



Original : anglais

N° : ICC-02/05-01/09

Date : 6 juillet 2017

LA CHAMBRE PRÉLIMINAIRE II

**Composée comme suit : M. le juge Cuno Tarfusser, juge président
M. le juge Marc Perrin de Brichambaut
M. le juge Chang-ho Chung**

SITUATION AU DARFOUR (SOUDAN)

AFFAIRE *LE PROCUREUR c. OMAR HASSAN AHMAD AL-BASHIR*

Public

**Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome
concernant la non-exécution par l'Afrique du Sud de la demande que lui avait
adressée la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise d'Omar Al-Bashir**

Décision à notifier, conformément à la norme 31 du Règlement de la Cour, aux destinataires suivants :

Le Bureau du Procureur

Mme Fatou Bensouda
M. James Stewart

Le conseil de la Défense

Les représentants légaux des victimes

Les représentants légaux des demandeurs

Les victimes non représentées

**Les demandeurs non représentés
(participation/réparations)**

Le Bureau du conseil public pour les victimes

Le Bureau du conseil public pour la Défense

Les représentants des États

Les autorités compétentes de la République sud-africaine

Autres

L'Organisation des Nations Unies
Le Secrétariat de l'Assemblée des États parties au Statut de Rome

GREFFE

Le Greffier

M. Herman von Hebel

La Section d'appui aux conseils

La Section de l'aide aux victimes et aux témoins

La Section de la détention

La Section de la participation des victimes et des réparations

Autres

I. Contexte et rappel de la procédure.....	4
A. Procédure intentée contre Omar Al Bashir devant la Cour.....	4
B. Visite d’Omar Al-Bashir en Afrique du Sud entre le 13 et le 15 juin 2015.....	5
C. Procédure en vertu de l’article 87-7 du Statut et de la norme 109 du Règlement de la Cour..	7
II. Arguments des participants.....	11
A. Arguments de l’Afrique du Sud.....	11
B. Autres arguments avancés dans le cadre de la présente procédure	17
1. Arguments du Procureur.....	17
2. Observations de la Belgique	21
3. Observations du Southern Africa Litigation Centre.....	22
III. Dispositions pertinentes du statut et du règlement de procédure et de preuve.....	22
IV. Analyse	25
A. L’Afrique du Sud a-t-elle refusé, contrairement à ce que prévoit le Statut, d’accéder à la demande d’arrestation et de remise d’Omar Al-Bashir	25
1. L’Afrique du Sud était-elle en droit de refuser d’exécuter la demande d’arrestation et de remise en invoquant l’immunité d’Omar Al Bashir ?.....	26
a) Fondement juridique de l’immunité d’Omar Al Bashir à l’époque considérée	26
b) Effet de l’article 27-2 du Statut sur les immunités fondées sur la qualité officielle	28
c) Effet de la résolution 1593 (2005) du Conseil de sécurité	32
d) Nature de l’article 98 du Statut et effet de cette disposition sur le devoir de coopération des États parties avec la Cour.....	36
e) Conclusion.....	39
2. L’Afrique du Sud était-elle en droit de refuser d’exécuter la demande d’arrestation et de remise en invoquant ses interactions avec la Cour en juin 2015 ?.....	41
3. Conclusion	46
B. Faut-il en référer à l’Assemblée des États parties et/ou au Conseil de sécurité ?.....	46
1. Interactions de l’Afrique du Sud avec la Cour concernant l’exécution de la demande de la Cour et la remise d’Omar Al-Bashir	48
2. Le renvoi du manquement de l’Afrique du Sud serait-il un moyen efficace d’encourager la coopération ?.....	52
3. Conclusion	55

La Chambre préliminaire II (« la Chambre ») de la Cour pénale internationale (« la Cour »), agissant en vertu de l'article 87-7 du Statut de Rome (« le Statut »), rend la présente décision relative à la non-exécution par la République sud-africaine (« l'Afrique du Sud ») de la demande d'arrestation et de remise d'Omar Hassan Ahmad Al-Bashir (« Omar Al-Bashir ») que lui avait adressée la Cour.

I. CONTEXTE ET RAPPEL DE LA PROCÉDURE

A. Procédure intentée contre Omar Al Bashir devant la Cour

1. Le 31 mars 2005, le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies (« le Conseil de sécurité »), agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, a adopté la résolution 1593 (2005), par laquelle il a déféré au Procureur de la Cour la situation au Darfour (Soudan) depuis le 1^{er} juillet 2002 et décidé que « le Gouvernement soudanais et toutes les autres parties au conflit au Darfour doivent coopérer pleinement avec la Cour et le Procureur et leur apporter toute l'assistance nécessaire¹ ».
2. Après enquête du Procureur sur la situation telle que déférée par le Conseil de sécurité, et sur requête du Procureur², la Chambre préliminaire I a délivré, le 4 mars 2009 et le 12 juillet 2010, deux mandats d'arrêt à l'encontre d'Omar Al-Bashir pour crimes de guerre, crimes contre l'humanité et génocide, tous crimes qui auraient été commis au Darfour de mars 2003 au 14 juillet 2008 au moins³.
3. Après la délivrance des deux mandats d'arrêt, la Cour, en vertu du Chapitre IX du Statut, a transmis aux États parties au Statut des demandes d'arrestation d'Omar

¹ S/RES/1593 (2005).

² ICC-02/05-151-US-Exp et annexes.

³ Mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 mars 2009, ICC-02/05-01/09-1-tFRA ; Deuxième Mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 12 juillet 2010, ICC-02/05-01/09-95-tFRA.

Al-Bashir et de remise de celui-ci à la Cour. L'Afrique du Sud s'est vue notifier les demandes le 5 mars 2009 et le 16 août 2010, respectivement⁴.

4. À ce jour, les mandats d'arrêt délivrés à l'encontre Omar Al-Bashir n'ont toujours pas été exécutés et, dans l'attente de sa comparution devant la Cour, la procédure qui le vise demeure à l'arrêt.

B. Visite d'Omar Al-Bashir en Afrique du Sud entre le 13 et le 15 juin 2015

5. En mai 2015, la Cour a été informée par voie de presse qu'Omar Al-Bashir avait l'intention de se rendre en Afrique du Sud pour assister au sommet de l'Union africaine qui devait se tenir à Johannesburg du lundi 7 juin au mardi 15 juin 2015 (« le sommet de l'Union africaine »).
6. Compte tenu des informations obtenues par voie de presse, le Greffier de la Cour a notifié le 28 mai 2015 aux autorités sud-africaines compétentes une demande de coopération invitant l'Afrique du Sud i) à procéder à l'arrestation d'Omar Al Bashir et à la remise de celui-ci à la Cour dans l'éventualité où il pénétrerait sur le territoire sud-africain, conformément aux articles 86 et 89 du Statut ; et, en cas de problème qui pourrait gêner ou empêcher l'exécution de la demande de coopération, ii) à consulter la Cour sans tarder afin de régler la question⁵.
7. Le jeudi 11 juin 2015, l'ambassade d'Afrique du Sud aux Pays-Bas a pris contact avec le Greffe en vue de l'organisation d'une réunion urgente entre le Greffier, le conseiller juridique en chef du Gouvernement de la République sud-africaine (*Chief State Law Adviser*) et une délégation de l'ambassade à 17 heures le lendemain, pour entamer les consultations prévues à l'article 97 du Statut⁶. Le Greffe a fait savoir à

⁴ Voir références dans ICC-02/05-01/09-239-Conf-Anx1.

⁵ ICC-02/05-01/09-239-Conf-Anx1.

⁶ ICC-02/05-01/09-239-Conf, par. 3.

l'ambassade d'Afrique du Sud qu'il demanderait des instructions à la Chambre et reviendrait vers elle dès que possible⁷.

8. Le lendemain matin – le vendredi 12 juin 2015 – la Chambre a été informée que l'Afrique du Sud demandait la tenue d'une réunion de consultation avec la Cour à 17 heures le même jour⁸.
9. Après que le Procureur eut répondu à la demande de l'Afrique du Sud⁹ et que le Greffe eut transmis des informations supplémentaires sur la teneur des consultations souhaitées par l'Afrique du Sud, il a été décidé de tenir la réunion à l'heure proposée par l'Afrique du Sud, sous la présidence du juge Cuno Tarfusser, juge président de la Chambre, et en présence de représentants de l'Afrique du Sud, du Greffe et du Bureau du Procureur. Cette réunion s'est tenue le vendredi 12 juin 2015 à 17 heures¹⁰.
10. Lors de cette réunion, le juge président a notamment souligné i) que toutes les questions soulevées par l'Afrique du Sud avaient déjà été tranchées par la Cour, et ii) que les consultations n'avaient aucun effet suspensif sur les obligations de coopération avec la Cour et d'arrestation et de remise d'Omar Al-Bashir à la Cour, telles qu'elles incombent toujours à l'Afrique du Sud au vu du Statut.
11. Le lendemain, samedi 13 juin 2015, Omar Al-Bashir entra sur le territoire de la République sud-africaine.
12. Dans la journée, le conseiller juridique en chef de la République sud-africaine a rencontré, séparément, des représentants du Greffe de la Cour et des représentants du Bureau du Procureur¹¹.

⁷ Ibid., par. 4.

⁸ Id.

⁹ ICC-02/05-01/09-240.

¹⁰ Voir les transcriptions de cette réunion, ICC-02/05-01/09-243-Anx2.

¹¹ ICC-02/05-01/09-243, par. 3 et 4.

13. Dans la soirée, le Procureur a saisi la Chambre d'une requête urgente aux fins que le juge président clarifie, par voie d'ordonnance, i) qu'aucune ambiguïté ne subsistait sur l'obligation de l'Afrique du Sud d'arrêter immédiatement Omar Al-Bashir et de le remettre à la Cour, ii) que des considérations de droit national ne sauraient ni annuler ni modifier les obligations que le Statut impose à l'Afrique du Sud ; et iii) que l'obligation pour l'Afrique du Sud d'arrêter Omar Al-Bashir et de le remettre immédiatement à la Cour ne pouvait faire l'objet d'aucun retard, sursis ou suspension¹².
14. Plus tard dans la soirée du samedi 13 juin 2015, le juge président a rejeté la requête du Procureur, en indiquant que la position de la Cour — à savoir que l'Afrique du Sud avait l'obligation d'arrêter Omar Al-Bashir et de le remettre à la Cour — avait déjà été exprimée de façon suffisamment claire et qu'il n'était pas nécessaire de la rappeler ni de la préciser davantage¹³.
15. Omar Al-Bashir a quitté le territoire de la République sud-africaine dans la matinée du lundi 15 juin 2015.
16. Malgré la demande de coopération de la Cour, l'Afrique du Sud n'a pas procédé à l'arrestation d'Omar Al-Bashir lorsqu'il se trouvait sur son territoire entre le 13 et le 15 juin 2015 et ne le lui a pas remis.

C. Procédure en vertu de l'article 87-7 du Statut et de la norme 109 du Règlement de la Cour

17. Le 4 septembre 2015, la Chambre a jugé que les faits relatés plus haut justifiaient l'ouverture d'une procédure du type visé à l'article 87-7 du Statut et, conformément à la norme 109 du Règlement de la Cour, elle a demandé aux autorités sud-africaines

¹² ICC-02/05-01/09-241.

¹³ *Decision following the Prosecutor's request for an order further clarifying that the Republic of South Africa is under the obligation to immediately arrest and surrender Omar Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-242.

compétentes de lui présenter « [TRADUCTION] leurs vues sur les circonstances de la présence d'Omar Al-Bashir au sommet de l'Union africaine à Johannesburg les 13, 14 et 15 juin 2015, et, en particulier, sur le fait qu'elles n'avaient pas procédé à l'arrestation et à la remise de l'intéressé, afin de prendre la décision visée à l'article 87-7 du Statut¹⁴ ». La Chambre a fixé au 5 octobre 2015 la date limite de présentation de ces vues.

18. Le 15 octobre 2015, à la demande de l'Afrique du Sud, la Chambre a décidé de repousser cette date¹⁵ « [TRADUCTION] jusqu'au moment où seraient achevées les procédures judiciaires en cours devant les juridictions sud-africaines¹⁶ ». En outre, elle a ordonné « [TRADUCTION] aux autorités sud-africaines compétentes de lui signaler sans attendre tout fait nouveau qui surviendrait dans le cadre des procédures judiciaires nationales en question¹⁷ ».
19. Se conformant à la décision de la Chambre, l'Afrique du Sud a présenté trois rapports sur l'état d'avancement des procédures judiciaires nationales en cours, respectivement le 21 décembre 2015¹⁸, le 24 décembre 2015¹⁹ et le 4 mai 2016²⁰.
20. Le 30 novembre 2016, le Greffier a versé au dossier de l'affaire une note verbale datée du 21 novembre 2016, adressée par l'Afrique du Sud au Secrétariat de l'Assemblée des États parties²¹. Dans cette note, il était dit que « [TRADUCTION] les procédures devant les tribunaux nationaux [étaient] désormais arrivées à leur terme » et que « [TRADUCTION] l'Afrique du Sud [allait] présenter ses vues et ses observations

¹⁴ *Order requesting submissions from the Republic of South Africa for the purposes of proceedings under article 87(7) of the Rome Statute*, ICC-02/05-01/09-247.

¹⁵ ICC-02/05-01/09-248 et ICC-02/05-01/09-248-AnxI.

¹⁶ *Decision on the request of the Republic of South Africa for an extension of the time limit for submitting their views for the purposes of proceedings under article 87(7) of the Rome Statute*, ICC-02/05-01/09-249, p. 6.

¹⁷ Id.

¹⁸ ICC-02/05-01/09-256 et ICC-02/05-01/09-256-Anx.

¹⁹ ICC-02/05-02/09-257.

²⁰ ICC-02/05-01/09-258 et ICC-02/05-01/09-258-Anx.

²¹ ICC-02/05-01/09-273-Anx1.

aux fins de la procédure prévue à l'article 87-7 »²². À cet égard, l'Afrique du Sud a demandé à la Cour de « [TRADUCTION] l'informer sur les règles et procédures qui régiraient la présentation de telles vues et observations dans le cadre de l'article 87-7²³ ».

21. Le 8 décembre 2016, la Chambre a décidé de tenir une audience aux fins d'entendre les arguments de fait ou de droit concernant les questions faisant l'objet de la présente procédure relevant de l'article 87-7 du Statut et de la norme 109 du Règlement de la Cour, en particulier les questions suivantes :

- i) l'Afrique du Sud a-t-elle manqué aux obligations que lui impose le Statut en n'arrêtant pas Omar Al-Bashir lorsqu'il se trouvait sur le territoire sud-africain et en ne le remettant pas à la Cour, et ce, alors que la Cour lui avait adressé une demande en ce sens comme prévu aux articles 87 et 89 du Statut ? et, dans l'affirmative,
- ii) les circonstances étaient-elles de nature à justifier que la Cour prenne formellement acte du manquement de l'Afrique du Sud à ses obligations et en réfère à l'Assemblée des États parties et/ou au Conseil de sécurité, comme prévu à l'article 87-7 du Statut ?²⁴

22. Outre les représentants de l'Afrique du Sud, la Chambre a invité à l'audience le Procureur de la Cour et des représentants de l'ONU²⁵. Faisant observer que les participants à la présente procédure n'étaient pas les mêmes que les participants à la procédure sur le fond en l'espèce, la Chambre a ultérieurement expliqué ce qui suit :

²² Ibid., p. 4.

²³ Ibid., p. 5.

²⁴ Décision portant convocation d'une audience publique aux fins de prise de décision relativement à la République sud-africaine en application de l'article 87-7 du Statut, ICC-02/05-01/09-274-tFRA, par. 15.

²⁵ Ibid., par. 14.

[TRADUCTION] L’Afrique du Sud, qui a le droit d’être entendue conformément à la norme 109 du Règlement de la Cour, est le seul participant indispensable. Au-delà, la Chambre a également souhaité la présence du Procureur, la demande qu’il avait présentée en vertu de l’article 58 du Statut étant à l’origine des mandats d’arrêt délivrés à l’encontre d’Omar Al Bashir, ainsi que celle de l’ONU, le Procureur ayant ouvert une enquête sur la situation au Darfour (Soudan) après que le Conseil de sécurité la lui eut déférée. La participation du Procureur et de l’ONU à l’audience n’est pas justifiée de droit mais souhaitée par la Chambre, celle-ci estimant qu’ils pourraient présenter des observations utiles dans le cadre de cet examen²⁶.

23. Dans sa réponse à l’invitation, l’ONU a indiqué qu’elle n’enverrait pas de représentant à l’audience et ne soumettrait pas d’observations écrites à l’examen de la Chambre²⁷.
24. Comme autorisé par la Chambre, des observations écrites préalables à l’audience ont été déposées le 17 mars 2017 par le Bureau du Procureur²⁸ et l’Afrique du Sud²⁹.
25. De plus, la Chambre a reçu des observations écrites de la part du Royaume de Belgique (« la Belgique »)³⁰ et du Southern Africa Litigation Centre³¹.
26. Lors de l’audience publique qui s’est tenue le 7 avril 2017 devant la Chambre³², des représentants de l’Afrique du sud et du Bureau du Procureur ont présenté leurs arguments de fait et de droit sur les questions à l’examen.

²⁶ *Decision on the ‘Request to present views and concerns in 7 April 2017 public hearing for the purposes of a determination under article 87(7) of the Statute with respect to the Republic of South Africa’, 9 mars 2017, ICC-02/05-01/09-286, par. 6.*

²⁷ ICC-02/05-01/09-282-Anx.

²⁸ ICC-02/05-01/09-289.

²⁹ ICC-02/05-01/09-290.

³⁰ ICC-02/05-01/09-277-Anx (aussi disponibles en anglais sous la cote ICC-02/05-01/09-277-Anx-tENG).

³¹ ICC-02/05-01/09-288.

³² ICC-02/05-01/09-T-2-ENG.

II. ARGUMENTS DES PARTICIPANTS

A. Arguments de l'Afrique du Sud

27. À l'audience, l'Afrique du Sud a soutenu tout d'abord que trois erreurs fondamentales étaient survenues lors de la conduite des consultations menées au titre de l'article 97 en juin 2015 : i) sa demande de consultations, tout comme les consultations elles-mêmes, n'avait pas reçu le traitement adéquat ; ii) sa demande était passée par un processus quasi judiciaire plutôt que diplomatique et politique ; et iii) aucune règle applicable aux consultations à mener au titre de l'article 97 du Statut n'était disponible³³.
28. Dans les observations écrites qu'elle avait déposées préalablement à l'audience, l'Afrique du Sud a présenté des arguments plus détaillés à ce sujet. Selon elle, il était « [TRADUCTION] inapproprié et inacceptable » que la Cour ne tienne pas compte du fait que « [TRADUCTION] l'ambassadeur sud-africain avait spécifiquement pour mandat de demander des consultations, ayant de plus clairement indiqué qu'il n'était pas mandaté pour représenter le Gouvernement dans le cadre de consultations ou de procédures devant la Cour »³⁴. L'Afrique du Sud a affirmé qu'elle s'était vu nier la possibilité d'être adéquatement représentée lors des consultations et, qu'en l'absence de règles de procédure applicables dans le contexte de l'article 97 du Statut, la Cour « [TRADUCTION] aurait plutôt dû pécher par excès de précaution dans son traitement de la demande³⁵ ».
29. À l'audience, l'Afrique du Sud a souligné que la présente procédure diffère de celle récemment menée à terme en Afrique du Sud sur un sujet très similaire, et que la question soumise à l'examen de la Chambre n'est pas de savoir si l'Afrique du Sud

³³ Ibid., p. 10, ligne 21, à p. 11, ligne 17.

³⁴ ICC-02/05-01/09-290, par. 40.

³⁵ Ibid., par. 47 et 48.

avait manqué à ses obligations légales au regard du droit national sud-africain, mais si elle avait manqué aux obligations que lui font le Statut de Rome et le droit international en général³⁶.

30. Sur la question de savoir si elle était obligée d'arrêter Omar Al-Bashir et de le remettre à la Cour, l'Afrique du Sud a soutenu que le fait que la présente Chambre avait précédemment statué d'une certaine manière ne pouvait être concluant, notamment parce que la Chambre d'appel n'avait pas encore statué en la matière³⁷. L'Afrique du Sud a soutenu qu'en dépit de précédents en la matière, « [TRADUCTION] une règle élémentaire et des plus fondamentales veut que chaque affaire soit examinée sur la base de ses propres circonstances et que chaque partie à l'affaire soit autorisée à présenter ses propres arguments³⁸ ».
31. L'Afrique du Sud a également rejeté l'idée qu'aucune ambiguïté ni incertitude ne subsistait concernant son obligation d'arrêter Omar Al-Bashir et de le remettre à la Cour, et elle a affirmé que les décisions rendues précédemment par la Cour sur cette question ne revêtaient pas un caractère uniforme³⁹. Elle a contesté les décisions rendues par la Chambre préliminaire I concernant les refus respectifs de la République du Malawi et de la République du Tchad en soutenant que ces décisions confondaient à tort l'existence de la compétence d'une juridiction internationale avec l'absence d'immunités devant les juridictions nationales⁴⁰. Elle a par ailleurs contesté

³⁶ ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 13, lignes 4 à 10.

³⁷ Ibid., p. 17, lignes 4 à 6.

³⁸ Ibid., p. 17, lignes 14 à 17.

³⁹ Ibid., p. 19, lignes 1 à 4 ; voir aussi ICC-02/05-01/09-290, par. 38 et 70.

⁴⁰ Ibid., p. 23, ligne 21 à p. 25, ligne 7, faisant référence aux décisions suivantes : Chambre préliminaire I, 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, ICC-02/05-01/09-139-Corr-tFRA ; et 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, ICC-02/05-01/09-140.

la décision de la présente Chambre concernant le refus de la République démocratique du Congo en critiquant essentiellement le défaut de motivation de sa principale conclusion, à savoir que la résolution 1593 (2005) du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies emportait levée de l'immunité d'Omar Al-Bashir⁴¹. Dans ses observations écrites, l'Afrique du Sud a ajouté qu'il n'était pas certain que le Conseil de sécurité avait le pouvoir de lever les immunités de chefs d'État⁴².

32. En substance, la position exprimée par l'Afrique du Sud à l'audience consiste à dire qu'en vertu du droit international coutumier, Omar Al-Bashir bénéficie d'une immunité contre les poursuites pénales, y compris l'arrestation ; que comme cette immunité n'avait pas été levée par le Soudan ou autrement, l'article 98-1 du Statut empêchait la Cour de solliciter l'arrestation et la remise de l'intéressé auprès de l'Afrique du Sud ; et que partant, celle-ci n'était pas tenue d'arrêter Omar Al-Bashir et de le remettre à la Cour⁴³.
33. Tout en indiquant à l'audience que l'immunité d'Omar Al-Bashir trouvait sa source dans le droit international coutumier⁴⁴, l'Afrique du Sud avait également affirmé, dans les observations écrites qu'elle avait déposées préalablement à l'audience, que l'article VIII-1 de l'Accord d'accueil qu'elle avait conclu avec l'Union africaine lui imposait de respecter les immunités d'Omar Al-Bashir⁴⁵.
34. Selon l'Afrique du Sud, la résolution 1593 (2005) ne peut pas être interprétée comme emportant levée de l'immunité d'Omar Al-Bashir en tant que chef d'État. Elle a affirmé que le sens ordinaire du paragraphe 2 de la résolution « [TRADUCTION]

⁴¹ ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 25, ligne 11 à p. 27, ligne 13 ; voir aussi ICC-02/05-01/09-290, par. 61 à 67, faisant référence à la décision suivante : Chambre préliminaire II, Décision relative à la coopération de la République démocratique du Congo concernant l'arrestation et la remise d'Omar Al Bashir à la Cour, 9 avril 2014, ICC-02/05-01/09-195-tFRA.

⁴² ICC-02/05-01/09-290, par. 85.

⁴³ ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 38, lignes 7 et 8 ; voir aussi ICC-02/05-01/09-290, par. 53, 71 à 74 et 101.

⁴⁴ Ibid., p. 18, lignes 10 à 12.

⁴⁵ Ibid., par. 75 à 80.

tend à montrer qu'il ne porte pas du tout sur les immunités⁴⁶ ». Elle a ajouté que même à accepter que ledit paragraphe traite bien d'immunités, son sens ordinaire suggérerait que le Soudan serait obligé de lever les immunités et que tout manquement à cette obligation serait une question à régler entre le Soudan et le Conseil de sécurité⁴⁷. Toute autre interprétation reviendrait selon l'Afrique du Sud à « [TRADUCTION] faire porter à des États distincts la responsabilité du Conseil de sécurité d'agir contre le Soudan en cas de manquement par celui-ci à ses obligations⁴⁸ ». Dans ce contexte, l'Afrique du Sud a évoqué la possibilité que le Soudan la tienne responsable d'une atteinte à ses prérogatives en droit international⁴⁹.

35. L'Afrique du Sud a soutenu en outre que rien dans le contexte de la résolution 1593 (2005) du Conseil de sécurité ne suggérerait une levée d'immunité. Elle a affirmé qu'au contraire, il découle du paragraphe 3 de la résolution — invitant la Cour et l'Union africaine à examiner ensemble des modalités pratiques susceptibles de faciliter les travaux du Procureur et de la Cour — que la Cour ne peut pas unilatéralement déterminer que la résolution emporte levée des immunités⁵⁰. Faisant référence au paragraphe 6 de la résolution, elle a ajouté que dans la mesure où le Conseil de sécurité a souhaité s'écarter des règles du droit international dans cette résolution, c'est de manière explicite qu'il l'a fait⁵¹.

36. Pour ce qui est de l'objet et du but de la résolution 1593 (2005), l'Afrique du sud a avancé ce qui suit : « [TRADUCTION] une lecture globale de la résolution montre que celle-ci présente de multiples aspects et que la compétence de la CPI n'est que l'un des rouages de la stratégie du Conseil de sécurité. Si l'on regarde la résolution

⁴⁶ Ibid., p. 28, lignes 22 à 24 ; voir aussi ICC-02/05-01/09-290, par. 86.1.

⁴⁷ ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 29, ligne 17 à p. 30, ligne 4.

⁴⁸ Ibid., p. 30, lignes 5 à 7.

⁴⁹ Ibid., p. 30, lignes 9 à 22.

⁵⁰ Ibid., p. 32, lignes 5 à 14.

⁵¹ Ibid., p. 32, ligne 15 à p. 33, ligne 6.

dans son ensemble, on comprend que la compétence n'est pas censée être assurée à tout prix⁵² ». L'Afrique du Sud a également soutenu que la résolution 1593 (2005) devrait, dans la mesure du possible, être interprétée conformément à l'état actuel du droit international, et notamment au droit des immunités⁵³. À l'appui de l'argument selon lequel toute levée d'immunité devrait être explicite, l'Afrique du Sud a également fait référence à l'article 32-2 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et, de manière générale, aux « [TRADUCTION] résolutions sur la piraterie et le terrorisme⁵⁴ ».

37. L'Afrique du Sud a également plaidé pour que la résolution 1593 (2005) soit interprétée à la lumière de la pratique ultérieure. Elle a avancé que les pays membres du Conseil de sécurité n'avaient jamais soutenu que la résolution 1593 (2005) emporte levée de l'immunité d'Omar Al-Bashir et, séparément, que des États parties au Statut avaient déjà accueilli l'intéressé sans l'arrêter⁵⁵. Un argument similaire avait été avancé dans les observations écrites, à savoir que « [TRADUCTION] si le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies entendait lever l'immunité, il aurait pu éclaircir la situation en adoptant une autre résolution⁵⁶ ». De l'avis de l'Afrique du Sud, le refus du Conseil de sécurité de surseoir aux procédures en vertu de l'article 16 du Statut n'est pas pertinent, car il ne se rapporte pas à l'immunité d'Omar Al-Bashir mais à « [TRADUCTION] la problématique paix contre justice »⁵⁷.

38. À l'audience, l'Afrique du Sud a aussi contesté l'idée que l'immunité d'Omar Al-Bashir ne pouvait pas être invoquée parce que l'ensemble du Statut, y compris l'article 27-2, s'applique à la situation au Darfour à cause de la résolution 1593 (2005) du Conseil de sécurité. Elle a soutenu que si le Conseil de sécurité avait rendu le

⁵² Ibid., p. 33, lignes 7 à 11.

⁵³ Ibid., p. 33, ligne 25 à p. 34, ligne 7 ; voir aussi ICC-02/05-01/09-290, par. 86.2 et 88.

⁵⁴ ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 34, ligne 22, à p. 35, ligne 8 ; voir aussi ICC-02/05-01/09-290, par. 87.

⁵⁵ ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 35, ligne 12 à p. 36, ligne 1.

⁵⁶ ICC-02/05-01/09-290, par. 90.

⁵⁷ ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 84, lignes 24 et 25.

Statut applicable au Soudan, cela comprendrait l'article 98, et que l'article 27-2 s'applique uniquement à l'immunité de juridiction devant la Cour⁵⁸.

39. L'Afrique du Sud a avancé, à titre subsidiaire, que si la Chambre venait à conclure qu'elle avait manqué à ses obligations, un renvoi au Conseil de sécurité et/ou à l'Assemblée des États parties ne serait pas justifié, car il ne servirait qu'à présenter l'Afrique du Sud sous un mauvais jour et il ne l'inciterait pas à coopérer⁵⁹.
40. L'Afrique du Sud a également fait référence « [TRADUCTION] aux contextes politique et diplomatique », en soutenant ce qui suit : « [TRADUCTION] En tant qu'acteur de premier plan dans les efforts de paix, [elle] ne peut se désengager de l'Union africaine ou adopter une politique qui donnerait à penser [qu'elle] n'entend pas accueillir des chefs d'États de l'Union africaine »⁶⁰.
41. L'Afrique du Sud a de plus demandé à la Chambre « [TRADUCTION] de solliciter auprès du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies une interprétation faisant autorité de la résolution 1593, notamment en l'appelant à s'adresser à la Cour internationale de justice pour obtenir une opinion consultative comme prévu à l'article 96-1 de la Charte des Nations Unies⁶¹ ». À titre subsidiaire, l'Afrique du Sud a demandé à la Chambre qu'au cas où celle-ci prendrait acte d'un refus de coopération, elle l'autorise à interjeter appel auprès de la Chambre d'appel pour que cette dernière tranche la question de manière finale⁶².

⁵⁸ Ibid., p. 36, ligne 15 à p. 37, ligne 24 ; voir aussi ICC-02/05-01/09-290, par. 52.2.

⁵⁹ Ibid., p. 38, lignes 1 à 23.

⁶⁰ Ibid., p. 39, lignes 9 et 10 ; p. 40, lignes 5 et 6 ; voir aussi ICC-02/05-01/09-290, par. 17 à 24.

⁶¹ ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 40, lignes 18 à 21 ; voir aussi ICC-02/05-01/09-290, par. 94 et 103.

⁶² ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 40, lignes 22 à 25 ; voir aussi ICC-02/05-01/09-290, par. 104.

B. Autres arguments avancés dans le cadre de la présente procédure

1. Arguments du Procureur

42. À l'audience, le Procureur a avancé que l'Afrique du Sud était informée de son obligation d'arrêter Omar Al-Bashir et de le remettre à la Cour, qu'elle avait reconnu cette obligation jusqu'en juin 2015, et qu'elle avait eu la capacité de procéder à l'arrestation et à la remise mais avait choisi de n'en rien faire⁶³.
43. Concernant les consultations visées à l'article 97 du Statut, le Procureur a soutenu que le fait que les consultations ont été réclamées et tenues n'altère en rien ni ne suspend « [TRADUCTION] l'obligation préexistante, claire et continue d'exécuter les mandats d'arrêt⁶⁴ ». À son sens, « [TRADUCTION] dès lors que ces consultations avaient permis d'expliquer et de réaffirmer l'obligation pesant sur elle, l'Afrique du Sud aurait dû s'incliner, quand bien même elle n'était pas satisfaite de la manière dont [...] elles s'étaient déroulées⁶⁵ ». Le Procureur a également affirmé que la demande de consultation avait été faite tardivement, la présence d'Omar Al-Bashir au Sommet de l'Union africaine ayant été confirmée dès « [TRADUCTION] le début du mois de juin 2015 »⁶⁶.
44. Sur la question de l'immunité, le Procureur s'est dit d'avis que la décision que la Chambre avait rendue concernant le refus de la République démocratique du Congo faisait autorité sur la question à l'examen et qu'il n'y avait pas lieu d'en débattre à nouveau⁶⁷. Une fois cette réserve formulée, il a tout de même présenté des observations sur le fond.

⁶³ ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 43, lignes 1 à 3 ; voir aussi ICC-02/05-01/09-289, par. 57.

⁶⁴ ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 45, lignes 18 à 20.

⁶⁵ Ibid., p. 45, lignes 21 à 23 ; voir aussi ICC-02/05-01/09-289, par. 63.

⁶⁶ ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 47, lignes 1 à 5, faisant référence à ICC-02/05-01/09-289-AnxB ; voir aussi ICC-02/05-01/09-289, par. 81 à 86.

⁶⁷ ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 60, lignes 8 à 13 ; voir aussi ICC-02/05-01/09-289, par. 52.

45. Le Procureur a souligné à cet égard que l'obligation faite au Soudan de coopérer avec la Cour trouve sa source dans le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, mais qu'« [TRADUCTION] il va de soi que la Cour ne peut exercer sa compétence que conformément aux dispositions du Statut⁶⁸ ». Il a étayé cet argument par des références à l'article 13 du Statut et à l'article 17 de l'Accord négocié régissant les relations entre la Cour pénale internationale et l'Organisation des Nations Unies⁶⁹.
46. En réponse à l'argument de l'Afrique du Sud concernant la pratique subséquente du Conseil de sécurité, le Procureur a avancé ce qui suit : « [TRADUCTION] lorsqu'il a été saisi en vertu de l'article 16 du Statut de demandes de sursis et de suspension de l'affaire visant Omar Al-Bashir fondées notamment sur la qualité de chef d'État de ce dernier, le Conseil de sécurité les a déclinées » et « [TRADUCTION] tout indique que le Conseil de sécurité, devant lequel le Procureur se présente en personne tous les six mois en lui rappelant l'existence du mandat d'arrêt visant Omar Al-Bashir, ne voit aucune raison de s'ingérer dans l'exécution par la Cour de son mandat dans le cadre d'une affaire contre un chef d'État en exercice »⁷⁰. Le Procureur a interprété le paragraphe 6 de la résolution 1593 (2005) comme montrant que « [TRADUCTION] le Conseil de sécurité était conscient de la question des immunités, dont il a abordé l'un des aspects au paragraphe 6 [...], mais qu'il a choisi de ne pas la traiter dans le cadre des paragraphes 1 et 2, ce qui donne à penser qu'il ne souhaitait pas perturber l'application ordinaire du Statut de Rome au regard de la compétence de la Cour s'agissant du Darfour⁷¹ ». Il a ajouté que le Conseil de sécurité ne pouvait pas ignorer la pertinence que pouvait présenter la portée d'une future enquête ou procédure devant la Cour, étant donné que dans le préambule de la résolution, il avait pris note du rapport de la Commission internationale d'enquête, qui « [TRADUCTION] fait

⁶⁸ ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 65, lignes 11 à 15 ; voir aussi ICC-02/05-01/09-289, par. 111 à 117.

⁶⁹ ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 65, lignes 18 à 24 ; p. 66, lignes 15 à 21.

⁷⁰ Ibid., p. 67, lignes 14 à 22.

⁷¹ Ibid., p. 68, lignes 7 à 11.

référence au fait que les crimes identifiés par la Commission engageaient la responsabilité d'agents de l'État⁷² ».

47. Le Procureur a également évoqué le lien entre l'article 27-2 et l'article 98-1 du Statut, en soutenant que « [TRADUCTION] la Cour n'a pas à obtenir le consentement d'un État partie à la levée de l'immunité dont bénéficie l'un de ses responsables officiels dans le cadre de l'exécution d'une demande de remise par un autre État partie, parce que le consentement à l'exercice de la compétence de la Cour a déjà été donné. Autrement dit, l'acceptation de l'article 27-2 emporte levée de l'immunité⁷³ ».
48. À propos du Soudan, le Procureur a souligné qu'en lui demandant de « coopérer pleinement » avec la Cour, le Conseil de sécurité « [TRADUCTION] avait décidé que le Soudan devait donner effet à l'exercice de cette compétence en acceptant et honorant les devoirs de coopération nécessaires dans le cadre de l'exécution du mandat de la Cour⁷⁴ ». Pour le Procureur, la teneur du devoir de coopérer est régie par le Statut de Rome, la résolution 1593 (2005) ayant quant à elle pour effet de « [TRADUCTION] placer le Soudan dans une situation comparable à celle des États parties⁷⁵ ».
49. Partant de là, le Procureur a soutenu qu'« [TRADUCTION] un État partie requis n'est pas confronté à une obligation internationale contradictoire à l'égard d'un autre État partie si cet État tiers a accepté que l'immunité procédurale faisant obstacle à l'exercice de la compétence de la Cour ne s'applique pas, soit directement en devenant État partie, soit indirectement du fait de son devoir d'accepter et d'honorer les décisions du Conseil de sécurité⁷⁶ ». Le Procureur a avancé que par conséquent, il

⁷² Ibid., p. 68, lignes 12 à 20.

⁷³ Ibid., p. 70, lignes 3 à 11.

⁷⁴ Ibid., p. 70, ligne 24, à p. 71, ligne 2.

⁷⁵ Ibid., p. 71, lignes 5 à 12.

⁷⁶ Ibid., p. 71, lignes 17 à 22.

n’y avait en l’espèce « [TRADUCTION] aucune obligation contradictoire dans les rapports horizontaux entre l’Afrique du Sud et le Soudan⁷⁷ ».

50. Concernant toute immunité pouvant découler de l’accord d’accueil du Sommet de l’Union africaine en juin 2015, le Procureur a soutenu que la même logique s’appliquait : le paragraphe 2 de la résolution 1593 (2005) « [TRADUCTION] a levé toutes les immunités pouvant découler d’un accord international en vertu duquel le consentement d’un État d’envoi est nécessaire pour que soit remise à la Cour une personne relevant de cet État », au sens de l’article 98-2 du Statut⁷⁸.
51. Le Procureur a également déclaré qu’au regard de l’article 98-1 du Statut, même si les consultations auraient dû durer plus longtemps, l’Afrique du Sud « [TRADUCTION] avait refusé de se conformer au Statut en ne retenant pas Omar Al Bashir le temps que s’achèvent des consultations supplémentaires et que la présente Cour statue sur le fond⁷⁹ ».
52. Dans les observations écrites qu’il avait déposées préalablement à l’audience, le Procureur a aussi fait valoir que la règle 195 du Règlement de procédure et de preuve (« le Règlement ») confirme qu’il revient à la Cour de vérifier les conditions posées aux paragraphes 1 et 2 de l’article 98 du Statut, et que si elle juge qu’elles ne sont pas remplies, elle peut poursuivre l’exécution de la demande de coopération et l’État requis doit y accéder⁸⁰.
53. Le Procureur a demandé que la Chambre prenne formellement acte de la non-coopération, et en réfère au Conseil de sécurité et à l’Assemblée des États parties⁸¹. Un renvoi est selon lui nécessaire parce que la Cour a été empêchée

⁷⁷ Ibid., p. 71, lignes 24 et 25.

⁷⁸ Ibid., p. 78, lignes 11 à 13 ; voir aussi ICC-02/05-01/09-289, par. 119.

⁷⁹ ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 78, lignes 21 à 24.

⁸⁰ ICC-02/05-01/09-289, par. 60.

⁸¹ ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 81, lignes 22 à 24 ; voir aussi ICC-02/05-01/09-289, par. 124.

d'exercer les fonctions et les pouvoirs essentiels que lui confère le Statut et parce qu'il ferait la promotion de la coopération⁸².

2. Observations de la Belgique

54. Dans ses observations, la Belgique a spécifiquement abordé la question de la pertinence, sous le régime de l'article 98-1 du Statut, des immunités accordées aux représentants d'États assistant à des réunions diplomatiques organisées par des organisations internationales, présentes en nombre en Belgique⁸³. Elle a souligné que des représentants d'États invités à de telles réunions en Belgique bénéficient généralement d'une immunité internationale, accordée au bénéfice de ces organisations, non au profit de la Belgique⁸⁴. Pour la Belgique, la référence faite à « État tiers » dans l'article 98-1 du Statut doit être comprise comme couvrant non seulement les États non parties au Statut mais aussi tout autre sujet de droit international⁸⁵. Parallèlement, elle soutient que l'article 98-1 du Statut ne s'applique que pour régler un conflit potentiel entre l'obligation de coopérer avec la Cour et une obligation préexistante en matière d'immunité⁸⁶.
55. S'agissant plus spécifiquement de la situation considérée et de la résolution 1593 (2005), la Belgique avance que, contrairement à la levée implicite des immunités dont jouit Omar Al Bashir du fait de sa qualité de chef d'État, il n'y aurait pas de levée des immunités reconnues aux organisations internationales, la résolution ne créant pas pour les organisations internationales la même obligation de coopérer avec la Cour que celle faite au Soudan⁸⁷.

⁸² ICC-02/05-01/09-289, par. 101 à 106.

⁸³ ICC-02/05-01/09-277-Anx, p. 5.

⁸⁴ Id.

⁸⁵ Ibid., p. 6.

⁸⁶ Ibid., p. 7.

⁸⁷ Ibid., p. 8.

3. Observations du Southern Africa Litigation Centre

56. Dans ses observations, le Southern Africa Litigation Centre a évoqué quatre points distincts. Premièrement, il a exposé dans leurs grandes lignes les dispositions du droit sud-africain qu'il jugeait pertinentes à l'égard de la question considérée⁸⁸. Deuxièmement, il a donné sa propre lecture des faits pertinents se rapportant à la présence d'Omar Al-Bashir en Afrique du Sud et à sa non-arrestation par les autorités sud-africaines⁸⁹. Troisièmement, il a identifié certains documents et informations que l'Afrique du Sud devrait à son sens porter à la connaissance de la Chambre⁹⁰. Enfin, il a plaidé pour un constat de non-coopération et un renvoi de la question devant le Conseil de sécurité, en faisant également valoir que la Cour devrait « [TRADUCTION] clarifier la place de [l'immunité du chef d'État] à la lumière des articles 27 et 98 du Statut⁹¹ ».

III. DISPOSITIONS PERTINENTES DU STATUT ET DU RÈGLEMENT DE PROCÉDURE ET DE PREUVE

57. La décision de la Chambre repose pour l'essentiel sur l'article 27-2 du Statut (« Défaut de pertinence de la qualité officielle ») et l'article 98-1 du Statut (« Coopération en relation avec la renonciation à l'immunité et le consentement à la remise »), qui sont libellés comme suit :

Article 27-2

Les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne.

⁸⁸ ICC-02/05-01/09-288, par. 6 à 24.

⁸⁹ Ibid., par. 25 à 34.

⁹⁰ Ibid., par. 38 à 38.

⁹¹ Ibid., par. 39 à 45.

Article 98-1

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

58. La Chambre renvoie également à l'article 13 du Statut, qui dispose en ses parties pertinentes que :

La Cour peut exercer sa compétence à l'égard d'un crime visé à l'article 5, conformément aux dispositions du présent Statut :

[...]

b) Si une situation dans laquelle un ou plusieurs de ces crimes paraissent avoir été commis est déférée au Procureur par le Conseil de sécurité agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies ; [...].

59. D'autres dispositions du Chapitre IX du Statut (« Coopération internationale et assistance judiciaire ») sont également pertinentes, et en particulier les suivantes :

Article 86

Obligation générale de coopérer

Conformément aux dispositions du présent Statut, les États Parties coopèrent pleinement avec la Cour dans les enquêtes et poursuites qu'elle mène pour les crimes relevant de sa compétence.

Article 87

Demandes de coopération : dispositions générales

[...]

5. a) La Cour peut inviter tout État non partie au présent Statut à prêter son assistance au titre du présent chapitre sur la base d'un arrangement ad hoc ou d'un accord conclu avec cet État ou sur toute autre base appropriée.

b) Si, ayant conclu avec la Cour un arrangement ad hoc ou un accord, un État non partie au présent Statut n'apporte pas l'assistance qui lui est demandée en vertu de cet arrangement ou de cet accord, la Cour peut en informer l'Assemblée des États Parties, ou le Conseil de sécurité lorsque c'est celui-ci qui l'a saisie.

[...]

7. Si un État Partie n'accède pas à une demande de coopération de la Cour contrairement à ce que prévoit le présent Statut, et l'empêche ainsi d'exercer

les fonctions et les pouvoirs que lui confère le présent Statut, la Cour peut en prendre acte et en référer à l'Assemblée des États Parties ou au Conseil de sécurité lorsque c'est celui-ci qui l'a saisie.

Article 89

Remise de certaines personnes à la Cour

1. La Cour peut présenter à tout État sur le territoire duquel une personne est susceptible de se trouver une demande, accompagnée des pièces justificatives indiquées à l'article 91, tendant à ce que cette personne soit arrêtée et lui soit remise, et sollicite la coopération de cet État pour l'arrestation et la remise de la personne. Les États Parties répondent à toute demande d'arrestation et de remise conformément aux dispositions du présent chapitre et aux procédures prévues par leur législation nationale.

Article 97

Consultations

Lorsqu'un État Partie est saisi d'une demande au titre du présent chapitre et constate qu'elle soulève des difficultés qui pourraient en gêner ou en empêcher l'exécution, il consulte la Cour sans tarder en vue de régler la question. Ces difficultés peuvent prendre notamment les formes suivantes :

- a) Les informations ne sont pas suffisantes pour donner suite à la demande ;
- b) Dans le cas d'une demande de remise, la personne réclamée reste introuvable en dépit de tous les efforts, ou les recherches ont permis d'établir que la personne se trouvant dans l'État requis n'est manifestement pas celle que vise le mandat ; ou
- c) L'État requis serait contraint, pour donner suite à la demande sous sa forme actuelle, de violer une obligation conventionnelle qu'il a déjà à l'égard d'un autre État.

60. Enfin, la règle 195-1 — qui relève de la Section V du Chapitre 11 du Règlement, intitulée « Coopération au titre de l'article 98 » — a vocation à compléter l'article 98-1, en disposant ce qui suit :

Un État requis, qui fait savoir à la Cour qu'une demande de remise ou d'assistance soulève un problème d'exécution au regard de l'article 98, lui fournit tous les renseignements utiles pour l'aider dans l'application de l'article 98. Tout État tiers ou État d'envoi concerné peut fournir des renseignements supplémentaires pour aider la Cour.

IV. ANALYSE

61. L'article 87-7 du Statut permet à la Chambre de prendre formellement acte qu'un État n'a pas accédé à une demande de coopération contrairement à ce que prévoit le Statut et d'en référer à l'Assemblée des États parties ou au Conseil de sécurité lorsque le refus de coopération l'empêche d'exercer les fonctions et les pouvoirs que lui confère le Statut⁹². Il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire, non d'un impératif. En effet, comme l'a également souligné la Chambre d'appel, la Chambre est tenue d'évaluer les particularités de chaque situation pour déterminer la meilleure marche à suivre⁹³.
62. Partant, la Chambre examinera séparément et tour à tour les deux questions qui se distinguent en l'espèce : i) L'Afrique du Sud a-t-elle refusé, contrairement à ce que prévoit le Statut, d'accéder à la demande d'arrestation et de remise d'Omar Al-Bashir à la Cour ? ; et ii) Faut-il en référer à l'Assemblée des États parties et/ou au Conseil de sécurité ?

A. L'Afrique du Sud a-t-elle refusé, contrairement à ce que prévoit le Statut, d'accéder à la demande d'arrestation et de remise d'Omar Al-Bashir ?

63. Pour dire si l'Afrique du Sud a refusé, contrairement à ce que prévoit le Statut, d'accéder à la demande d'arrestation et de remise d'Omar Al-Bashir, la Chambre doit, sur la base des arguments présentés et des observations reçues, se pencher sur la question de savoir si l'Afrique du Sud était en droit de refuser d'exécuter la demande d'arrestation et de remise que lui avait adressée la Cour, en fondant ce refus sur deux motifs distincts, à savoir : i) l'immunité d'Omar Al-Bashir ; et/ou ii) ses interactions avec la Cour en juin 2015.

⁹² *Le Procureur c. Uhuru Muigai Kenyatta, Judgment on the Prosecutor's appeal against Trial Chamber V(B)'s 'Decision on Prosecution's application for a finding of non-compliance under Article 87(7) of the Statute', 19 août 2015, ICC-01/09-02/11-1032, par. 41 et 49.*

⁹³ *Ibid.*, par. 51 à 53.

1. L’Afrique du Sud était-elle en droit de refuser d’exécuter la demande d’arrestation et de remise en invoquant l’immunité d’Omar Al-Bashir ?

a) *Fondement juridique de l’immunité d’Omar Al-Bashir à l’époque considérée*

64. Pour répondre à la question de savoir si l’Afrique du Sud était tenue d’arrêter Omar Al-Bashir et de le remettre à la Cour lorsqu’il était sur son territoire en juin 2015 ou si elle était en droit de ne pas le faire en invoquant l’immunité de l’intéressé, il faut commencer par identifier le fondement juridique de cette immunité.
65. Pour l’Afrique du Sud, l’immunité d’Omar Al-Bashir à l’époque de sa visite en Afrique du Sud, en juin 2015, repose sur deux fondements juridiques distincts : le droit international coutumier (compte tenu de la qualité de chef d’État en exercice du Soudan), et l’accord conclu par l’Afrique du Sud avec l’Union africaine aux fins de l’accueil sur son territoire du sommet de l’Union africaine.
66. La Chambre n’est pas convaincue par le deuxième volet de l’argument, à savoir qu’Omar Al-Bashir bénéficiait pendant sa visite en Afrique du Sud en juin 2015 d’une immunité d’arrestation découlant de l’accord d’accueil du sommet de l’Union africaine à Johannesburg⁹⁴. L’Afrique du Sud se fonde sur l’article VII 1) de l’accord en question, qui dispose ce qui suit :

[TRADUCTION] Le Gouvernement accorde aux membres de la commission et aux fonctionnaires, et aux délégués et autres représentants d’organisations intergouvernementales participant aux réunions, les privilèges et immunités visés aux sections C et D, articles V et VI de la Convention générale sur les privilèges et immunités de l’OUA.

67. Indépendamment de toute autre considération au sujet de l’argument de l’Afrique du Sud, la Chambre estime qu’il suffit d’observer que vu son libellé, cette disposition

⁹⁴ *Agreement between the Republic of South Africa and the Commission of the African Union on the material and technical organization of the meetings of the 27th ordinary session of the Permanent Representatives Committee from 7 to 9 June 2015, the 27th ordinary session of the Executive Council from 10 to 12 June 2015 and the 25th ordinary session of the Assembly on 14 to 15 June 2015 in Pretoria (7 and 8 June 2015) and Johannesburg (10 to 15 June 2015), Republic of South Africa, ICC-02/05-01/09-290, p. 33 à 47.*

ne s'applique pas à Omar Al-Bashir et n'aurait donc pas pu lui conférer quelque immunité que ce soit. Omar Al-Bashir ne se trouvait pas sur le territoire sud-africain en juin 2015 en tant que membre ou fonctionnaire de la Commission de l'Union africaine ni en tant que délégué ou autre représentant d'une organisation intergouvernementale, mais en qualité de chef d'État du Soudan. Plus généralement, aucune disposition de l'accord d'accueil du sommet ne semble conférer une quelconque immunité d'arrestation à Omar Al-Bashir. Il s'ensuit qu'il est inutile d'examiner plus avant la question de l'immunité d'origine conventionnelle.

68. Il n'en va pas de même pour ce qui est du droit international coutumier. La Chambre relève que ce droit empêche les États d'exercer leur compétence pénale à l'égard des chefs d'autres États⁹⁵. Cette immunité protège le chef d'État contre tout acte d'autorité qui le gênerait dans l'exercice de ses fonctions⁹⁶. La Chambre n'a pu trouver aucune règle de droit international coutumier qui exclurait l'immunité des chefs d'État quand leur arrestation pour des crimes internationaux est demandée par un autre État, même lorsqu'elle est demandée pour le compte d'une juridiction internationale et, plus spécifiquement, de la présente Cour.
69. Il convient de souligner que la question soumise à l'examen de la Chambre dans le cadre de la présente procédure ne tourne pas autour de l'effet d'une quelconque immunité des chefs d'État sur l'exercice même par la Cour de sa compétence (lorsque celle-ci est déclenchée conformément au Statut). Et de fait, la validité générale de la procédure contre Omar Al-Bashir devant la Cour ou celle des mandats délivrés pour son arrestation n'ont pas été contestées.
70. La question à trancher consiste plutôt à se demander s'il existait, pour l'Afrique du Sud, un devoir d'exécuter la demande d'arrestation et de remise d'Omar Al-Bashir à

⁹⁵ Cour internationale de justice, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, 14 février 2002, C.I.J Recueil 2002, p. 3, par. 51.

⁹⁶ *Ibid.*, par. 54.

la Cour lorsque celui-ci était sur son territoire. Cette question se rapporte au droit applicable dans les rapports entre États, c'est-à-dire, dans le cas présent, entre l'Afrique du Sud, à qui la Cour a demandé de procéder à l'arrestation et à la remise d'Omar Al-Bashir, et le Soudan, dont Omar Al-Bashir est le chef d'État en exercice.

b) Effet de l'article 27-2 du Statut sur les immunités fondées sur la qualité officielle

71. Comme indiqué plus haut, le droit international coutumier offre aux chefs d'État une immunité contre l'arrestation par d'autres États. La Chambre doit donc déterminer si, et éventuellement dans quelles conditions, il peut être dérogé au régime général des immunités en droit international lorsque la Cour demande l'arrestation et la remise d'une personne jouissant des immunités s'attachant à la qualité de chef d'État. Cette analyse passe principalement par l'interprétation de l'article 27-2 du Statut et de son rapport avec l'article 98-1 du Statut.

72. L'article 27-2 du Statut dispose que :

Les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne.

73. L'Afrique du Sud a soutenu que cette disposition n'a pas d'effet sur les droits et les obligations des États vis-à-vis de la Cour (selon elle exclusivement régis par le Chapitre IX du Statut), mais qu'elle concerne uniquement la compétence de la Cour, en ce qu'elle permet de garantir que cette compétence ne soit pas écartée en présence d'une immunité ou de règles de procédure spéciales s'attachant à la qualité officielle d'une personne⁹⁷.

74. La Chambre n'est pas du même avis et estime que l'article 27-2 du Statut exclut également l'immunité des chefs d'État contre l'arrestation. Premièrement, elle

⁹⁷ Voir plus haut, par. 38.

considère que comme l'immunité d'arrestation empêcherait la Cour d'exercer sa compétence, le sens ordinaire de la clause générale d'exclusion figurant à l'article 27-2 du Statut englobe aussi cette immunité. Si les auteurs du Statut entendaient n'exclure qu'une catégorie restreinte d'immunités, ils l'auraient dit en termes clairs. Le libellé de cette disposition véhicule cependant une intention de globalité, incompatible avec l'idée qu'elle puisse exclure l'immunité des chefs d'État contre l'arrestation.

75. De plus, l'invocation, par des États parties au Statut de Rome, d'immunités ou de règles de procédure spéciales pour refuser de coopérer avec la Cour créerait, du moins pour les demandes d'arrestation et de remise de personnes visées par un mandat d'arrêt, un obstacle insurmontable quant à la capacité de la Cour d'exercer sa compétence. Pareille situation serait manifestement incompatible avec l'objet et le but de l'article 27-2 du Statut. En effet, la compétence de la Cour à l'égard de personnes présentant une qualité officielle — dont l'exercice dépend entièrement de l'exécution par les États parties des mandats d'arrêt et de l'appui qu'ils apportent à la conduite des enquêtes — serait réduite à un simple concept théorique si les États parties pouvaient refuser de coopérer avec la Cour en invoquant des immunités fondées sur la qualité officielle.
76. Cela dit, la Chambre considère que l'effet de l'article 27-2 du Statut tel qu'il vient d'être décrit concerne tant les relations verticales entre un État partie et la Cour que les relations horizontales, c'est-à-dire les relations interétatiques entre États parties au Statut.
77. En ce qui concerne les relations verticales, l'immunité reconnue à un État partie, y compris celle reconnue à son chef d'État, ne revêt aucune pertinence et ne saurait être invoquée pour justifier un refus d'arrêter et de remettre à la Cour une personne recherchée par celle-ci. En d'autres termes, conformément au Statut, un État partie

aurait le devoir d'arrêter et de remettre à la Cour son propre chef d'État si la Cour lui faisait parvenir une demande de coopération en ce sens.

78. Sur ce point, la Chambre rappelle qu'en droit international, les immunités fonctionnelles fondées sur la qualité officielle ne sont pas prévues pour le bénéfice d'une personne en particulier mais reposent sur la nécessité d'éviter toute ingérence d'un État dans le fonctionnement et la souveraineté d'un autre État. En ratifiant le Statut, les États parties ont en fait accepté d'ôter toute pertinence aux immunités fondées sur la qualité officielle, y compris aux immunités que le droit international pourrait leur reconnaître autrement. Outre la formulation de l'article 27-2 du Statut, c'est là un corollaire nécessaire de l'obligation générale faite aux États parties de donner effet aux demandes de coopération que leur adresse la Cour, sauf lorsque des exceptions sont explicitement prévues dans le Statut.
79. Deuxièmement, et de manière similaire, le même effet se fait aussi sentir dans les relations horizontales entre États parties : un État partie ne peut refuser d'arrêter et de remettre une personne au motif que cette personne bénéficierait d'immunités fondées sur la qualité officielle que lui accorde un autre État partie au Statut. En effet, tout comme les États parties ne peuvent refuser de coopérer avec la Cour en invoquant leurs « propres » immunités fondées sur la qualité officielle, ils ne peuvent invoquer ces mêmes immunités lorsque c'est un autre État partie qui doit assurer la coopération nécessaire à l'arrestation et à la remise. C'est là l'effet *inter partes* du Statut, un traité international.
80. Il en résulte qu'un État partie ne peut pas refuser d'accéder à une demande que lui adresse la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise du chef d'État d'un autre État partie, puisque la ratification du Statut de Rome rend inopérante toute éventuelle immunité vis-à-vis de la Cour. Le défaut de pertinence des immunités fondées sur la qualité officielle dans le cadre des procédures portées devant la Cour est un principe

de base consacré par le Statut, auquel les États parties ont souscrit en ratifiant volontairement le Statut.

81. Comme aucune immunité d'arrestation et de remise sur la base de la qualité officielle ne vaut dans le contexte des procédures devant la Cour dans des cas où cette immunité serait par ailleurs reconnue à un État partie au Statut de Rome, l'article 98-1 du Statut — dans le passage qu'il consacre aux situations où l'immunité des États ou l'immunité diplomatique peut empêcher l'arrestation et la remise d'une personne — est sans objet dans le cadre de l'application de l'article 27-2 du Statut. Aucune levée d'immunité n'est requise puisqu'il n'y a pas d'immunité à lever.
82. Il va sans dire que cela ne s'applique qu'aux États qui ont consenti à ce régime, et donc au premier chef aux États parties au Statut et aux États qui ont accepté la compétence de la Cour en vertu de l'article 12-3 du Statut. Les États qui ne sont pas parties au Statut n'ont en principe aucune obligation de coopérer avec la Cour et le défaut de pertinence des immunités fondées sur la qualité officielle, tel que consacré à l'article 27-2 du Statut, n'a aucun effet sur leurs prérogatives en droit international. Ils se voient quant à eux appliquer le régime prévu à l'article 98-1 du Statut. Aux termes de cette disposition, la Cour ne peut adresser à un État partie une demande d'arrestation et de remise (c'est-à-dire lui imposer un devoir de coopérer) qui le contraindrait à agir de façon incompatible avec les obligations que lui fait le droit international en matière d'immunité des États ou d'immunité diplomatique dans ses rapports avec un État non partie au Statut. Pour dire les choses plus simplement, à moins d'obtenir à l'avance la levée de l'immunité, la Cour ne peut en principe demander à un État partie d'arrêter le chef d'un État non partie au Statut et de le lui remettre.
83. La distinction fondamentale — comme toujours en matière de coopération avec la Cour — est donc celle à opérer entre États parties et États non parties au Statut. Cela étant, le Statut prévoit une situation particulière dans laquelle les obligations qu'il

défini peuvent s'imposer à un État non pas du fait de son acceptation du Statut, mais du fait de la Charte des Nations Unies et en vertu de celle-ci. C'est ce régime *sui generis* que va maintenant analyser la Chambre.

c) Effet de la résolution 1593 (2005) du Conseil de sécurité

84. En l'espèce, la compétence de la Cour a été déclenchée par la résolution 1593 (2005), par laquelle le Conseil de sécurité, agissant en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, a déféré au Procureur la situation au Darfour.
85. Dans le droit fil des décisions rendues par d'autres chambres de la présente Cour⁹⁸, la Chambre estime que l'effet d'une résolution du Conseil de sécurité déclenchant la compétence de la Cour sur le fondement de l'article 13-b du Statut consiste à rendre le Statut applicable dans son intégralité à la situation déferée. À cet égard, l'article 13 du Statut précise bien que la Cour exerce sa compétence « conformément aux dispositions du [...] Statut », et ce, quelle que soit la manière dont l'exercice de la compétence de la Cour a été déclenché dans la situation considérée. Dans le même ordre d'idées, l'article 1 du Statut dispose que « [l]a compétence et [le] fonctionnement [de la Cour] sont régis par les dispositions du [...] Statut », et l'article 21 impose à la Cour d'appliquer « en premier lieu », le Statut, les Éléments des crimes et le Règlement de procédure et de preuve.
86. Lorsque le Conseil de sécurité défère une situation à la Cour sur le fondement de l'article 13-b du Statut, il donne compétence à une juridiction permanente et indépendante, selon des paramètres bien définis. Le sens ordinaire du mot

⁹⁸ Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Saif Al-Islam Qadhafi et Abdullah Al-Senussi*, *Decision on the postponement of the execution of the request for surrender of Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to article 95 of the Rome Statute*, 1^{er} juin 2012, ICC-01/11-01/11-163, par. 28 et 29 ; Chambre de première instance IV, *Le Procureur c. Abdallah Banda Abakaer Nourain et Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, *Decision on 'Defence Application pursuant to articles 57(3)(b) & 64(6)(a) of the Statute for an order for the preparation and transmission of a cooperation request to the Government of the Republic of the Sudan'*, 1^{er} juillet 2011, ICC-02/05-03/09-169, par. 15 ; Chambre préliminaire I, *Situation au Darfour (Soudan)*, *Decision on Application under Rule 103*, 4 février 2009, ICC-02/05-189, par. 31.

« déferer », le contexte d'un tel renvoi (c'est-à-dire l'intégralité du régime juridique de la Cour), de même que l'objet et le but du renvoi, tout confirme que le renvoi a pour effet de permettre à la Cour d'agir dans le cadre de la situation déferée conformément aux règles selon lesquelles elle est censée procéder. En d'autres termes, le seul régime juridique dans lequel la présente Cour peut exercer la compétence déclenchée est celui qui lui est généralement applicable, à savoir son Statut en premier lieu.

87. De plus, en décidant que le Soudan devait coopérer pleinement avec la Cour, le Conseil de sécurité a non seulement déclenché la compétence de la Cour mais a aussi, en agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, imposé au Soudan une obligation (celle de coopérer pleinement avec la Cour et de lui apporter toute l'assistance nécessaire) par laquelle ce pays n'aurait autrement pas été tenu puisqu'il n'a pas ratifié le Statut. La Chambre d'appel était parvenue à la même conclusion dans une situation similaire à celle qui nous occupe, à savoir la situation en Libye. Dans ce contexte, la Chambre d'appel avait effectivement confirmé que la Libye – qui n'est pas partie au Statut – était tenue par l'obligation de coopérer avec la Cour naissant de la résolution par laquelle le Conseil de sécurité avait déferé la situation au Procureur de la Cour⁹⁹.

88. Les conditions d'une telle coopération sont fixées par le Statut de Rome. La Cour est une institution dont les compétences sont définies par le Statut et, dans les faits, elle ne peut recevoir de coopération que conformément à son Statut. La Chambre juge, à la majorité de ses juges (« la Majorité »), que la résolution du Conseil de sécurité qui déclenche la compétence de la Cour pour la situation au Darfour et impose au Soudan l'obligation de coopérer pleinement avec la Cour a nécessairement pour effet

⁹⁹ Chambre d'appel, *Le Procureur c. Saif Al-Islam Qadhafi et Abdullah Al-Senussi, Decision on the request for suspensive effect and the request to file a consolidated reply*, 22 novembre 2013, ICC-01/11-01/11-480, par. 18.

que dans le contexte limité de la situation au Darfour, le Soudan a des droits et devoirs analogues à ceux des États parties au Statut.

89. Certes, il s'agit là d'une extension de l'applicabilité d'un traité international à un État qui ne l'a pas volontairement accepté en tant que tel. Il n'en reste pas moins que la conclusion de la Majorité sur ce point est conforme à la Charte des Nations Unies, qui permet au Conseil de sécurité d'imposer des obligations à un État¹⁰⁰.
90. Il convient de souligner que les droits et obligations du Soudan ne concernent que la situation déferée par le Conseil de sécurité, et dans les strictes limites des paramètres de celle-ci. C'est pourquoi le Soudan n'a ni droits ni obligations en ce qui concerne d'autres activités de la Cour fondées sur le Statut et, ainsi que l'a relevé l'Afrique du Sud¹⁰¹, il n'a pas le droit de voter à l'Assemblée des États parties et ne contribue pas au budget de la Cour comme prévu à l'article 115 du Statut.
91. Par conséquent, en raison de la résolution 1593 (2005) du Conseil de sécurité, c'est le Statut qui régit les interactions entre le Soudan et la Cour relativement à l'exercice par la Cour de sa compétence dans la situation au Darfour. Il en résulte que l'article 27-2 du Statut s'applique également au Soudan, rendant ainsi inapplicable toute immunité s'attachant à la qualité officielle dont jouirait autrement le Soudan en droit international.
92. Cela signifie en premier lieu que le Soudan ne peut invoquer vis-à-vis de la Cour l'immunité d'Omar Al-Bashir s'attachant à sa qualité de chef d'État : le Soudan a l'obligation de l'arrêter et de le remettre à la Cour.

¹⁰⁰ Voir Cour internationale de justice, 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 du 21 juin 1971, C.I.J. Recueil 1971, p. 16, par. 116.

¹⁰¹ ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 86, lignes 7 à 9.

93. Deuxièmement, les immunités d'Omar Al-Bashir en tant que chef d'État ne s'appliquent pas vis-à-vis des États parties au Statut qui s'efforcent d'exécuter une demande d'arrestation et de remise délivrée par la Cour dans l'exercice de sa compétence dans la situation au Darfour. Partant, l'article 98-1 du Statut n'est pas applicable à l'arrestation d'Omar Al-Bashir et à sa remise à la Cour : il n'est pas nécessaire de lever quelque immunité que ce soit et les États parties peuvent accéder à la demande d'arrestation et de remise d'Omar Al-Bashir à la Cour sans violer les droits reconnus au Soudan en droit international. Par conséquent, les États parties, dont l'Afrique du Sud, ont l'obligation d'arrêter Omar Al-Bashir et de le remettre à la Cour.
94. Cela résulte du fait que l'effet horizontal de l'article 27-2 du Statut (c'est-à-dire qu'un État partie au Statut ne peut pas refuser d'arrêter une personne et de la remettre à la Cour en invoquant des immunités relevant d'un autre État partie) s'applique aussi au Soudan comme suite au déclenchement par le Conseil de sécurité de la compétence de la Cour dans la situation au Darfour et à la décision de celui-ci d'imposer à cet État l'obligation de coopérer avec la Cour.
95. Il convient de souligner que pour ce qui est de cette conclusion, il importe peu que le Conseil de sécurité ait entendu ou même prévu qu'en raison de l'article 27-2 du Statut, l'immunité d'Omar Al-Bashir en tant que chef d'État du Soudan n'empêcherait pas l'arrestation demandée par la Cour dans le cadre de la procédure ouverte dans la situation au Darfour telle que déférée au Procureur par la résolution 1593 (2005). Comme nous l'avons expliqué, il s'agit d'un effet nécessaire et indissociable du choix par lequel le Conseil de sécurité a décidé en connaissance de cause de déclencher la compétence de la Cour et d'imposer au Soudan l'obligation de coopérer avec elle.
96. Sur ce point, la Majorité observe qu'à l'audience, l'Afrique du Sud a contesté l'idée que la résolution 1593 (2005) du Conseil de sécurité puisse lever les immunités

d'Omar Al-Bashir en tant que chef d'État, par un mécanisme de « renonciation » au sens de l'article 98-1 du Statut¹⁰². La Majorité précise qu'elle ne voit effectivement aucune « renonciation » de ce type dans la résolution du Conseil de sécurité et qu'en tout état de cause, il ne serait pas nécessaire d'obtenir pareille renonciation, qu'elle soit « explicite » ou « implicite ». Il ne peut y avoir renonciation que s'il y a immunité. Or, comme expliqué plus haut, toutes les immunités s'attachant à une qualité officielle qui empêcheraient la Cour d'exercer sa compétence ont été rendues inopérantes en raison des effets de l'article 27-2 du Statut et de la résolution 1593 (2005) du Conseil de sécurité. L'analyse des règles et principes de droit international applicables à l'acte de renonciation à l'immunité ne peut donc avoir aucune incidence sur la conclusion.

97. Par conséquent, en l'absence d'immunité faisant obstacle à l'arrestation et à la remise d'Omar Al-Bashir en exécution d'une demande de la Cour, et compte tenu de l'inapplicabilité subséquente en l'espèce de l'article 98-1 du Statut, l'Afrique du Sud était tenue d'arrêter Omar Al-Bashir et de le remettre à la Cour lorsqu'il se trouvait sur son territoire en juin 2015.

d) Nature de l'article 98 du Statut et effet de cette disposition sur le devoir de coopération des États parties avec la Cour

98. À ce stade — et bien que l'article 98-1 du Statut ne s'applique pas à la situation d'Omar Al-Bashir comme nous venons de l'expliquer — la Chambre considère nécessaire, au vu de certains des arguments avancés par l'Afrique du Sud pendant la procédure, de présenter la portée de cette disposition sur le plan de la procédure prévue par le Statut.

¹⁰² Voir plus haut, par. 34 à 37.

99. La Chambre trouve tout particulièrement nécessaire d'insister sur le fait que l'article 98 du Statut ne donne pas aux États parties le droit de refuser d'accéder aux demandes de coopération de la Cour.
100. En effet, l'article 98 s'adresse à la Cour et il ne donne aux États parties ni droits de fond ni devoirs supplémentaires. S'il indique bien qu'une tension peut exister entre le devoir d'un État partie de coopérer avec la Cour et l'obligation de cet État de respecter des immunités issues du droit international, il laisse à la Cour, et non aux États parties, la responsabilité de régler la question. Le libellé de la règle 195 du Règlement confirme cette interprétation :

Un État requis qui fait savoir à la Cour qu'une demande de remise ou d'assistance soulève un problème d'exécution au regard de l'article 98, lui fournit tous les renseignements utiles pour l'aider dans l'application de l'article 98.

101. Cette disposition est particulièrement importante car elle se rapporte à des situations telles que celle qui nous intéresse en l'espèce, où un État partie estime qu'une demande de coopération émanant de la Cour soulève un problème au regard de l'article 98 du Statut. Le fait qu'en pareil cas, l'État doive « fournir [r à la Cour] tous les renseignements utiles pour l'aider dans l'application de l'article 98 » indique bien que l'État requis ne peut pas refuser de coopérer.
102. Partant, la Chambre considère qu'en l'espèce, l'Afrique du Sud n'était pas en droit de s'appuyer sur sa propre interprétation de l'article 98 du Statut (qu'il soit considéré seul ou lu à la lumière de l'article 27) pour décider unilatéralement de ne pas accéder à la demande d'arrestation d'Omar Al-Bashir et de remise de celui-ci à la Cour. Indépendamment de toutes les considérations exposées plus haut sur l'inapplicabilité, en vertu du Statut, des immunités fondées sur la qualité officielle, la Chambre relève que le fait qu'une personne dont l'arrestation et la remise sont

demandées par la Cour jouisse d'immunités diplomatiques ou d'État ne constitue pas en soi une exception au devoir des États parties de coopérer avec la Cour.

103. En effet, tout en établissant un devoir général de coopérer avec la Cour, le Statut prévoit expressément un certain nombre de situations dans lesquelles l'obligation d'exécuter une demande de coopération peut être soumise à conditions ou être suspendue. Par exemple, l'article 89-2 du Statut autorise un État à différer l'exécution d'une demande de remise en cas de contestation fondée sur le principe *ne bis in idem* devant une juridiction nationale, et ce, jusqu'à ce que la Cour ait statué sur la recevabilité de l'affaire. De même, en cas de demande concurrente d'un autre État aux fins de remise de la même personne, un État partie peut, en vertu de l'article 90 du Statut, différer l'exécution de la demande jusqu'à ce que la Cour statue sur la recevabilité de l'affaire ou, dans certains cas particuliers, décider unilatéralement de donner ou non suite à la demande de la Cour. Autre exemple allant dans le même sens, un État a le droit, en vertu de l'article 95 du Statut, de surseoir à l'exécution d'une demande de remise en cas d'exception d'irrecevabilité de l'affaire, et ce, jusqu'à ce que la Cour statue sur l'exception.
104. Il est évident que l'article 98 du Statut s'analyse dans des termes très différents. Il ne permet pas à un État partie requis de refuser de coopérer avec la Cour ou de différer l'exécution d'une demande d'arrestation et de remise, et encore moins de choisir de coopérer avec la Cour ou de refuser de coopérer au motif d'un désaccord sur l'interprétation et l'application que la Cour fait du Statut. Si, dans des circonstances particulières, certaines voies de recours sont ouvertes (comme l'appel), on ne saurait compter au nombre des voies de recours légitimes le fait de passer outre à la décision d'une cour de justice.
105. L'article 98 du Statut dispose en fait qu'il incombe à la Cour de ne pas solliciter la coopération avant d'avoir obtenu elle-même auprès de l'État tiers la levée de l'immunité considérée. Cela signifie qu'en l'espèce, l'Afrique du Sud n'avait pas le

loisir de différer la coopération et de contester la validité de la demande de coopération formulée par la Cour dès lors que celle-ci avait choisi de lui en transmettre une. La Cour ayant poursuivi l'exécution d'une demande d'arrestation et de remise d'Omar Al-Bashir, puis confirmé cette demande après que l'Afrique du Sud lui eut fourni les renseignements utiles visés à la règle 195 du Règlement¹⁰³, l'Afrique du Sud était dans l'obligation d'accéder à la demande et ne pouvait exciper valablement de l'existence d'un conflit entre obligations.

106. Même à en supposer l'existence, un tel conflit entre obligations n'aurait pas libéré l'Afrique du Sud de ses devoirs envers la Cour, pas plus qu'il ne lui aurait donné le pouvoir de décider de se soustraire à ces devoirs. L'article 98 du Statut n'a tout simplement pas cet effet. Par conséquent, même dans ce scénario où l'article 98-1 aurait été applicable à la situation considérée, l'Afrique du Sud — ayant choisi de ne pas accéder à la demande de coopération que lui a adressée la Cour — serait tout de même considérée comme ayant manqué à son obligation d'arrêter Omar Al-Bashir et de le remettre à la Cour.

e) Conclusion

107. La Chambre conclut, à la majorité de ses juges, que parce que les droits et obligations prévus par le Statut, y compris à son article 27-2, sont applicables au Soudan (sur prescription du Conseil de sécurité agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies), les immunités s'attachant à la qualité de chef d'État d'Omar Al-Bashir n'empêchent pas les États parties au Statut de Rome d'exécuter la demande par laquelle la Cour sollicite son arrestation et sa remise pour des crimes relevant de sa compétence et qui auraient été commis au Darfour dans les limites des paramètres de la situation renvoyée à la Cour par le Conseil de sécurité. L'article 98-1 du Statut

¹⁰³ Voir ICC-02/05-01/09-243-Anx2 ; voir aussi *Decision following the Prosecutor's request for an order further clarifying that the Republic of South Africa is under the obligation to immediately arrest and surrender Omar Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-242.

n'est pas applicable à la situation d'Omar Al-Bashir, et les États parties au Statut de Rome sont tenus d'exécuter les mandats d'arrêt délivrés par la Cour et d'accéder à la demande d'arrestation et de remise d'Omar Al-Bashir à la Cour.

108. De plus, indépendamment de la question de savoir si l'Afrique du Sud se considérait comme tenue de respecter l'immunité que le droit international coutumier reconnaît à Omar Al-Bashir en sa qualité de chef d'État, le Statut faisait quand même à ce pays l'obligation d'arrêter l'intéressé et de le remettre à la Cour étant donné que l'article 98 du Statut — même s'il avait été applicable en l'espèce — ne prévoit pas la possibilité pour un État requis de refuser unilatéralement d'accéder à une demande d'arrestation et de remise formulée par la Cour.
109. Pour finir, la Chambre relève que l'Afrique du Sud comme le Soudan sont parties à la Convention de 1948 sur la prévention et la répression du crime de génocide (« la Convention sur le génocide »), et que l'un des mandats d'arrêt contre Omar Al-Bashir a été délivré pour le crime de génocide. Bien que ce ne soit pas nécessaire au vu des conclusions exposées ci-dessus et du fait qu'aucun des participants à la présente procédure n'a présenté d'observations sur ce point, la Chambre s'est tout de même demandé si cette convention rendait inapplicable l'immunité de chef d'État d'Omar Al-Bashir entre l'Afrique du Sud et le Soudan relativement à l'exécution du mandat d'arrêt délivré pour les allégations de génocide. La Majorité n'est toutefois pas en mesure de répondre par l'affirmative à cette question. Cela tient principalement au fait qu'à la différence de l'article 27-2 du Statut, la Convention sur le génocide ne mentionne pas les immunités s'attachant à la qualité officielle, et la Majorité ne voit aucune base solide justifiant une interprétation constructive des dispositions de la Convention qui permettrait de donner naissance à une exclusion implicite des immunités. L'article IV de la Convention évoque la responsabilité pénale individuelle de « personnes ayant commis le génocide » — sachant que cette responsabilité pénale individuelle ne doit pas, comme l'a clairement expliqué la Cour

internationale de justice¹⁰⁴, être confondue avec l'immunité de juridiction pénale —, et il peut avoir un effet utile sans qu'on y voie une exclusion implicite des immunités s'attachant à la qualité officielle. Quant à l'article VI de la Convention, la Majorité relève que cette disposition traite de la répartition des compétences entre juridictions nationales et internationales aux fins du jugement des « personnes accusées de génocide », et que là encore, il n'est pas question d'immunités. Par conséquent, et indépendamment de toute autre considération, la Convention sur le génocide ne peut entraîner aucune conséquence pertinente dans le cadre de l'examen de la question qui nous intéresse ici.

2. L'Afrique du Sud était-elle en droit de refuser d'exécuter la demande d'arrestation et de remise en invoquant ses interactions avec la Cour en juin 2015 ?

110. À l'audience du 7 avril 2017, l'Afrique du Sud a soutenu que des erreurs fondamentales étaient survenues dans le cadre des consultations menées au titre de l'article 97¹⁰⁵, lesquelles devaient, pour rappel, porter sur l'application de l'article 98-1 du Statut. Elle n'a cependant présenté aucun élément particulier pour expliquer en quoi son argument se rapportait aux considérations de la Chambre au regard de l'article 87-7 du Statut.
111. La Chambre commencera par rappeler que comme elle l'a expliqué plus haut¹⁰⁶, c'est à la Cour qu'il incombe d'appliquer l'article 98-1 du Statut. Les termes mêmes de cette disposition ne donnent à l'État requis aucun droit procédural, notamment aucun droit de suspendre ou de rejeter la coopération.

¹⁰⁴ Cour internationale de justice, Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, 14 février 2002, C.I.J Recueil 2002, p. 3, par. 60 et 61.

¹⁰⁵ Voir plus haut, par. 27.

¹⁰⁶ Voir plus haut, par. 98 à 106.

112. Pour ce qui concerne l'article 97 du Statut, la Chambre considère — sans préjudice de l'obligation générale faite aux États parties de coopérer avec la Cour, telle que consacrée à l'article 86 du Statut — que cette disposition part implicitement et réalistement de l'idée que dans certains cas, pour des raisons pratiques, une coopération sans complications peut parfois se révéler impossible. Dans de telles situations, l'article 97 impose aux États parties de consulter la Cour sans tarder afin de résoudre les problèmes pouvant gêner ou empêcher l'exécution d'une demande de coopération émanant de la Cour. Cette disposition mentionne les exemples suivants : i) les informations ne sont pas suffisantes pour donner suite à la demande ; ii) dans le cas d'une demande de remise, la personne réclamée reste introuvable en dépit de tous les efforts, ou les recherches ont permis d'établir que la personne se trouvant dans l'État requis n'est manifestement pas celle que vise le mandat ; ou iii) l'État requis serait contraint, pour donner suite à la demande sous sa forme actuelle, de violer une obligation conventionnelle qu'il a déjà à l'égard d'un autre État.
113. Tout en faisant observer que cette liste n'est pas exhaustive, la Chambre relève que l'article 97 du Statut ne fait pas de référence explicite aux situations relevant de l'article 98-1. Cela semble être en phase avec le fait que l'article 98-1 du Statut apporte déjà la solution à un éventuel conflit entre l'obligation d'accéder à une demande d'arrestation et de remise et l'obligation de respecter certaines immunités issues du droit international.
114. L'objet et le but de l'article 97 du Statut semblent aussi confirmer cette interprétation. De fait, la Chambre considère que la caractéristique commune aux exemples de situations appelant la tenue de consultations aux termes de l'article 97 du Statut est la possibilité pour la Cour de remédier à la situation en levant l'obstacle à la coopération. En effet, pour régler les problèmes soulevés par l'État requis, la Cour pourrait, selon le cas, fournir des informations supplémentaires (dans les situations

relevant de l'article 97-a), retirer la demande de remise qu'elle avait adressée à l'État requis pour l'adresser à un autre État (article 97-b), ou modifier la « forme actuelle » de la demande de sorte que l'État n'ait plus à violer une obligation conventionnelle qu'il a déjà (article 97-c).

115. Autre disposition cruciale dans ce contexte, la règle 195 du Règlement porte en substance sur l'interaction entre la Cour et l'État requis lorsque survient une des situations prévues à l'article 98 du Statut. Aux termes de la règle 195, lorsque l'État requis considère qu'une demande de remise ou d'assistance soulève un problème d'exécution au regard de l'article 98, il le « fait savoir » à la Cour et lui fournit tous les renseignements utiles « pour l'aider dans l'application de l'article 98 ». Cette disposition fait ainsi obligation à l'État de partager avec la Cour tous les renseignements utiles et confirme que la responsabilité de « l'application de l'article 98 » incombe à la Cour elle-même. Ce dispositif est conceptuellement différent de celui des « consultations » visées à l'article 97 du Statut. En effet, il semble que le mécanisme prévu pour les situations relevant de l'article 98 ne consiste pas en un échange bilatéral destiné à résoudre les problèmes, mais en un dispositif par lequel la Cour reçoit tous les renseignements utiles de l'État requis (et aussi éventuellement de l'État tiers) et devient également compétente pour trancher, en décidant soit d'émettre ou de confirmer sa demande de coopération, soit de ne pas l'émettre ou de la retirer.

116. Cela dit, la Chambre ne considère pas que l'interprétation des articles 97 et 98 du Statut doive être si stricte qu'elle empêche d'utiliser les consultations pour des problèmes relevant de l'article 98 du Statut. De fait, la communication entre l'État requis et la Cour dans le contexte de l'article 98, y compris la transmission de renseignements par l'État conformément à la règle 195 du Règlement, peut dans la pratique prendre aussi la forme de consultations. De plus, la nature d'un éventuel

obstacle à la coopération n'est pas toujours claire dès le départ et au final, ce sont les consultations qui permettent de clarifier les choses.

117. Dans les faits, l'Afrique du Sud s'est vu donner l'occasion de soulever auprès de la Cour les problèmes qu'elle rencontrait au titre de l'article 98 du Statut s'agissant de l'exécution de la demande d'arrestation et de remise d'Omar Al-Bashir. Cependant, et là encore dans les faits, il est devenu évident au cours des consultations que le règlement des problèmes soulevés par l'Afrique du Sud au titre de l'article 98-1 du Statut concernait la question binaire de savoir si oui ou non l'Afrique du Sud avait vis-à-vis de la Cour l'obligation d'arrêter d'Omar Al-Bashir et de le lui remettre. Les possibilités que la Cour remédie à la situation au moyen de consultations avec l'État requis étaient effectivement inexistantes. Au final, il incombait à la Cour de trancher — au vu de tous les renseignements mis à sa disposition — en décidant dans les faits de « confirmer » ou de « retirer » la demande de coopération qu'elle avait adressée à l'Afrique du Sud. Après avoir entendu les arguments de ce pays, la Cour a finalement déterminé que l'obligation pour l'Afrique du Sud d'arrêter Omar Al-Bashir et de le lui remettre tenait toujours et devait être honorée¹⁰⁷.

118. Compte tenu de la nature du présent examen, aucun résultat n'aurait pu être atteint par la poursuite de longues « consultations » entre la Cour et l'Afrique du Sud sur la question de savoir si, en droit, l'immunité d'Omar Al-Bashir en tant que chef d'État du Soudan l'emportait sur l'obligation de l'Afrique du Sud de l'arrêter et de le remettre à la Cour. Pour la Chambre, et contrairement à ce qu'en dit l'Afrique du Sud¹⁰⁸, la question soulevée par ce pays — concernant l'effet des immunités dont bénéficierait Omar Al-Bashir sur une demande tendant à son arrestation et à sa remise à la Cour — ne pouvait être tranchée que dans le cadre d'un processus

¹⁰⁷ Voir ICC-02/05-01/09-243-Anx2 ; voir aussi *Decision following the Prosecutor's request for an order further clarifying that the Republic of South Africa is under the obligation to immediately arrest and surrender Omar Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-242.

¹⁰⁸ Voir plus haut, par. 27.

judiciaire et sur la base du droit applicable, et non au moyen d'un « processus politique et diplomatique ».

119. En tout état de cause, la Chambre souligne que des consultations entre un État et la Cour (qu'elles soient demandées ou déjà en cours) ne sauraient en elles-mêmes suspendre l'exécution d'une demande de coopération adressée par la Cour ou influencer de toute autre manière sur la validité de cette demande. Qui plus est, l'existence d'un canal de communication entre la Cour et un État partie — quelle que soit la forme que pourrait prendre le dialogue — ne saurait être comprise comme permettant la suspension (unilatérale) de l'exécution d'une demande de coopération. C'est particulièrement important dans les cas comme celui qui nous intéresse ici, où la demande de coopération ne pouvait être exécutée avec succès que pendant une période restreinte.
120. Ainsi qu'expliqué plus haut, la règle 195 du Règlement fait à l'État requis l'obligation de fournir à la Cour tous renseignements utiles concernant les problèmes rencontrés dans le contexte de l'article 98 du Statut. L'Afrique du Sud a effectivement saisi la Cour conformément à ladite règle, et elle a reçu de celle-ci la réponse attendue. On ne saurait valablement soutenir que des consultations étaient en cours et que l'obligation d'arrêter Omar Al-Bashir était suspendue au motif que des renseignements supplémentaires pouvaient être donnés à la Cour quelques jours plus tard (après le départ prévu d'Omar Al-Bashir de l'Afrique du Sud), surtout si l'on considère que lesdits renseignements n'allaient porter que sur des points de droit. De plus, il importe de préciser que, même si l'Afrique du Sud avait compris que les consultations étaient toujours en cours, une demande de coopération émise par la Cour demeure valide jusqu'à ce qu'elle soit explicitement retirée ou suspendue par la Cour elle-même. Il n'appartient pas à l'Afrique du Sud (ni, du reste, à aucun État requis, en dehors des situations pour lesquelles des exceptions ont été explicitement prévues) d'unilatéralement déclarer « suspendue » une demande d'arrestation et de

remise émanant de la Cour, quelle que soit la raison invoquée. C'est d'autant plus le cas que la Cour avait clairement indiqué à l'Afrique du Sud que la demande d'arrestation et de remise d'Omar Al-Bashir demeurait valable et devait être exécutée.

121. De par leur nature même, les obligations légales ne sauraient en effet être simplement ignorées en invoquant un désaccord avec une décision d'un tribunal compétent ou un quelconque sentiment d'iniquité par rapport au processus et/ou au résultat. Dans ces circonstances, les éventuelles voies de recours ne peuvent être que de nature judiciaire et la question doit en définitive être tranchée judiciairement par le tribunal.
122. Pour finir, la Chambre est d'avis que les arguments formulés par l'Afrique du Sud au sujet de ses interactions avec la Cour entre le 11 et le 13 juin 2015 n'ont pas d'incidence sur la conclusion tirée plus haut, qui confirmait que l'Afrique du Sud avait l'obligation d'arrêter Omar Al-Bashir et de le remettre à la Cour à l'époque où il se trouvait sur son territoire.

3. Conclusion

123. La Chambre conclut qu'en ne procédant pas à l'arrestation d'Omar Al-Bashir lorsque celui-ci se trouvait sur son territoire entre le 13 et le 15 juin 2015, l'Afrique du Sud a refusé, contrairement à ce que prévoit le Statut, d'accéder à la demande d'arrestation et de remise d'Omar Al-Bashir que lui avait adressée la Cour, empêchant ainsi celle-ci d'exercer les fonctions et les pouvoirs que lui confère le Statut s'agissant des procédures pénales engagées à l'encontre d'Omar Al-Bashir.

B. Faut-il en référer à l'Assemblée des États parties et/ou au Conseil de sécurité ?

124. La Chambre en vient maintenant à la seconde question, qui est la suivante : « Les circonstances étaient-elles de nature à justifier que la Cour prenne formellement acte

du manquement de l’Afrique du Sud à ses obligations et en réfère à l’Assemblée des États parties au Statut de Rome et/ou au Conseil de sécurité, comme prévu à l’article 87-7 du Statut ? ». Après avoir conclu que l’Afrique du Sud avait refusé, contrairement à ce que prévoit le Statut, d’accéder à une demande de coopération que lui avait adressée la Cour — ce qui a empêché celle-ci d’exercer les fonctions et les pouvoirs que lui confère le Statut —, il faut maintenant déterminer si sur le fond, il convient d’en référer à l’Assemblée des États parties et/ou au Conseil de sécurité¹⁰⁹. Il s’agit d’une question distincte de celle de savoir si l’État requis a refusé d’accéder à la demande. En effet, comme l’a confirmé la Chambre d’appel, « [TRADUCTION] le droit n’exige pas un renvoi automatique vers des intervenants extérieurs¹¹⁰ ».

125. En outre, la Chambre d’appel a jugé que pour déterminer s’il convient ou non d’en référer à l’Assemblée des États parties et/ou au Conseil de sécurité de l’ONU en matière de non-coopération, une chambre « [TRADUCTION] a le pouvoir discrétionnaire d’examiner tous les éléments susceptibles d’être pertinents dans les circonstances de l’affaire, y compris la possibilité que des intervenants extérieurs apportent effectivement une contribution concrète à l’obtention de la coopération voulue, compte tenu de la forme et de la teneur de cette coopération¹¹¹ ». La Chambre statuera donc en s’inspirant de ces considérations et, indépendamment du fait qu’elle a conclu qu’au sens de l’article 87-7 du Statut, l’Afrique du Sud n’avait pas accédé à une demande de coopération, elle déterminera si, à la lumière des circonstances pertinentes en l’espèce, il est justifié d’en référer à l’Assemblée des États parties ou au Conseil de sécurité pour ce qui est de la non-exécution par l’Afrique du Sud de la demande d’arrestation et de remise d’Omar Al-Bashir que lui avait adressée la Cour. En particulier, la Chambre exposera dans ce qui suit ses considérations sur la

¹⁰⁹ Voir, sur ce point, *Le Procureur c. Uhuru Muigai Kenyatta, Judgment on the Prosecutor’s appeal against Trial Chamber V(B)’s “Decision on Prosecution’s application for a finding of non-compliance under Article 87(7) of the Statute”*, 19 août 2015, ICC-01/09-02/11-1032, par. 43.

¹¹⁰ *Ibid.*, par. 49.

¹¹¹ *Ibid.*, par. 53.

manière dont l’Afrique du Sud a appréhendé son obligation d’exécuter la demande d’arrestation et de remise d’Omar Al-Bashir et a interagi avec la Cour à ce propos, ainsi que sur la question de savoir si l’implication d’intervenants extérieurs par le recours aux mesures prévues à l’article 87-7 du Statut constituerait un moyen efficace d’obtenir la coopération de l’Afrique du Sud.

126. La Chambre précise que les considérations qui suivent se rapportent exclusivement à la décision discrétionnaire de la Chambre de s’adresser ou non à des intervenants extérieurs en vertu de l’article 87-7 du Statut pour ce qui est du non-respect par l’Afrique du Sud des obligations que lui impose le Statut. En d’autres termes, rien dans les considérations de fait exposées dans cette partie de la présente décision ne saurait être considéré comme venant réfuter ou nuancer la conclusion de la Chambre selon laquelle en n’arrêtant pas Omar Al-Bashir et en ne le remettant pas à la Cour, l’Afrique du Sud a manqué aux obligations que lui impose le Statut.

1. Interactions de l’Afrique du Sud avec la Cour concernant l’exécution de la demande de la Cour et la remise d’Omar Al-Bashir

127. Tout d’abord, la Chambre considère que la manière dont l’Afrique du Sud a appréhendé son obligation de coopérer avec la Cour est un élément important à prendre en considération pour déterminer s’il est justifié d’en référer en vertu de l’article 87-7 du Statut. À cet égard, la Chambre d’appel a effectivement jugé que « [TRADUCTION] s’agissant de la conduite des parties pendant la procédure, l’obligation de coopérer incombe au premier chef à l’État requis¹¹² ». La Chambre considère qu’en demandant à la Cour la tenue de consultations en vertu de l’article 97 du Statut — en vue d’obtenir une décision finale sur les questions de droit posées à la Chambre — l’Afrique du Sud a adopté une conduite qui se distingue de

¹¹² Ibid., par. 87.

celle d'autres États qui, par le passé, ont été impliqués dans une procédure relevant de l'article 87-7 du Statut.

128. La Chambre relève en particulier que l'Afrique du Sud est le premier État partie à invoquer spécifiquement l'article 97 du Statut à la suite de la réception d'une demande d'arrestation et de remise. La Chambre rappelle que conformément à sa pratique générale, lorsque le Greffe apprend qu'Omar Al-Bashir est sur le point de se rendre dans un État partie, il rappelle systématiquement à l'État concerné ses obligations d'arrêter l'intéressé et de le remettre à la Cour, et lui demande de consulter la Cour comme prévu à l'article 97 du Statut s'il constate que la demande de coopération soulève des difficultés¹¹³. Mais jusqu'à présent, aucun État partie n'avait déclenché la procédure prévue à l'article 97 du Statut. En fait, la présente Chambre a conclu par le passé qu'un autre État partie « aurai[t] dû, conformément aux dispositions de l'article 97 du Statut et de la règle 195 du Règlement, consulter la Cour ou l'informer qu'un problème lié à l'article 98-1 du Statut l'empêchait de s'acquitter de ses obligations en tant qu'État partie au Statut avant ou pendant la visite d'Omar Al Bashir et avant son départ¹¹⁴ ». C'est cette conclusion antérieure qui a poussé l'Afrique du Sud à demander la tenue des consultations prévues à l'article 97 du Statut¹¹⁵.
129. L'Afrique du Sud a déclenché la procédure prévue à l'article 97 du Statut pour tenter de résoudre ce qu'elle considérait être un conflit d'obligations en droit international¹¹⁶. La conduite qu'elle a ensuite adoptée est elle aussi pertinente. Elle a présenté par écrit et oralement des arguments juridiques détaillés sur la question à

¹¹³ Voir, par exemple, ICC-02/05-01/09-7-tFRA-Corr ; ICC-02/05-01/09-101-tFRA ; ICC-02/05-01/09-137.

¹¹⁴ Décision relative à la coopération de la République démocratique du Congo concernant l'arrestation et la remise d'Omar Al Bashir à la Cour, 9 avril 2014, ICC-02/05-01/09-195-tFRA, par. 15.

¹¹⁵ ICC-02/05-01-09-290, par. 36.

¹¹⁶ ICC-02/05-01/09-243-Anx1.

l'examen¹¹⁷, et elle a signalé son intention de se prévaloir du droit d'interjeter appel contre toute décision par laquelle la Chambre la jugerait en contravention de ses obligations statutaires¹¹⁸.

130. Constatant que l'Afrique du Sud a été le premier État partie à réclamer la tenue de consultations avec la Cour comme prévu à l'article 97 du Statut et qu'elle a demandé — notamment dans le cadre de la présente procédure menée sur la base de l'article 87-7 du Statut — que la Cour prenne une décision de principe finale sur les questions de droit pertinentes, la Chambre y voit un élément de fait important, qui distingue cette situation d'autres situations de défaut d'exécution de la demande d'arrestation et de remise d'Omar Al-Bashir.
131. Pour la Chambre, ces considérations ne sont ni réfutées ni remises en question par les arguments avancés par le Procureur au soutien de la thèse inverse. À cet égard, la Chambre relève que dans ses observations écrites, le Procureur avait soutenu que « [TRADUCTION] au moment de statuer sur la bonne foi des parties prenantes au processus de coopération, la Chambre serait fondée à considérer comme pertinent le fait que l'Afrique du Sud a pris des mesures pour créer un obstacle juridique à l'exécution des mandats d'arrêt visant encore Omar Al-Bashir et n'a demandé à consulter la Cour que la veille de la visite, alors qu'elle était en mesure de le faire bien avant¹¹⁹ ». À l'audience, le Procureur a ajouté que le caractère variable des positions exposées par l'Afrique du Sud devant ses tribunaux nationaux et/ou devant la présente Cour montrait que l'Afrique du Sud avait tout d'abord identifié un problème juridique et politique, puis cherché à s'appuyer sur un obstacle juridique¹²⁰.

¹¹⁷ ICC-02/05-01/09-290, par. 50 à 99.

¹¹⁸ Ibid., par. 104.

¹¹⁹ ICC-02/05-01-09-289, par. 86.

¹²⁰ ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 57.

132. Tout d'abord, la Chambre note que l'Afrique du Sud a expliqué avoir tardé à consulter la Cour en raison de procédures nationales¹²¹. Cette explication est jugée raisonnable dans les circonstances de l'espèce, compte tenu de la complexité et du manque de clarté des points que l'Afrique du Sud devait traiter, et d'un certain degré d'insécurité juridique tenant à la nouveauté du recours à l'instrument que constituent les consultations avec la Cour. Contrairement à ce qu'en dit le Procureur, la Chambre est d'avis que le fait que l'Afrique du Sud n'ait pas approché la Cour avant le 11 juin 2015 n'indique pas en soi une absence de bonne foi.
133. De même, la Chambre n'est pas convaincue par l'argument du Procureur selon lequel l'Afrique du Sud « [TRADUCTION] a pris des mesures pour créer un obstacle juridique à l'exécution des mandats d'arrêt visant encore Omar Al-Bashir¹²² ». Le Procureur faisait référence à cet égard à l'immunité dont Omar Al-Bashir aurait joui en vertu de l'accord d'accueil du sommet de l'Union africaine en juin 2015¹²³. La Chambre rappelle tout d'abord que, comme elle l'a dit plus haut¹²⁴, l'accord d'accueil du sommet ne conférait ni immunités ni privilèges aux chefs d'États participant au sommet de l'Union africaine. En tout état de cause, elle fait observer que l'accord d'accueil du sommet est un instrument couramment employé dans la préparation des réunions internationales comme le sommet de l'Union africaine et que le document en question semble rédigé dans les formes usuelles pour de tels instruments. Elle relève également qu'aux termes de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, l'accord d'accueil du sommet doit être interprété de bonne foi. Sur ce point, la Chambre estime que cet accord ne concernait pas Omar Al-Bashir spécifiquement, mais constituait un document juridique général régissant un large éventail de questions. Partant, il est impossible de conclure que la signature

¹²¹ ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 87 à 89.

¹²² ICC-02/05-01-09-289, par. 86.

¹²³ Ibid., par. 84.

¹²⁴ Voir plus haut, par. 66 et 67.

de l'accord d'accueil du sommet par l'Afrique du Sud reflétait l'intention de celle-ci de mettre en place des obstacles à l'exécution de la demande d'arrestation et de remise d'Omar Al-Bashir que lui avait présentée la Cour.

134. L'argument connexe du Procureur, selon lequel l'Afrique du Sud aurait adopté des positions juridiques contradictoires, n'est pas non plus pertinent en la matière. La Chambre relève que la question dont elle est saisie porte sur un problème de droit à plusieurs facettes, dont la résolution est difficile parce que différents aspects juridiques doivent être examinés dans le contexte de leurs interactions mutuelles. Il est également reconnu que bien qu'ayant invariablement conclu que les États parties au Statut avaient le devoir d'arrêter Omar Al-Bashir et de le remettre à la Cour, les juges de la Cour n'ont pas employé exactement la même argumentation juridique dans leurs décisions antérieures¹²⁵. Dans ces circonstances, la Chambre ne considère pas que le caractère variable des arguments mis en avant par l'Afrique du Sud dans les observations qu'elle a présentées sur ce point à la Chambre constitue la preuve d'une intention de dresser un obstacle juridique à l'exécution de la demande d'arrestation et de remise d'Omar Al-Bashir.

2. Le renvoi du manquement de l'Afrique du Sud serait-il un moyen efficace d'encourager la coopération ?

135. La Chambre rappelle également que la Chambre d'appel a jugé que comme l'article 87-7 du Statut a pour objet et but d'encourager la coopération, la décision d'en référer à l'Assemblée des États parties et/ou au Conseil de sécurité « [TRADUCTION] n'est pas censée être la réponse type à chaque constat de

¹²⁵ Voir, par exemple, Chambre préliminaire I, 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, 15 décembre 2011, ICC-02/05-01/09-139-Corr-tFRA et Chambre préliminaire II, Décision relative à la coopération de la République démocratique du Congo concernant l'arrestation et la remise d'Omar Al Bashir à la Cour, 9 avril 2014, ICC-02/05-01/09-195-tFRA-Corr.

non-coopération, mais seulement une réponse *pouvant* être apportée dans le cas où une chambre conclut qu'elle constitue le moyen le plus efficace d'obtenir la coopération voulue dans la situation concrète considérée¹²⁶ ». La Chambre devrait donc se demander si dans les circonstances de l'espèce, solliciter des intervenants extérieurs constituerait un moyen efficace d'obtenir la coopération voulue.

136. La Chambre relève que les juridictions nationales sud-africaines ont jugé que le Gouvernement sud-africain avait manqué aux obligations issues de son propre cadre légal national en n'arrêtant pas Omar Al-Bashir et en ne le remettant pas à la Cour. En particulier, la Cour d'appel suprême de ce pays a conclu que la conduite du Gouvernement sud-africain « [TRADUCTION] n'était pas conforme aux obligations incombant à l'Afrique du Sud au titre du Statut de Rome et de l'article 10 de la loi 27 de 2002 sur la mise en œuvre des dispositions du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, et qu'elle était illicite¹²⁷ ». Fait important, il s'agit désormais d'une décision définitive, le Gouvernement sud-africain s'étant désisté de l'appel qu'il avait interjeté contre elle¹²⁸. Il apparaît donc que le Gouvernement sud-africain a accepté son obligation de coopérer avec la Cour telle qu'elle ressort de son cadre légal national. De plus, la présente décision vient épuiser complètement et définitivement le débat en ce qu'il porte sur les obligations qui incombent à l'Afrique du Sud en vertu du Statut de Rome.

137. Par conséquent, pour autant qu'il y ait eu un quelconque doute à cet égard, il est désormais établi sans équivoque, tant sur le plan national que par la présente Cour, que l'Afrique du Sud a l'obligation d'arrêter Omar Al-Bashir et de le remettre à la Cour. Dans ces circonstances, comme toute éventuelle ambiguïté quant au droit

¹²⁶ *Le Procureur c. Uhuru Muigai Kenyatta, Judgment on the Prosecutor's appeal against Trial Chamber V(B)'s "Decision on Prosecution's application for a finding of non-compliance under Article 87(7) of the Statute"*, 19 août 2015, ICC-01/09-02/11-1032, par. 51.

¹²⁷ Voir ICC-02/05-01/09-258-Anx, p. 4.

¹²⁸ Voir ICC-02/05-01/09-289-AnxH.

régissant les obligations de l’Afrique du Sud a été levée, renvoyer à l’Assemblée des États parties et/ou au Conseil de sécurité la question de la non-exécution de la demande d’arrestation et de remise d’Omar Al-Bashir n’aurait aucun effet en tant que mécanisme visant à assurer à la Cour la coopération voulue.

138. La Chambre observe également qu’il y a eu six cas de renvoi d’États parties devant l’Assemblée des États parties et le Conseil de sécurité pour manquement à l’obligation d’arrêter Omar Al-Bashir et de le remettre à la Cour¹²⁹. Cependant, les 24 dernières séances du Conseil de sécurité de l’ONU qui se sont tenues depuis l’adoption de la résolution 1593 (2005) — en comptant celles au cours desquelles le Procureur a présenté ses rapports semestriels — n’ont donné lieu à l’adoption d’aucune mesure contre les États parties qui avaient manqué à leurs obligations de coopérer avec la Cour, et ce, bien que plusieurs États aient proposé de mettre en place un mécanisme de suivi de ces renvois¹³⁰. La Chambre estime que ces considérations renforcent sa conviction qu’un tel renvoi n’est pas justifié s’il est censé constituer un moyen d’obtenir la coopération.

¹²⁹ Chambre préliminaire I, 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, ICC-02/05-01/09-139-Corr-tFRA ; Chambre préliminaire I, 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, ICC-02/05-01/09-140 ; Chambre préliminaire II, Décision relative à la non-exécution par la République du Tchad des demandes de coopération que lui a adressées la Cour concernant l’arrestation et la remise d’Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, 26 mars 2013, ICC-02/05-01/09-151-tFRA ; Chambre préliminaire II, Décision relative à la coopération de la République démocratique du Congo concernant l’arrestation et la remise d’Omar Al Bashir à la Cour, 9 avril 2014, ICC-02/05-01/09-195-tFRA-Corr ; Chambre préliminaire II, Décision prenant acte de la non-exécution par la République de Djibouti de la demande d’arrestation et de remise d’Omar Al Bashir à la Cour et renvoyant la question au Conseil de sécurité de l’ONU et à l’Assemblée des États parties au Statut de Rome, 11 juillet 2016, ICC-02/05-01/09-266-tFRA ; Chambre préliminaire II, Décision prenant acte de la non-exécution par la République de l’Ouganda de la demande d’arrestation et de remise d’Omar Al Bashir à la Cour et renvoyant la question au Conseil de sécurité de l’ONU et à l’Assemblée des États parties au Statut de Rome, 11 juillet 2016, ICC-02/05-01/09-267-tFRA.

¹³⁰ Par exemple, l’Argentine, lors de la 6974^e séance du Conseil de sécurité (S/PV.6974, p. 13), et la Nouvelle-Zélande lors de la 7582^e séance (S/PV.7582, p. 7 et 8).

3. Conclusion

139. Pour résumer, la Chambre considère comme important le fait que l’Afrique du Sud soit le premier État partie à demander à la Cour de rendre une décision de principe finale sur l’étendue de son obligation d’exécuter une demande d’arrestation et de remise d’Omar Al-Bashir. De plus, elle n’est pas convaincue qu’il serait justifié d’en référer à l’Assemblée des États parties et/ou au Conseil de sécurité de l’ONU en vue d’obtenir la coopération de l’Afrique du Sud, compte tenu du fait que les juridictions nationales sud-africaines ont déjà jugé que l’Afrique du Sud avait contrevenu aux obligations issues de son propre cadre légal national et du fait que la présente décision vient résoudre toute autre question pendante.
140. Au vu des circonstances spécifiques de la présente affaire, et compte tenu du pouvoir discrétionnaire que lui confère l’article 87-7 du Statut, la Chambre considère donc qu’il n’est pas justifié d’en référer à l’Assemblée des États parties ou au Conseil de sécurité pour ce qui est de la non-exécution par l’Afrique du Sud de la demande d’arrestation et de remise d’Omar Al-Bashir que lui avait présentée la Cour.

PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE

CONCLUT que l’Afrique du Sud a manqué aux obligations que lui impose le Statut en n’exécutant pas la demande d’arrestation et de remise à la Cour d’Omar Al-Bashir alors qu’il se trouvait sur son territoire entre le 13 et le 15 juin 2015, et

DÉCIDE que dans les présentes circonstances, il n’est pas opportun d’en référer à l’Assemblée des États parties ou au Conseil de sécurité pour ce qui est de la non-exécution par l’Afrique du Sud de la demande d’arrestation et de remise d’Omar Al-Bashir que lui avait adressée la Cour.

M. le juge Marc Perrin de Brichambaut joint une opinion minoritaire.

Fait en anglais et en français, la version anglaise faisant foi.

/signé/

M. le juge Cuno Tarfusser
Juge président

/signé/

M. le juge Marc Perrin de Brichambaut

/signé/

M. le juge Chang-ho Chung

Fait le 6 juillet 2017

À La Haye (Pays-Bas)