentation § 58; J. KLABBERS, «Beyond the Vienna Convention: conflicting treaty provisions», in E. CANNIZZARO (éd.), *The law of treaties beyond the Vienna Convention*, *op. cit.*, pp. 199-200.



biais de la résolution 1593 (2005) par laquelle le Conseil de sécurité déférait la situation à la Cour ? De même, quelle est la source de l'obligation de ne pas coopérer dans cette même affaire ? Est-ce la demande de la Conférence de l'Union Africaine ou bien l'Acte constitutif de cette organisation ? Même si l'on pouvait répondre de façon univoque à cette question, comment déterminerait-on le principe de résolution de conflits de normes à appliquer *in casu* ? En effet, le principe inscrit à l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités régissant la question des relations entre des traités successifs portant sur la même matière ne peut être appliqué en l'espèce. L'on est ici face à des obligations contradictoires dont l'essence découle de traités multilatéraux portant sur des matières différentes. Le caractère horizontal du droit international joue donc également ici et il n'y a, *a priori*, pas lieu d'en privilégier l'un par rapport à l'autre.

Au-delà du Statut de la Cour, l'obligation de coopération avec la CPI pourrait, nous l'avons vu, également se fonder sur la Convention sur le génocide. En effet, tel que susmentionné, certains des crimes pour lesquels le Président Al Bashir est poursuivi se retrouvent dans cet instrument. Or, son article VI prévoit que « les personnes accusées de génocide [...] seront traduites [...] devant la cour criminelle internationale ». Une certaine doctrine estime que naît de cette convention un régime de coopération parallèle à celui de la Cour (173). Si cette alternative venait à être appliquée, un nouveau conflit de normes à caractère horizontal surgirait entre la Convention sur le génocide d'une part, et la directive de l'UA de l'autre. Cette approche n'offre donc pas, non plus, de solution au conflit en présence.

Une issue pourrait par contre être trouvée dans la verticalité qui survient lorsque des obligations à charge d'un État entrent en conflit avec ses obligations découlant de la Charte des Nations Unies dont l'article 103 institue la préséance. Concrètement, il pourrait être avancé que, dans la mesure où la résolution 1593 (2005) relaie l'obligation — contenue dans le Statut de Rome — de coopérer avec la Cour, ladite obligation tire son effet contraignant de la résolution même et doit, partant, prévaloir aux termes de la combinaison des articles 103 et 25 de la Charte, ce dernier préférant un effet obligatoire aux décisions du Conseil. La conséquence de l'application de l'article 103 ne préjugerait nullement de la validité de l'obligation contraire — ici celle de ne pas coopérer avec la Cour — mais imposerait simplement d'en écarter l'application (174). Regardons de plus près la partie pertinente de la résolution 1593 (2005) qui se lit comme suit :

« [d]écide 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

(173) G. SLUITER, « Using the Genocide Convention to Strengthen Cooperation with the ICC in the AL Bashir Case », *loc. cit.*, pp. 365-382.

(174) Rapport sur la fragmentation, §§ 333 et 334.



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 » (175).

Il ne fait pas de doute que la décision du Conseil crée une obligation de coopération dans le chef du Soudan, pourtant non partie au Statut de la Cour. Cette observation a d'ailleurs été confirmée lors de discussions au sein du Conseil de sécurité (176) et les termes clairs utilisés dans le texte de la résolution ne font que la renforcer. Certains auteurs ont soutenu que la résolution ne créait d'obligations qu'à l'égard du Soudan et les « autres parties au conflit », à l'exception de tous les autres États (177). Le point de contentieux se situe alors sur le sens que l'on donne aux termes « demande instamment ». Toutefois, en ce qui concerne les États parties, y compris le Tchad et le Malawi donc, la question de la portée obligatoire qu'il faut octroyer à cette expression ne se pose pas. En effet, comme la résolution rappelle que « le Statut de Rome n'impose aucune obligation aux États qui n'y sont pas parties », elle rappelle *a contrario* aux États parties qu'ils ont bien, eux, cette obligation en vertu du Statut. La résolution se fait donc explicitement le relai de l'obligation de coopération des États parties, qui ne trouve par conséquent plus uniquement sa source dans le Statut mais aussi dans la résolution 1593 et, partant, dans la Charte des Nations Unies. À ce moment-là, par le biais de l'application de l'article 103 — combiné à l'article 25 — de la Charte, l'obligation de coopération avec la CPI acquiert une préséance sur l'obligation de non-coopération découlant des décisions l'UA. Concrètement, dans le cas du Malawi et du Tchad, une telle interprétation les empêcherait de se prévaloir des décisions de l'Union pour justifier leur refus de coopérer avec la Cour pour l'arrestation du Président soudanais.

La même solution ne pourrait cependant pas être adoptée *mutatis mutandis* dans une situation où c'est un État non partie qui aurait refusé de coopérer. De fait, comme susmentionné, les termes de la résolution ne peuvent être considérés comme indiquant clairement que les États tiers au Statut ont également une obligation de coopérer en vertu de la résolution. Comme l'a souligné la CIJ dans l'avis consultatif sur le *Sud-Ouest Africain*, pour déterminer la portée de la résolution il faudrait tenir compte, au-delà de ses termes, « des débats qui ont précédé son adoption, des dispositions de la Charte invoquées et en général de tous les éléments qui pourraient aider à préciser les consé-

(175) Résolution 1593 (2005), § 2; nous soulignons. Il est à noter que la résolution déférant la situation de la Libye à la C.P.I. contient une clause rédigée de manière similaire : Résolution 1970 (2011), § 5.

(176) Voy. not. : la déclaration des États-Unis et du Costa Rica lors de la 6230^e séance du Conseil de sécurité, 4 décembre 2009, S/PV.6430, pp. 7 et 13. Voy. également la déclaration du Président du Conseil de sécurité du 16 juin 2008, S/PRST/2008/21 : Rapports du Secrétaire général sur le Soudan, dernier paragraphe.

(177) En ce sens : Ch. JALLOH, D. AKANDE et M. DU PLESSIS, « Assessing the African Union concerns about Article 16 of the Rome Statute of the International Criminal Court », *loc. cit.*, p. 25.



quences juridiques de la résolution» (178) ou encore, comme cela a récemment été fait dans le cadre de l'avis sur l'indépendance du Kosovo, déterminer le but et l'objet de la résolution (179). Cependant, ces considérations allant au-delà du débat engagé dans le cadre des décisions du 13 décembre 2011, nous nous abstenons d'en faire état dans le cadre de la présente étude.

CONCLUSION

Si le Statut de Rome a été accueilli avec un enthousiasme certain et dans un climat idéaliste comme un aboutissement des desseins humanistes et humanisant de la communauté internationale, l'affaire *Al Bashir* démontre que si la Cour exerce ses compétences en dehors du canevas de convenance des États, cet idéalisme plie face à la *realpolitik* internationale.

Pour reprendre la célèbre allégorie d'Antonio Cassese, sans la coopération — et donc la volonté politique des États —, la justice pénale internationale n'est qu'un géant sans bras ni jambes qui ne peut ni agir, ni avancer. Nous avons vu que, par son attitude, l'Union Africaine a tenté d'amputer la Cour de ses membres et de couper l'exercice de ses fonctions. Il est intéressant de noter que, pour ce faire, elle a utilisé et manié les outils et mécanismes internes au Statut, ce qui témoigne accessoirement d'une certaine reconnaissance de la Cour. La crispation de l'UA face à la CPI s'est, dès la requête de l'accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt contre Al Bashir, exprimée par la recherche de la suspension des poursuites par l'entremise du Conseil de sécurité et des pouvoirs qui lui sont conférés en vertu de l'article 16 du Statut de la Cour, parallèlement à la négation pure et simple de la compétence de la Cour sur base de l'immunité du Président soudanais. Nous avons vu que le premier argument n'était pas dénué de pertinence mais dépendait *in fine* de la volonté politique des États tandis que le second relevait de l'élucubration juridique. L'échec de ces argumentaires n'a fait que polariser la position de l'Union Africaine qui, à partir de 2009, a ordonné à ses membres de ne plus coopérer avec la Cour. Cet appel a été entendu et a trouvé une application concrète avec le refus du Malawi et du Tchad, notamment, d'arrêter le Président soudanais. Dans ce cadre, nous avons démontré que ce refus était tout à fait justifié au regard de l'article 98, § 1^{er} du Statut et que c'est la volonté férue de la Cour de ne pas voir cette disposition appliquée qui est, cette fois,

(178) C.I.J., «Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest Africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif», 21 juin 1971, *C.I.J. Recueil 1971*, p. 53, § 114. Sur les principes d'interprétation applicables aux résolutions du Conseil de sécurité voy. : R. HIGGINS, «The Advisory Opinion on Namibia: Which UN Resolutions Are Binding under Article 25 of the Charter?», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 21, n° 2, 1972, pp. 270-286; M. WOOD, «The Interpretation of Security Council Resolutions», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 1998, pp. 73-95.

(179) C.I.J., «Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo», avis consultatif, 22 juillet 2010, p. 35, § 96.



peu convaincante. En revanche, ce refus ne pourrait se fonder à proprement parler sur la décision de l'UA, l'obligation de coopération découlant de la résolution 1593 (2005) ayant la préséance.

Quelle que soit la pertinence des arguments avancés par l'Union, force est de constater que celle-ci a effectivement réussi à compliquer le travail de la Cour pénale internationale. Alors que d'autres États parties au Statut avaient déjà refusé d'arrêter le Président Al Bashir, l'utilisation explicite, pour la première fois, de l'article 87, § 7 du Statut révèle le durcissement de la CPI à l'égard des États africains. La décision de la Cour a été signifiée à l'Assemblée des États parties dès le 13 décembre 2011 (180) et au Conseil de sécurité le 9 janvier 2012 (181). Reste à voir si, et dans quelle mesure, ces organes décideront d'agir à l'encontre des deux États récalcitrants et vers quel côté de la table l'empoignade entre l'UA et la CPI vacillera.

(180) C.P.I., Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Rapport du Greffe relatif à la transmission de la « 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 », 13 janvier 2012, p. 4.

(181) CSONU, Lettre datée du 6 janvier 2012, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Secrétaire général, Annexe, 9 janvier 2012, S/2012/9.

