

OPINION MINORITAIRE DU JUGE MARC PERRIN DE BRICHAMBAUT

Table des matières

I. Introduction.....	3
II. Quels effets la Convention sur le génocide a-t-elle sur les obligations de l’Afrique du Sud en vertu du droit international en ce qui concerne l’immunité personnelle d’Omar Al-Bashir ?	4
<i>A. Applicabilité de la Convention sur le génocide en l’espèce</i>	9
<i>B. Les « gouvernants » d’une Partie contractante à la Convention sur le génocide bénéficient-ils de l’immunité de poursuites pour le crime de génocide ?..</i>	13
a) Sens ordinaire.....	13
b) Interprétation systématique	16
c) Interprétation téléologique.....	18
<i>C. Conclusion</i>	22
III. Quel est le statut du Soudan à la suite du renvoi à la Cour de la situation au Darfour par le Conseil de sécurité de l’ONU ?.....	23
<i>A. Quelle est la relation entre les articles 27-2 et 98-1 du Statut ?</i>	23
<i>B. Le Soudan est-il dans une situation équivalente à celle d’un État partie aux fins de la présente procédure ?</i>	27
a) La thèse du Procureur	27
b) Analyse de la thèse du Procureur	28
<i>C. Le Soudan est-il un État non partie aux fins de la présente procédure ?</i>	30
a) La thèse de l’Afrique du Sud	30
b) Analyse de la thèse de l’Afrique du Sud.....	31
<i>D. Conclusion</i>	34
IV. La résolution 1593 du Conseil de sécurité de l’ONU a-t-elle levé l’immunité d’Omar Al-Bashir ?	34
<i>A. Comment doit-on interpréter la résolution 1593 du Conseil de sécurité de l’ONU s’agissant des immunités dont jouit Omar Al-Bashir ?</i>	37
a) Sens ordinaire.....	38
b) Contexte	40

c) Objet et but.....	42
d) Déclarations faites par les membres du Conseil de sécurité de l'ONU	44
e) Autres résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU	45
f) Pratique suivie ultérieurement par les organes de l'ONU et des États concernés	45
B. Conclusion.....	47
V. L'implication d'une cour internationale affecte-t-elle l'application de la règle de droit international coutumier qui régit l'immunité personnelle des chefs d'État dans le cadre des rapports entre États ?	48
A. Réponses des États	48
B. La nature des juridictions internationales.....	55
C. Conclusion.....	58
VI. Remarques finales.....	59

I. Introduction

1. Je souscris à la décision de la Chambre, selon laquelle : 1) l’Afrique du Sud a manqué à l’obligation d’honorer la demande de coopération, présentée par la Cour Pénale Internationale (la « CPI » ou la « Cour »), en vue d’arrêter Omar Hassan Ahmad Al-Bashir (« Omar Al-Bashir ») et de le remettre à la Cour et 2) il n’est toutefois pas justifié d’en référer à l’Assemblée des États parties (« l’Assemblée ») ou au Conseil de sécurité de l’Organisation des Nations Unies (« le Conseil de sécurité de l’ONU »).

Je ne suis pas convaincu par l’analyse qui sous-tend la décision de la Majorité en ce qui concerne le fondement juridique de la levée de l’immunité d’Omar Al-Bashir. Je ne peux, notamment, pas accepter la conclusion de la Majorité selon laquelle la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide¹ (« la Convention sur le génocide » ou « la Convention ») ne rend pas inapplicables les immunités d’Omar Al-Bashir en tant que chef d’État d’une Partie contractante à la Convention. Au contraire, je considère ce fondement juridique comme étant le plus convaincant en l’espèce (section II)².

2. La question de l’immunité d’Omar Al-Bashir a suscité diverses positions juridiques dans la jurisprudence de cette Cour. Elle a également été débattue devant d’autres instances et dans des travaux de la doctrine. Il n’y a là rien de surprenant, si l’on

¹ Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 78, p. 277.

² Je reconnais que ma position a changé depuis les deux décisions rendues par la présente Chambre en ce qui concerne la non-exécution par la République de Djibouti et la République de l’Ouganda de demandes d’arrestation et de remise d’Omar Al-Bashir à la Cour : Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, 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 ; et Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, Décision prenant acte de la non-exécution par la République de l’Ouganda de la demande d’arrestation et de remise d’Omar Al-Bashir à la Cour et renvoyant la question au Conseil de sécurité de l’ONU et à l’Assemblée des États parties au Statut de Rome, 11 juillet 2016, ICC-02/05-01/09-267-tFRA.

considère le fait qu'elle se situe au croisement de divers principes, régimes et finalités du droit : de la souveraineté des États au rôle et aux pouvoirs du Conseil de sécurité de l'ONU, et à l'engagement à mettre un terme à l'impunité pour les crimes les plus graves, principal objectif à l'origine de la création de cette Cour.

3. Par conséquent, le fondement juridique de la conclusion de la Chambre revêt une importance capitale. Les parties elles-mêmes ont débattu devant la Chambre, avec une plus ou moins grande intensité, des différentes positions juridiques en présence. C'est pourquoi j'estime qu'en plus de présenter mon interprétation de la Convention sur le génocide, je me dois d'analyser plus en détail les questions suivantes qui revêtent une importance particulière : i) le renvoi par le Conseil de sécurité de l'ONU a-t-il mis le Soudan dans une situation équivalente à celle d'un État partie, aboutissant ainsi à la levée de l'immunité d'Omar Al-Bashir par application des dispositions de l'article 27 du Statut de Rome (« le Statut ») ? (section III) ; ii) la résolution 1593 (2005) du Conseil de sécurité de l'ONU³ a-t-elle levé implicitement l'immunité d'Omar Al-Bashir ? (section IV) ; et iii) l'implication d'une cour internationale affecte-t-elle l'application de la règle de droit international coutumier concernant l'immunité personnelle des chefs d'État dans le cadre des rapports entre États ? (section V).

II. Quels effets la Convention sur le génocide a-t-elle sur les obligations de l'Afrique du Sud en vertu du droit international en ce qui concerne l'immunité personnelle d'Omar Al-Bashir ?

4. Dans le contexte de la présente procédure, l'Afrique du Sud a invoqué l'article 97 du Statut, et elle est le premier État à l'avoir fait⁴. Cette disposition autorise les États parties à consulter la Cour chaque fois qu'ils constatent l'existence de difficultés

³ Résolution 1593 (2005) du Conseil de sécurité de l'ONU, 31 mars 2005, S/RES/1593 (2005).

⁴ L'article 97 du Statut dispose que « [l]orsqu'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 [...] ».

pouvant gêner l'exécution d'une demande de coopération ou d'assistance. L'Afrique du Sud soutient que si elle avait exécuté la demande d'arrestation et de remise d'Omar Al-Bashir, elle aurait agi de façon incompatible avec l'obligation, résultant d'accords internationaux et du droit international coutumier, de respecter les immunités dont jouit l'intéressé en tant que chef d'État en exercice du Soudan⁵. Elle se fonde de fait sur les dispositions de l'article 98 du Statut et principalement sur celles de l'article 98-1⁶, comme cela a été précisé au cours de l'audience publique convoquée par la Chambre aux fins de prise de décision en application de l'application de l'article 87-7 du Statut (l'« audience du 7 avril 2017 »). La règle 195 du Règlement de procédure et de preuve envisage la possibilité que l'État requis soulève devant la Cour un problème d'exécution conformément aux dispositions de l'article 98. Il y est spécifiquement indiqué qu'« [u]n 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 ». Lue conjointement avec l'article 119-1 du Statut, cette procédure confère à la Cour à titre exclusif l'autorité de décider si l'Afrique du Sud est obligée de respecter les immunités d'Omar Al-Bashir⁷.

⁵ Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, Registry Report on the consultations undertaken under Article 97 of the Rome Statute by the Republic of South Africa and the departure of Omar Al-Bashir from South Africa on 15 June 2015*, 17 juin 2015, annexes 1 et 2, ICC-02/05-01/09-243-Anx1 et ICC-02/05-01/09-243-Anx2. Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, Submission from the Government of the Republic of South Africa for the purposes of proceedings under Article 87(7) of the Rome Statute*, ICC-02/05-01/09-290, paras 54 et suiv. et transcription de l'audience du 7 avril 2017, ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, pp. 18 et suiv.

⁶ L'article 98-1 du Statut est libellé comme suit :

La Cour ne peut présenter une demande 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.

⁷ Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, 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, 12 décembre 2011, ICC-02/05-01/09-139-tFRA, par. 11. Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, Décision

5. Ainsi, pour statuer sur la demande de l’Afrique du Sud, la Cour doit déterminer si, au vu de l’article 98-1 du Statut, l’arrestation et la remise d’Omar Al-Bashir à la Cour seraient incompatibles avec « les obligations qui [...] incombent [à l’Afrique du Sud] en droit international en matière d’immunité » relatives à Omar Al-Bashir en tant que chef d’État en exercice du Soudan. La référence aux « obligations [...] en droit international » indique que, le cas échéant, les obligations qui incombent à un État partie en droit international, tant conventionnel que coutumier, doivent être considérées « en matière d’immunité [...] d’une personne [...] d’un État tiers ».
6. Le Soudan et l’Afrique du Sud sont tous deux parties à la Convention sur le génocide, depuis respectivement le 11 janvier 2004 et le 10 mars 1999⁸. Le 12 juillet 2010, la Chambre préliminaire I a délivré un mandat d’arrêt contre Omar Al-Bashir au motif qu’il serait pénalement responsable, au sens de l’article 25-3-a du Statut, de crimes de génocide au sens des alinéas a), b) et c) de l’article 6 du Statut⁹. La Chambre préliminaire I a jugé qu’il y avait des motifs raisonnables de croire que des actes de génocide avaient été commis entre le mois d’avril 2003 et le 14 juillet 2008 dans l’ensemble de la région du Darfour¹⁰. Dans ce contexte, il est clair que les obligations qui incombent au Soudan et à l’Afrique du Sud en tant que Parties contractantes à la Convention sur le génocide doivent être examinées en vue de déterminer si elles ont un effet sur l’immunité d’Omar Al-Bashir et si les obligations

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, par. 16.

⁸ Voir état des adhésions, successions et ratifications de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, tel qu’il est présenté en ligne sur la page suivante : https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV1&chapter=4&lang=fr (dernière consultation le 12 juin 2017) et article XIII de la Convention sur le génocide.

⁹ Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, Deuxième Décision relative à la requête de l’Accusation aux fins de délivrance d’un mandat d’arrêt, 12 juillet 2010, ICC-02/05-01/09-94-tFRA, p. 31.

¹⁰ Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, Deuxième Décision relative à la requête de l’Accusation aux fins de délivrance d’un mandat d’arrêt, 12 juillet 2010, ICC-02/05-01/09-94-tFRA, paras 22 à 24, 29 à 31, et 36 à 40.

de l’Afrique du Sud envers le Soudan et envers la Cour sont en contradiction, au sens de l’article 98-1 du Statut¹¹.

7. Avant de trancher cette question, il est nécessaire de traiter un point préliminaire. Les arguments présentés par l’Afrique du Sud à la Chambre s’articulent autour de la question de savoir si « [TRADUCTION] le cas d’Omar Al-Bashir est couvert par l’article 98 »¹². La section III ci-dessous présente une analyse des effets juridiques du renvoi par le Conseil de sécurité de l’ONU et, en particulier, de la question de savoir si la résolution 1593 du Conseil de sécurité de l’ONU a mis le Soudan dans une situation équivalente à celle d’un État partie au Statut. En pareil cas, la relation horizontale entre le Soudan et l’Afrique du Sud serait régie par l’article 27-2 du Statut, en lieu et place de l’article 98-1 qui lui, est applicable dans le cadre des rapports entre États non parties et États parties¹³. Cependant, comme il est démontré par la suite, aucune conclusion certaine ne peut être tirée sur la question de savoir si la résolution 1593 du Conseil de sécurité de l’ONU a mis le Soudan dans une situation équivalente à celle d’un État partie. À supposer que le Soudan demeure un État non partie au Statut et que l’article 98-1 soit applicable, il sera démontré que si l’Afrique du Sud avait arrêté Omar Al-Bashir et l’avait remis à la Cour, elle n’aurait pas agi de façon incompatible avec ses obligations en droit international pour ce qui est des immunités dont jouit l’intéressé.
8. L’analyse qui suit s’articule en deux parties. La première porte sur l’applicabilité de la Convention sur le génocide en l’espèce. La seconde examine dans quelle mesure la Convention lève les immunités personnelles dont jouissent les « gouvernants » des

¹¹ On remarquera qu’à aucun moment, la Majorité ne prend en considération les effets de la Convention sur le génocide sur les obligations qui incombent à l’Afrique du Sud en droit international en ce qui concerne l’immunité d’Omar Al-Bashir. Sur l’applicabilité de la Convention sur le génocide dans le cadre de la présente procédure, voir *infra*, section II.A.

¹² Transcription de l’audience du 7 avril 2017, ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 18, ligne 16.

¹³ Sur les rapports entre les articles 27-2 et 98-1 du Statut, voir *infra*, section III.A.

Parties contractantes¹⁴. Cette analyse porte sur une interprétation de l'article IV de la Convention sur le génocide au regard des règles et moyens complémentaires d'interprétation prévus aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités¹⁵.

9. En substance, l'effet combiné de l'interprétation littérale et de l'interprétation contextuelle de l'article IV de la Convention sur le génocide, conjointement avec l'analyse de l'objet et du but du traité, permettent de conclure que lorsqu'ils doivent répondre d'allégations de génocide, les « gouvernants » d'un État au sens de l'article

¹⁴ En particulier, janvier 2011 a vu l'ouverture de l'*International Criminal Court Forum* (organisé par le Projet « Droits de l'homme » de la Faculté de droit de l'Université de Californie à Los Angeles en partenariat avec le Bureau du Procureur de la Cour), avec des discussions sur les questions suivantes : quelles sont les obligations qui incombent effectivement aux Parties contractantes à la Convention sur le génocide en matière d'exécution des mandats d'arrêt délivrés par la Cour sur la base d'accusations de génocide, et ces Parties peuvent-elles refuser de coopérer dans le cadre des efforts d'arrestation en tirant argument des immunités ? Cinq experts ont été invités à contribuer aux débats : voir *ICC Forum, Major Questions, Darfur Experts*, à consulter sur la page suivante : <http://iccforum.com/darfur> (dernière consultation le 12 juin 2017). Voir aussi D. Akande, « The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al-Bashir's Immunities », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, 2009, aux pages 350 et 351, où l'on peut lire que l'article IV de la Convention sur le génocide « [TRADUCTION] doit être compris comme levant toutes les immunités procédurales, dans la mesure où l'existence de telle immunités signifierait que les personnes visées à l'article IV ne seraient pas punies » ; G. Sluiter, « Using the Genocide Convention to Strengthen Cooperation with the ICC in the Al-Bashir Case », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8 (2010), où l'on peut lire, à partir de la page 378, que le régime de coopération inscrit dans la Convention sur le génocide ne contient pas de motif explicite de refus, et ne prévoit pas d'exception d'immunité ; M. Gillet, « The Call of Justice: Obligations under the Genocide Convention to Cooperate with the International Criminal Court », *Criminal Law Forum*, vol. 23 (2012), pp. 91 à 95 ; B. Schiffbauer, « Article IV », in C. Tams, L. Berster et B. Schiffbauer (Dir. pub.), *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: A Commentary* (2014), pp. 202 à 211, où il est soutenu que « [TRADUCTION] les articles IV et VI donnent naissance à des arguments fondés sur la Convention elle-même, qui empêchent l'invocation d'immunités si de ce fait, le devoir de garantir le châtement des criminels ne peut pas être rempli ». Pour un avis opposé, voir la contribution de P. Gaeta à la question du Darfour, *ICC Forum*, à consulter sur la page suivante : <http://iccforum.com/darfur#Gaeta> (dernière consultation le 12 juin 2017), où l'on peut lire que « [TRADUCTION] l'obligation de coopérer avec la CPI en conformité avec l'article VI de la Convention sur le génocide ne permet pas de s'écarter des règles du droit international coutumier qui régissent les immunités personnelles dont jouissent certains responsables étrangers de haut niveau, comme les chefs d'État en exercice » ; voir aussi P. Gaeta, « Immunities and Genocide » in P. Gaeta (Dir. pub.), *The UN Genocide Convention* (2009), p. 317 à 320 ; W. Schabas, *Genocide in International Law* (2009), p. 370 ; D. Jacobs, « The Frog that Wanted to Be an Ox: The ICC's Approach to Immunities and Cooperation », in C. Stahn (Dir. pub.), *The Law and Practice of the International Criminal Court* (2015), pp. 296 à 299.

¹⁵ Convention de Vienne sur le droit des traités, conclue à Vienne en 1969, *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 1155, p. 353.

IV de la Convention, ne sauraient jouir d'immunités personnelles. Aux termes des dispositions de l'article VI de la Convention, ces immunités sont levées aux fins de poursuites, notamment devant une « une cour criminelle internationale ». La CPI constitue de façon claire une telle cour criminelle internationale. Il en découle que l'Afrique du Sud n'aurait pas agi de manière incompatible avec ses obligations en droit international en ce qui concerne l'immunité d'Omar Al-Bashir si elle l'avait arrêté et remis à la Cour. En effet, l'accession du Soudan à la Convention sur le génocide a levé l'immunité de l'intéressé. Au regard des rapports horizontaux entre le Soudan et l'Afrique du Sud, rien ne faisait obstacle à l'exécution de la demande de la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise d'Omar Al-Bashir.

A. Applicabilité de la Convention sur le génocide en l'espèce

10. L'article VI de la Convention est ainsi libellé :

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

11. Afin de déterminer si la Convention sur le génocide est applicable en l'espèce et si une levée d'immunité sur le fondement de la Convention produit un effet vis-à-vis de la Cour, il convient de déterminer : i) si la Cour constitue une « cour criminelle internationale » au sens de l'article VI de la Convention ; ii) si le Soudan peut être considéré comme ayant reconnu la juridiction de la Cour ; et iii) si Omar Al-Bashir peut être considéré comme une « personne [...] accusée [...] de génocide » au sens de l'article VI de la Convention.

12. S'agissant de la première question, la Cour internationale de Justice (« CIJ ») a conclu ce qui suit :

[l]a notion de « cour criminelle internationale » au sens de l'article VI doit s'entendre au moins de toute juridiction pénale internationale créée après l'adoption de la Convention (à la date de laquelle une telle juridiction n'existait pas) à vocation potentiellement universelle et compétente pour juger les auteurs d'un génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III¹⁶.

13. La Cour pénale internationale est une juridiction internationale créée en vertu d'un traité, comme envisagé par les rédacteurs de la Convention sur le génocide. Elle a une vocation potentiellement universelle et est compétente pour connaître du crime de génocide en vertu des articles 5-a et 6 du Statut. Il convient de souligner que, non seulement la Cour a juridiction sur le crime de génocide, mais de surcroît la définition figurant à l'article 6 du Statut est la même que celle qui figure à l'article II de la Convention. Il ne fait aucun doute que la Cour constitue bien une « cour criminelle internationale » au sens de l'article VI de la Convention.
14. En ce qui concerne la deuxième question, il ressort de l'interprétation littérale de l'article VI que ses auteurs envisageaient que les États reconnaîtraient la juridiction de la « cour criminelle internationale » en adhérant à son traité fondateur. C'est le cas des États parties à la Cour, comme l'Afrique du Sud, qui ont reconnu sa juridiction en ratifiant le Statut. Toutefois, ce n'est pas le cas du Soudan, qui n'est pas partie au Statut. Cependant, à l'époque de la rédaction de la Convention sur le génocide, la « cour criminelle internationale » telle qu'envisagée n'était alors qu'un simple concept, et sa création ne pouvait se faire qu'en vertu d'un traité distinct. Il convient, par conséquent, d'examiner la condition « de reconnaissance de la juridiction » en prenant en considération tous les mécanismes par lesquels la Cour peut être compétente. Outre la possibilité pour un État d'accéder au Statut, le Statut prévoit deux autres conditions préalables à l'exercice de la compétence de la Cour : i) une

¹⁶ CIJ, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro) (Fond)*, Arrêt du 26 février 2007, par. 445.

déclaration en vertu de l'article 12-3 du Statut, ou ii) un renvoi par le Conseil de sécurité de l'ONU en vertu de l'article 13-b du Statut.

15. L'exercice de la compétence de la Cour, en l'espèce, repose sur l'article 13-b du Statut, à la suite du renvoi à la Cour de la situation au Darfour par le Conseil de sécurité de l'ONU dans sa résolution 1593. La question de savoir si le Soudan a « reconnu la juridiction » de la Cour revient à déterminer si le Soudan est tenu de reconnaître la compétence de la Cour. À cet égard, il convient de rappeler que, lorsqu'il a déféré à la Cour la situation au Darfour, le Conseil de sécurité de l'ONU agissait en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Aux termes de l'Article 25 de la Charte, les Membres de l'Organisation sont convenus d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité de l'ONU¹⁷. En tant qu'État Membre de l'ONU, le Soudan est donc tenu d'accepter la décision du Conseil de sécurité de l'ONU attribuant la compétence à la Cour en ce qui concerne la situation au Darfour. En d'autres termes, le Soudan peut être considéré comme ayant reconnu la juridiction de la Cour étant donné qu'il a reconnu les pouvoirs que le Chapitre VII de la Charte¹⁸ confère au Conseil de sécurité de l'ONU.

16. Il convient en outre de relever que, parce que le Soudan et l'Afrique du Sud ont « reconnu la juridiction » de la Cour, ils ont tous deux l'obligation de coopérer avec la Cour en application de l'article VI de la Convention sur le génocide. Cette obligation coexiste avec les autres obligations que le Statut et la résolution 1593 du Conseil de sécurité de l'ONU imposent à l'Afrique du Sud et au Soudan. À cet égard, il y a lieu de citer à nouveau la CIJ:

¹⁷ Charte des Nations Unies de 1945, *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 1, XVI, Article 25 : « Les Membres de l'Organisation conviennent d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité conformément à la présente Charte ».

¹⁸ CIJ, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, 21 juin 1971, par. 116.

Il est certain, en effet, que dès lors qu'une telle juridiction a été créée, l'article VI oblige les États contractants « qui en auront reconnu la juridiction » à coopérer avec elle, ce qui implique qu'ils procèdent à l'arrestation des personnes accusées de génocide se trouvant sur leur territoire — même si le crime dont elles sont accusées a été commis hors de celui-ci — et que, à défaut de les traduire devant leurs propres juridictions, ils les défèrent devant la cour internationale compétente pour les juger¹⁹.

17. La troisième et dernière question est celle de savoir si Omar Al-Bashir peut être considéré comme une « personne [...] accusée [...] de génocide ». Dans le cadre du Statut, on ne peut considérer que des charges sont portées contre Omar Al-Bashir qu'une fois que le Procureur a présenté un document de notification des charges visé à l'article 61-3 du Statut. Il importe toutefois de préciser que la confirmation des charges est une procédure particulière, propre à la Cour. S'il est vrai qu'Omar Al-Bashir n'est pas encore « accusé » au sens du Statut, la question en l'espèce est plutôt de savoir s'il est « accusé » au sens de la Convention sur le génocide.

18. Telle que définie dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), une « accusation » (c'est-à-dire une « charge » dans le contexte de la Cour), constitue « la notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale »²⁰. Dans le cas d'Omar Al-Bashir, la question est alors de savoir si la Cour lui a notifié qu'il lui est reproché d'avoir commis le crime de génocide. Comme il a été rappelé précédemment, la Chambre préliminaire I a conclu le 12 juillet 2010 qu'il y avait des motifs raisonnables de croire qu'Omar Al-Bashir était pénalement responsable, en application de l'article 25-3-a du Statut, d'avoir commis ce crime de génocide au sens des alinéas a), b) et c) de

¹⁹ CIJ, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro) (Fond)*, Arrêt du 26 février 2007, par. 443.

²⁰ CEDH, *Deweert c. Belgique*, n° 4570/05, Arrêt du 27 février 1980, par. 46 ; CEDH, *Eckle c. Allemagne*, n° 8130/78, Arrêt du 15 juillet 1982 (au principal), par. 73 ; CEDH, *Kravtas c. Lituanie, Application* n° 12717/06, *Judgment*, 18 janvier 2011, par. 36.

l'article 6 du Statut et a, en conséquence, délivré un mandat d'arrêt à son encontre²¹. Ledit mandat d'arrêt constitue donc bien une notification officielle des accusations telle que définie par la CEDH. À la lumière de ces éléments, Omar Al-Bashir peut être considéré comme étant une « personne [...] accusée [...] de génocide » aux fins de l'article VI de la Convention sur le génocide.

19. Ayant pris en compte toutes les exigences de l'article VI de la Convention sur le génocide, j'en viens à la deuxième question, celle de savoir si des immunités peuvent s'attacher à la qualité officielle d'un chef d'État en exercice lorsque celui-ci est « accusé » d'un crime de génocide par une « cour criminelle internationale » au sens de l'article VI de la Convention.

B. Les « gouvernants » d'une Partie contractante à la Convention sur le génocide bénéficient-ils de l'immunité de poursuites pour le crime de génocide ?

20. Pour la présente analyse, la disposition centrale de la Convention sur le génocide est l'article IV, qui est ainsi libellé :

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

a) Sens ordinaire

21. L'interprétation littérale du texte montre que l'article IV est formulé de manière impérative, comme le manifeste l'emploi de l'expression « *seront punis* » [non souligné dans l'original]. La disposition impose aux États l'obligation de punir les auteurs de génocide. À cet égard, elle ne fait aucune exception et énonce clairement que peuvent être punies *toutes* les personnes ayant commis un génocide, « qu'elles soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers ». Sur le plan

²¹ Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, Deuxième Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt, 12 juillet 2010, ICC-02/05-01/09-94-tFRA, p. 31 ; et Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, Deuxième Mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, ICC-02/05-01/09-95-tFRA.

grammatical, la clause « qu'elles *soient* des gouvernants [ou] des fonctionnaires » [non souligné dans l'original] est exprimée au présent du subjonctif, ce qui donne à penser que l'obligation de punir s'étend même aux « gouvernants » d'un État encore en fonction. J'y vois la première indication que l'immunité personnelle ne peut s'attacher à la qualité officielle d'une personne ayant commis un génocide.

22. L'article IV de la Convention sur le génocide a précédemment été interprété comme l'exclusion de tout moyen de défense fondé sur la qualité officielle²². S'il n'est guère contesté que la disposition est censée écarter de tels moyens de défense, l'interprétation littérale du texte donne toutefois à penser que le champ de ladite disposition ne se limite pas à cela. Premièrement, le texte couvre non seulement les représentants de l'État²³ mais aussi les « particuliers », pour lesquels les moyens de défense tirés de la qualité officielle ne sont pas pertinents. Deuxièmement, si l'on compare les dispositions de l'article IV de la Convention sur le génocide à celles d'autres instruments visant à exclure les moyens de défense tirés de la qualité d'officiel d'un État, il apparaît que l'article IV de la Convention est formulé dans des termes plus larges. On notera en particulier qu'aux termes de l'article 7 du Statut du Tribunal militaire de Nuremberg, qui est antérieur à la Convention sur le génocide, « [l]a situation officielle des accusés, soit comme chefs d'État, soit comme hauts fonctionnaires, ne sera considérée ni comme une excuse absolutoire ni comme un motif de diminution de la peine »²⁴. De même, l'article 6 du Statut du Tribunal

²² W. Schabas, *Genocide in International Law*, 2009, pp. 369 et suiv.

²³ La traduction française du cinquième rapport de la Commission du droit international sur les immunités de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État traduit « State officials » par « représentants de l'État ». A/CN.4/701.

²⁴ Statut du Tribunal militaire international, annexé à l'Accord entre le Gouvernement provisoire de la République française et les gouvernements des États-Unis d'Amérique, du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et de l'Irlande du Nord, et de l'Union des Républiques socialistes soviétiques concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe, 1945, Recueil des traités des Nations Unies, vol. 82, p. 281.

militaire de Tokyo²⁵, le principe III des Principes de Nuremberg²⁶, l'article 7-2 du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (« TPIY »)²⁷, l'article 6-2 du Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (« TPIR »)²⁸, l'article 6-2 du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone (« TSSL »)²⁹ et l'article 27-1 du Statut de la présente Cour sont tous formulés de manière plus restrictive que l'article IV de la Convention sur le génocide. Ils visent en effet spécifiquement les personnes ayant une qualité officielle.

23. Le champ de l'article IV de la Convention est plus large. En premier lieu et avant tout, l'article établit la responsabilité pénale individuelle pour le crime de génocide. Pour l'essentiel, il exclut toute impunité pour les auteurs de génocide, qu'ils soient « des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers », éliminant ainsi les éventuels espaces d'impunité. En deuxième lieu, l'article oblige les États à punir tous les auteurs de génocide, y compris les « gouvernants » d'un État. En troisième lieu, il exclut les moyens de défense tirés de la qualité d'officiel de l'État.
24. Dans le cadre de la présente analyse, le deuxième point susmentionné est particulièrement important. Comme évoqué ci-dessus, l'emploi du présent dans la phrase « soient des gouvernants [ou] des fonctionnaires » donne à penser que l'obligation de punir couvre les représentants de l'État en exercice. Cela conduit à s'interroger sur un point déterminant : quels États sont tenus par cette obligation de

²⁵ Statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, Proclamation spéciale du Commandant suprême des Puissances Alliées à Tokyo, 16 janvier 1946, *Treaties and Other International Acts Series*, 1589.

²⁶ Principes du droit international consacrés par le statut du tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1950, vol. II, p. 12.

²⁷ Statut du Tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit humanitaire international commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, adopté en vertu de la résolution 827 (1993) du Conseil de sécurité de l'ONU, 25 mai 1993.

²⁸ Statut du Tribunal pénal international chargé de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda entre le 1^{er} janvier 1994 et le 31 décembre 1994, adopté en vertu de la résolution 955 (1994) du Conseil de sécurité, 8 novembre 1994.

²⁹ Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, annexé à l'Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement de Sierra Leone relatif à la création d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone, 2002, *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 2178, p. 154.

punir ? Si l'obligation de punir n'incombe qu'à l'État dont le représentant est ressortissant, les immunités issues du droit international n'ont pas lieu d'être. L'interprétation systématique de l'article IV révèle toutefois que l'obligation de punir est plus large et vient ainsi étayer l'interprétation littérale de l'article IV, lecture dont il ressort que les immunités sont levées.

b) Interprétation systématique

25. L'article IV de la Convention est étroitement lié à l'article VI, lequel énonce une condition préalable nécessaire au jugement de l'auteur d'un génocide. L'article VI établit l'obligation de poursuivre les personnes accusées de génocide. Il prévoit deux types de juridictions compétentes : nationales ou internationales.
26. Le premier volet de l'article VI, concernant les poursuites nationales, prévoit la compétence des tribunaux de l'État sur le territoire duquel les crimes ont été commis. Deux cas de figure peuvent être envisagés : i) premièrement, l'auteur présumé des crimes est un ressortissant de l'État sur le territoire duquel les crimes ont été commis ; ii) deuxièmement, l'auteur présumé des crimes n'est pas un ressortissant de l'État sur le territoire duquel les crimes ont été commis. En pratique, la plupart des situations relèvent, et continueront vraisemblablement de relever, du premier cas, dans lequel les immunités en droit international sont dénuées de pertinence. Toutefois, il apparaît clairement que la Convention couvre les deux cas de figure. Elle oblige les Parties contractantes à poursuivre les personnes qui commettent un génocide sur leur territoire, quelle que soit leur nationalité.
27. Il ressort de la lecture conjointe des articles IV et VI qu'une Partie contractante à la Convention a l'obligation de poursuivre toute personne qui commet un génocide sur son territoire; cela inclut les ressortissants d'un État étranger. Autrement dit, chaque Partie contractante a consenti à ce que les tribunaux d'un autre État exercent leur compétence à l'égard de chacun de ses ressortissants ayant commis un génocide sur

le territoire de l'État étranger. Un tel consentement s'étend aussi aux « gouvernants » en exercice, en vertu de l'article IV de la Convention sur le génocide.

28. S'agissant du deuxième volet de l'article VI, le texte atteste de l'engagement des Parties contractantes à soumettre les auteurs de génocide à la compétence d'une cour criminelle internationale. Cette compétence n'était pas envisagée comme étant automatique, mais subordonnée à un accord entre États. C'est pourquoi on ne peut tirer que peu de conclusions du deuxième volet de l'article VI en ce qui concerne les immunités. Les travaux préparatoires sont néanmoins instructifs. Ils montrent que la participation de représentants de l'État à la commission d'un génocide a été largement débattue et que les États étaient déterminés à traduire en justice même les plus hauts représentants de l'État.

29. Le premier projet de Convention sur le génocide a été préparé par le Secrétariat de l'ONU en 1947³⁰. Dans ses commentaires sur le projet de convention, la France a estimé que le génocide ne pouvait être commis qu'avec la complicité du gouvernement. Elle a en outre affirmé que, sur le plan international, le crime de génocide devrait être mis à la charge des gouvernants qui, autrement, bénéficieraient de l'immunité au sein de leur propre État³¹. Plus tard, devant le Comité spécial du génocide, les États-Unis ont aussi soutenu que la définition du génocide en tant que crime international devrait exiger la participation ou la complicité du gouvernement³². L'idée de donner compétence à une cour criminelle internationale est étroitement liée à cette conception du génocide comme crime d'État. L'article IX du projet préparé par le Secrétariat de l'ONU dispose que les Parties contractantes « s'engagent » à déférer à la juridiction internationale les auteurs d'actes de génocide si « elles ne sont pas disposées, ni à les juger elles-mêmes [...], ni à les extradier », ou

³⁰ Doc. ONU A/401/Add.3 ; Le document cité ici et ci-dessous est accessible via le Système de diffusion électronique des documents des Nations Unies à consulter sur la page suivante : <https://documents.un.org/prod/ods.nsf/home.xsp>.

³¹ Doc. ONU A/401/Add.3.

³² Doc. ONU E/AC.25/SR.4, p. 3.

si « les actes de génocide ont été commis par des individus agissant comme organes de l'État, ou avec l'encouragement ou la tolérance de l'État »³³. À cet égard, la Norvège a appelé à l'établissement d'une cour criminelle internationale afin de surmonter les obstacles au sein des juridictions nationales³⁴, position soutenue par les États-Unis³⁵. La proposition a été retenue dans le texte final de la Convention, avec comme compromis le caractère non automatique de la compétence.

30. À titre de conclusion provisoire, on peut dire que l'article IV de la Convention sur le génocide impose aux Parties contractantes l'obligation de punir les auteurs de génocide, y compris les « gouvernants » en exercice. Une telle obligation peut être notamment assumée par un État dont l'auteur n'est pas ressortissant, si les crimes sont commis sur son territoire. Il s'ensuit qu'en consentant à l'exercice de la compétence d'un autre État à l'égard de ses « gouvernants » ayant commis un génocide, les Parties contractantes ont implicitement levé leurs immunités personnelles. Cette conclusion est, en outre, étayée par l'objet et le but de la Convention.

c) Interprétation téléologique

31. Au cours de l'examen de l'objet et du but de la Convention sur le génocide, il convient de s'intéresser à la lettre de l'article I, qui prévoit les deux obligations centrales pour les Parties contractantes : prévenir et punir. L'article I de la Convention dispose ainsi : « Les Parties contractantes confirment que le génocide, qu'il soit commis en temps de paix ou temps de guerre, est un crime du droit des gens, qu'elles s'engagent à prévenir et à punir ».

32. La question qui se pose est de savoir si les immunités personnelles sont incompatibles avec l'une de ces deux obligations dans le cadre de la Convention. Il

³³ Doc. ONU E/447, à consulter sur la page suivante :

<http://www.preventgenocide.org/law/convention/drafts/> (dernière consultation le 13 juin 2017).

³⁴ Doc. ONU E/623/Add.2, cité dans H. Abtahi and P. Webb, *The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires* (2008), pp. 633-634.

³⁵ Doc. ONU A/401/Add.2, p. 10.

semble, qu'en théorie du moins, l'obligation de punir ne soit pas incompatible avec les immunités personnelles, dans la mesure où les personnes bénéficiant de telles immunités peuvent être traduites en justice après l'expiration de leur mandat. La question suivante est de savoir si l'obligation de prévenir est aussi compatible avec les immunités. Pour y répondre, il convient de déterminer si, dans le cadre de la Convention sur le génocide, l'obligation de prévenir se limite à dissuader ceux qui pourraient être tentés de commettre des infractions à l'avenir en punissant ceux qui en ont déjà commis ; autrement dit, il faut se demander si l'obligation de prévenir est absorbée par l'obligation de punir. Dans l'affirmative, il n'y aurait pas d'incompatibilité entre la prévention et les immunités.

33. Prévenir signifie « [TRADUCTION] empêcher ou écarter ; mettre fin à quelque chose ou faire cesser la préparation, l'accessibilité ou la réalisation de cette chose »³⁶. Dans son sens ordinaire, le verbe prévenir présente deux aspects : i) prévenir des actes futurs ; ii) mettre fin à des actes en cours. Le texte de la Convention reflète ces deux aspects. Bien qu'il n'impose aucune obligation aux États, l'article VIII mentionne « la *prévention* et la *répression* des actes de génocide » [non souligné dans l'original]. Plus important encore, l'article III érige en infraction, entre autres, trois crimes non consommés : l'entente en vue de commettre le génocide (article III-b) ; l'incitation directe et publique à commettre le génocide (article III-c) ; et la tentative de génocide (article III-d)³⁷. Ces actes couvrent les phases préliminaires du génocide et montrent que la prévention n'était pas conçue par les auteurs de la Convention comme se limitant à la dissuasion au travers de la peine infligée. Les auteurs ont plutôt envisagé la possibilité d'intervenir au cours des phases initiales, avant qu'une campagne génocidaire ne soit pleinement lancée. Les travaux préparatoires confirment eux aussi que l'obligation de prévention et l'obligation de répression sont

³⁶ *Black's Law Dictionary*, 2^e édition (gratuite), « Prevent », à consulter sur la page suivante : <http://thelawdictionary.org/prevent/> (consulté pour la dernière fois le 13 juin 2017).

³⁷ W. Schabas, *Genocide in International Law*, 2009, p. 520.

des obligations distinctes³⁸. Les conclusions tirées par la CIJ dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2007 dans l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro* sont explicites sur ce point : « on ne saurait en déduire que l'obligation de prévention n'aurait pas d'existence juridique propre, qu'elle serait en quelque sorte absorbée par l'obligation de répression »³⁹. Enfin, le titre même de la Convention démontre que l'obligation de prévention ne revêt pas un caractère subsidiaire par rapport à l'obligation de répression.

34. Deux points importants peuvent être déduits de ce qui précède. En premier lieu, l'obligation de prévention du génocide n'est pas simplement une composante de l'obligation de répression. Il s'agit d'une obligation autonome et d'un objectif à poursuivre en soi, et non uniquement au travers d'une peine infligée. En fait, pour les crimes internationaux comme le génocide, l'effet dissuasif de la peine peut être limité. En effet, la peine intervenant après les faits, son impact risque d'être insuffisant et tardif. En créant une obligation spécifique de prévention, la Convention sur le génocide remédie à cette regrettable réalité⁴⁰.

35. En second lieu, l'obligation de prévention couvre l'obligation de répression des actes de génocide en cours. Les États peuvent prendre des mesures diverses pour prévenir et réprimer les actes de génocide, notamment l'arrestation et la traduction en justice des personnes soupçonnées d'avoir commis un génocide, de participation à une entente en vue de commettre le génocide, d'incitation à commettre le génocide ou de tentative de génocide. La lecture des dispositions de la Convention au regard de

³⁸ Voir les conclusions de la CIJ dans l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro) (Fond)*, Arrêt du 26 février 2007, paras 160 à 162.

³⁹ CIJ, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro) (Fond)*, Arrêt du 26 février 2007, par. 427.

⁴⁰ Dans ce contexte, on relèvera que la prévention du génocide revêt une importance telle que le Bureau des Nations Unies de la prévention du génocide et de la responsabilité de protéger a nommé un conseiller spécial du Secrétaire général pour la prévention du génocide afin d'assurer une prévention efficace du génocide, notamment au moyen du Cadre d'analyse des atrocités criminelles, qui permet d'identifier les principaux facteurs de risque pour le génocide.

l'obligation de prévention met en lumière la tension qui existe entre la prévention et les immunités personnelles. Dans le cadre de la Convention, les tribunaux remplissent deux rôles en matière de prévention : i) ils punissent les auteurs des crimes en vue de dissuader ceux qui pourraient être tentés d'en commettre à l'avenir ; et ii) ils poursuivent et jugent les personnes accusées, entre autres, de génocide, de participation à une entente en vue de commettre le génocide, d'incitation à commettre le génocide ou de tentative de génocide, et ce, dans le but de prévenir ou de réprimer la commission de crimes en cours. De ce point de vue, les immunités personnelles semblent incompatibles avec la portée de la Convention. Comment les Parties contractantes auraient-elles pu, d'une part, s'engager à prévenir et à réprimer le génocide et, de l'autre, maintenir les immunités personnelles de leurs « gouvernants » ayant commis un génocide ?

36. Pour souligner et renforcer ce point essentiel, on citera la résolution 96 (I) de l'Assemblée générale des Nations Unies : « [le génocide] bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'humanité, qui se trouve ainsi privée des apports culturels ou autres de ces groupes, et est contraire à la loi morale ainsi qu'à l'esprit et aux fins des Nations Unies »⁴¹. La prévention est d'autant plus importante que les conséquences du crime de génocide sont irréparables et que les valeurs que la loi vise à protéger sont considérées comme fondamentales par la communauté internationale. Il est important de rappeler que l'interdiction du génocide est une norme du *jus cogens*⁴². Maintenir les immunités personnelles dans ce contexte entraverait significativement les efforts de prévention et de répression du génocide, et serait contraire à l'objet et au but de la Convention.

37. Pour résumer ce qui précède, les Parties contractantes à la Convention sur le génocide ont, au vu de l'article IV, l'obligation de punir tous les auteurs de génocide,

⁴¹ Résolution 96 (I) de l'Assemblée générale des Nations Unies sur le « crime de génocide », 11 décembre 1946, A/RES/96(I).

⁴² CIJ, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro) (Fond)*, Arrêt du 26 février 2007, paras 161 et 162.

y compris les « gouvernants » en exercice. Cette obligation peut s'imposer par extension à un État étranger, autre que celui dont le représentant de l'État est le ressortissant. L'État sur le territoire duquel les crimes ont été commis a l'obligation, entre autres, d'arrêter et de traduire en justice l'auteur en question en vue de réprimer la commission de crimes et de prévenir la commission de futurs crimes. Tout ceci amène à conclure que pour donner effet au cadre formé par ces obligations, les immunités personnelles des « gouvernants » doivent être levées lorsqu'ils sont accusés de génocide ou de tout autre acte connexe, tels qu'ils sont prévus par les dispositions de l'article III de la Convention.

C. Conclusion

38. Comme cela vient d'être démontré, les immunités personnelles sont incompatibles avec les obligations des Parties contractantes à la Convention sur le génocide et le Soudan doit être considéré comme ayant renoncé aux immunités de ses « gouvernants » du fait de son adhésion à la Convention. Étant donné qu'il est reproché à Omar Al-Bashir d'avoir commis un crime de génocide, il ne jouit plus de l'immunité d'arrestation et de remise. Il s'ensuit que les conditions visées à l'article 98-1 du Statut sont remplies en raison de l'antériorité de l'adhésion du Soudan à la Convention sur le génocide. Étant donné qu'il n'existait aucun obstacle à la coopération horizontale entre l'Afrique du Sud et le Soudan en ce qui concerne l'exécution de la demande d'arrestation et de remise de la Cour, l'Afrique du Sud n'aurait pas agi de façon incompatible avec les « obligations qui lui incombent en droit international en matière d'immunité [...] d'une personne [...] d'un État tiers » au sens de l'article 98-1 si elle avait arrêté Omar Al-Bashir et si elle l'avait remis à la Cour⁴³.

⁴³ De plus, comme souligné plus haut, tant l'Afrique du Sud que le Soudan ont l'obligation de coopérer avec la Cour, en application de l'article VI de la Convention sur le génocide.

III. Quel est le statut du Soudan à la suite du renvoi à la Cour de la situation au Darfour par le Conseil de sécurité de l'ONU ?

39. La question suivante est celle du statut du Soudan vis-à-vis de la Cour eu égard à la résolution 1593 du Conseil de sécurité de l'ONU⁴⁴. Plus précisément, dans le contexte de la présente procédure, il importe de déterminer si le Soudan est dans une situation équivalente à celle d'un État partie au Statut, ou s'il devrait être considéré comme un État non partie au Statut. Le résultat de cette analyse détermine dès lors quelle disposition juridique au regard des immunités s'applique à la relation entre la Cour, l'Afrique du Sud et le Soudan dans le contexte de la demande d'arrestation et de remise visant Omar Al-Bashir.
40. Avant d'examiner les arguments spécifiquement avancés à ce sujet par l'Afrique du Sud et par le Procureur, il convient de s'intéresser à la relation qui existe, de façon générale, entre les articles 27-2 et 98-1 du Statut. C'est en effet au regard de l'interaction entre ces deux dispositions qu'il convient d'examiner les arguments du Procureur et ceux de l'Afrique du Sud.

A. *Quelle est la relation entre les articles 27-2 et 98-1 du Statut ?*

41. Tant l'Afrique du Sud que le Procureur conviennent qu'en principe, un renvoi par le Conseil de sécurité de l'ONU a pour conséquence que s'applique l'ensemble du

⁴⁴ Il convient de relever que la résolution 1593 du Conseil de sécurité de l'ONU ne fait pas mention de l'article 13-b du Statut. Ce dernier dispose que « [l]a Cour peut exercer sa compétence à l'égard d'un crime visé à l'article 5, conformément aux dispositions du présent Statut [...] [s]i 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 ». Sur ce fondement, le Statut autorise la Cour à exercer sa compétence, même si les conditions préalables définies à l'article 12-2 ne sont pas remplies et en l'absence de consentement *ad hoc*, au sens de l'article 12-3, d'un État non partie. En dépit du silence de la résolution 1593 sur ce point, l'article 13-b constitue la seule base légale en vertu de laquelle le Conseil de sécurité de l'ONU peut déférer à la Cour une situation. Cela est confirmé par l'article 17-1 de l'Accord négocié régissant les relations entre la Cour pénale internationale et l'Organisation des Nations Unies (ICC-ASP/3/Res.1), conclu en 2004. Par conséquent, en déférant à la Cour la situation au Darfour, le Conseil de sécurité de l'ONU a implicitement déclenché cette disposition. En conséquence, la condition préalable essentielle permettant à la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de la situation au Darfour est remplie.

Statut⁴⁵. Il s'agit là, en effet, d'une lecture exacte du Statut. L'article 13-b du Statut autorise explicitement la Cour à « exercer sa compétence » lorsqu'une situation lui est déférée par le Conseil de sécurité de l'ONU. En outre, l'article 1 du Statut dispose que « [l]a compétence et [le] fonctionnement [de la Cour] sont régis par les dispositions du présent Statut » [non souligné dans l'original]. La lecture conjointe de ces dispositions amène à la conclusion que le renvoi d'une situation à la Cour par le Conseil de sécurité de l'ONU déclenche l'application du Statut dans son intégralité. L'exercice de la compétence de la Cour est expressément régi par le Statut et celui-ci ne prévoit pas de limitation à sa compétence. Cette interprétation est conforme aux conclusions auxquelles la Cour a précédemment abouti à plusieurs occasions⁴⁶.

42. En toute logique, l'applicabilité de l'ensemble du Statut implique, entre autres, l'applicabilité des articles 27-2 et 98-1 du Statut. À première vue, ces dispositions semblent être en contradiction l'une avec l'autre. L'article 27-2 semble tout à fait exclure un effet des immunités en droit national et international s'agissant des procédures menées devant la Cour. À l'inverse, l'article 98-1 donne l'impression que les immunités peuvent, dans certaines circonstances, empêcher l'exercice de la compétence de la Cour. Les travaux préparatoires ne donnent que peu d'indications à cet égard, chaque article ayant été élaboré par un groupe de travail différent, traitant de questions distinctes⁴⁷. Pour les raisons exposées ci-après, ces dispositions doivent, en tout état de cause, être considérées comme ayant des champs d'application propres au sein du Statut.

⁴⁵ Transcription de l'audience du 7 avril 2017, ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 86, et pp. 65 et 71, respectivement.

⁴⁶ Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Saïf Al-Islam Gaddafi et Abdullah Al-Senussi*, *Decision on the postponement of the execution of the request for surrender of Saïf Al-Islam Gaddafi pursuant to article 95 of the Rome Statute*, 2 juin 2012, ICC-01/11-01/11-163, paras 28 et 29, présentant des références supplémentaires.

⁴⁷ O. Triffterer et C. Burchard, « Article 27 » in O. Triffterer et K. Ambos (Dir. pub.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 2016, numéros 5 et 15.

43. Premièrement, l'interprétation contextuelle du Statut indique que ces dispositions visent des buts différents. L'article 27-2 relève du chapitre III du Statut, qui porte sur les principes généraux du droit pénal. L'article 98-1 fait quant à lui partie du chapitre IX du Statut, qui porte sur la coopération internationale et l'assistance judiciaire, et concerne aussi bien les États parties que les États non parties. Ces dispositions ont donc des rôles distincts dans la logique du Statut. La première énonce le défaut de pertinence des immunités personnelles dans le cadre des procédures portées devant la Cour. La seconde tend à éviter que les demandes de coopération et d'assistance de la Cour aient pour effet de porter atteinte aux immunités dans les rapports horizontaux entre États. Ainsi, « [TRADUCTION] étant donné que le droit pénal et le droit de la coopération internationale en matière pénale obéissent à des logiques différentes, les articles 27 et 98 [du Statut] devraient être interprétés indépendamment l'un de l'autre »⁴⁸.

44. Deuxièmement, l'interprétation contextuelle de ces dispositions montre, en outre, qu'elles s'appliquent dans des circonstances différentes. L'article 27-2 du Statut régit les rapports : i) entre les États parties et la Cour ; ou ii) entre États parties dans le contexte d'une demande de coopération venant de la Cour. L'article 98-1 du Statut régit les rapports : i) entre les États non parties et la Cour ; ou ii) entre États non parties et États parties dans le contexte d'une demande de coopération adressée par la Cour à des États parties. Cette conclusion fait suite à la mention d'« État tiers » dans l'article 98-1, ce qui doit être interprété comme signifiant « État non partie »⁴⁹. Cela tient au fait que, en adoptant le Statut, les États parties ont accepté d'être liés par son article 27-2 et ont donc l'obligation générale de coopérer avec la Cour conformément à l'article 86 du Statut. Il s'ensuit logiquement que les immunités ne peuvent être invoquées devant la Cour ni dans le cadre des rapports entre la Cour et

⁴⁸ O. Triffterer et C. Burchard, « Article 27 » in O. Triffterer et K. Ambos (Dir. pub), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 2016, numéro 5.

⁴⁹ Dans la même veine, voir P. Gaeta, « Does President Al-Bashir Enjoy Immunity from Arrest? », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, 2009, p. 328.

les États parties ni dans celui des rapports entre États parties dans le contexte d'une demande de coopération émanant de la Cour. Sur ce fondement, seuls les États non parties peuvent opposer des immunités à la Cour ou à un État partie tenu de coopérer avec la Cour.

45. Troisièmement, la théorie de l'« effet utile », selon laquelle une disposition doit être interprétée de façon à avoir un effet réel⁵⁰, conforte la lecture qui vient d'être faite des articles 27-2 et 98-1 du Statut. À cet égard, le simple fait que l'article 98-1 ait été inclus dans le Statut indique que ses rédacteurs entendaient que cette disposition ait un effet précis. Cela étant, si la mention d'« État tiers » à l'article 98-1 faisait référence à un autre État partie, cette disposition serait dénuée de sens au vu des obligations des États parties susmentionnées, telles qu'elles sont prévues aux articles 27-2 et 86 du Statut. Interpréter « État tiers » comme renvoyant à un État non partie au Statut est par conséquent la seule interprétation permettant de donner effet à l'article 98-1.
46. Pour résumer, les considérations précédentes prises conjointement semblent indiquer que les articles 27-2 et 98-1 ne sont pas en contradiction l'un avec l'autre, mais plutôt qu'ils remplissent des fonctions différentes dans le Statut. L'article 27-2 dispose que les immunités n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence dans les rapports entre la Cour et les États parties ou dans les rapports entre États parties dans le contexte d'une demande de coopération émanant de la Cour. Cependant, dans les circonstances spécifiques prévues à l'article 98-1, un État non partie peut opposer à la Cour ou à un État partie tenu de coopérer avec celle-ci des immunités empêchant, selon lui, l'exercice de la compétence de la Cour.
47. Une fois établi que les articles 27-2 et 98-1 du Statut couvrent des champs d'application distincts, il convient de déterminer si, à la suite du renvoi de la situation au Darfour par le Conseil de sécurité de l'ONU, le Soudan se trouve dans

⁵⁰ CIJ, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, 21 juin 1971, par. 66.

une situation équivalente à celle d'un État partie au Statut. Le statut du Soudan à cet égard peut entraîner des réponses opposées à la question examinée ici. Si le Soudan se trouve dans une situation équivalente à celle d'un État partie, l'article 27-2 s'applique et, par conséquent, « [TRADUCTION] un État partie requis ne serait pas tenu par une obligation internationale contraire envers un autre État, si cet État tiers avait consenti à la non-applicabilité des exceptions d'incompétence de la Cour tirées des immunités de procédure, soit directement en devenant un État partie, soit indirectement en raison de son devoir d'accepter et d'exécuter les décisions du Conseil de sécurité de l'ONU »⁵¹. Si le Soudan n'est pas dans une situation équivalente à celle d'un État partie, l'article 98-1 pourrait s'appliquer, ce qui, dans le cas où les exigences seraient réunies, pourrait signifier que des immunités peuvent être opposées à l'État requis dans le cadre d'une demande de coopération émanant de la Cour.

B. Le Soudan est-il dans une situation équivalente à celle d'un État partie aux fins de la présente procédure ?

a) La thèse du Procureur

48. Le Procureur soutient que « [TRADUCTION] la conséquence juridique de l'engagement de la compétence de la Cour par le Conseil de sécurité de l'ONU est que la Cour va exercer cette compétence conformément aux "dispositions du [...] Statut". L'une de ces disposition est la non-applicabilité des exceptions d'incompétence de la Cour tirées des immunités de procédure »⁵². D'après le Procureur, « [TRADUCTION] la résolution 1593 a donc pour effet de mettre le Soudan dans une situation comparable à celle d'un État partie ». « [TRADUCTION] Ce résultat n'enfreint pas l'article 34 de la Convention de Vienne sur le droit des traités puisque le traité par lequel le Soudan a consenti à être lié est la Charte des

⁵¹ Transcription de l'audience du 7 avril 2017, ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 71.

⁵² Transcription de l'audience du 7 avril 2017, ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 71.

Nations Unies »⁵³. De plus, le Procureur affirme que les immunités ne persistent pas dans le cadre des rapports horizontaux entre les États aux fins de l'exécution de demandes de remise émanant de la Cour, puisqu'une telle interprétation « [TRADUCTION] rendrait l'article 27 du Statut totalement illusoire dans la mesure où la compétence de la Cour ne se verrait jamais donner effet »⁵⁴. Enfin, le Procureur est d'avis que l'affaire de la CIJ dite du *Mandat d'arrêt* n'a pas d'incidence sur ces conclusions. La CIJ a en effet déterminé qu'il existe une exception à la règle du droit international coutumier concernant les immunités « [TRADUCTION] dans le cadre des procédures pénales ouvertes [...] "devant certaines juridictions pénales internationales dès lors que celles-ci sont compétentes" », ce qui comprend la CPI⁵⁵.

49. En substance, le Procureur fait valoir que le renvoi à la Cour de la situation au Darfour par le Conseil de sécurité de l'ONU efface la distinction opérée dans le Statut entre États parties et États non parties. Plus spécifiquement, ce renvoi par le Conseil de sécurité de l'ONU a, selon le Procureur, mis le Soudan dans une situation équivalente à celle d'un État partie au Statut, ce qui rendrait l'article 27-2 du Statut applicable. Cette position est confortée par des arguments en sa faveur dans le Statut, pour les raisons suivantes.

b) Analyse de la thèse du Procureur

50. De manière générale, les États non parties au Statut dont le Conseil de sécurité de l'ONU a renvoyé la situation devant la Cour sont dans une position juridique différente de celle des autres États non parties. Bien que ces derniers continuent de relever de la règle générale de droit international selon laquelle « [u]n traité ne crée ni obligations ni droits pour un État tiers sans son consentement »⁵⁶, le Statut autorise expressément l'exercice de la compétence de la Cour pour une situation se

⁵³ Transcription de l'audience du 7 avril 2017, ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 71.

⁵⁴ Transcription de l'audience du 7 avril 2017, ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 72.

⁵⁵ Transcription de l'audience du 7 avril 2017, ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 76.

⁵⁶ Article 34 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 1155, p. 364.

trouvant dans un État non partie qui a été renvoyée à la Cour par le Conseil de sécurité de l'ONU en vertu de l'article 13-b du Statut. Le Statut admet donc la possibilité que, conjointement avec les prérogatives que la Charte des Nations Unies reconnaît au Conseil de sécurité de l'ONU, l'exercice de la compétence de la Cour puisse entraîner certaines obligations à l'égard d'un État non partie au Statut. Sur ce fondement, il est possible de soutenir que le renvoi à la Cour de la situation au Darfour par le Conseil de sécurité de l'ONU a mis le Soudan dans une situation équivalente à celle d'un État partie au Statut, et qu'il est dès lors obligé d'accepter que les immunités ne peuvent empêcher la Cour d'exercer sa compétence, conformément à l'article 27-2 du Statut lui en fait obligation.

51. En outre, le Statut établit un lien entre la compétence de la Cour et le défaut de pertinence des immunités. L'article 27-2 du Statut dispose en effet que les immunités « n'empêchent pas la Cour d'exercer sa *compétence* à l'égard [d'une] personne » [non souligné dans l'original]. Ce lien donne à penser que, lorsque la Cour peut exercer sa compétence, les immunités de la personne concernée perdent toute pertinence, comme si cette personne était ressortissante d'un État partie. Cette position a aussi été défendue par la doctrine : « [TRADUCTION] [l]a décision du Conseil de sécurité de l'ONU de conférer compétence à la CPI étant (implicitement) une décision de conférer compétence conformément au Statut, elle doit être appréhendée comme couvrant toutes les dispositions du Statut qui définissent comment l'exercice de cette compétence doit s'effectuer. L'article 27 est l'une de ces dispositions [...]. Le fait que le Soudan soit tenu – par l'article 25 de la Charte des Nations Unies et, implicitement, par la résolution 1593 du Conseil de sécurité de l'ONU – d'accepter les décisions de la CPI met cet État dans une position analogue à celle d'un État partie au Statut »⁵⁷.

⁵⁷ D. Akande, « The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al-Bashir's Immunities », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, 2009, p. 342; voir aussi C. Kreß, « The International Criminal Court and Immunities under International Law for States Not Party to

C. *Le Soudan est-il un État non partie aux fins de la présente procédure ?*

a) La thèse de l’Afrique du Sud

52. L’Afrique du Sud soutient que le Soudan continue d’être un État non partie, étant donné que l’exercice de la compétence de la Cour ne suffit pas à affirmer que le Soudan est mis dans une situation équivalente à celle d’un État partie. De ce fait, l’article 98-1 du Statut trouverait à s’appliquer⁵⁸. Elle avance de façon plus précise que :

[TRADUCTION] Le Soudan n’est pas, comme le suggère le Bureau du Procureur, comparable à un État partie. Il n’a ni le droit de décider ni le droit de voter à l’Assemblée des États parties. Il ne verse pas de contribution. La seule chose que fait l’article 13-b du Statut de Rome, ou plutôt, que fait le Conseil de sécurité de l’ONU en vertu de cette disposition est de donner compétence à la Cour. [...] et aussi de s’assurer que le Statut s’appliquera dans son intégralité [...], donc y compris son article 98. Mais cela ne va pas plus loin. [...] Le paragraphe 2 de la résolution adoptée par le Conseil de sécurité de l’ONU impose une obligation au Soudan. Cela ne serait pas nécessaire si le Soudan était dans une situation comparable à celle d’un État partie, parce qu’alors, le chapitre IX du Statut serait applicable et le Soudan serait déjà tenu de coopérer⁵⁹.

53. L’argument de l’Afrique du Sud consiste essentiellement à soutenir que le Conseil de sécurité de l’ONU n’a renvoyé la situation au Darfour à la Cour que dans la mesure où ce renvoi respecte la distinction entre États parties et États non parties, conformément au principe fondamental de droit international selon lequel « [u]n traité ne crée ni obligations ni droits pour un État tiers sans son consentement »⁶⁰. Cette position est confortée par des éléments en sa faveur dans le Statut, pour les raisons suivantes.

the Court’s Statute » *in* M. Bergsmo et Y. Lin (Dir. pub.), *State Sovereignty and International Criminal Law*, 2012, pp. 240 à 243.

⁵⁸ Transcription de l’audience du 7 avril 2017, ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 86.

⁵⁹ Transcription de l’audience du 7 avril 2017, ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 86.

⁶⁰ Article 34, Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 1155, p. 331.

b) Analyse de la thèse de l’Afrique du Sud

54. Tout d’abord, comme le relève l’Afrique du Sud et comme évoqué ci-dessus, la conclusion selon laquelle le renvoi d’une situation à la Cour par le Conseil de sécurité de l’ONU engage l’applicabilité du Statut dans son intégralité implique nécessairement l’applicabilité, entre autres, non seulement de l’article 27-2 du Statut mais aussi de l’article 98-1. Comme cela a été dit précédemment, l’article 98-1 régit les rapports i) entre les États non parties et la Cour ; ou ii) entre les États non parties et les États parties dans le contexte d’une demande de coopération adressée par la Cour à un État partie. Il s’ensuit que le renvoi d’une situation à la Cour par le Conseil de sécurité de l’ONU active également des dispositions intéressant les États non parties, ce qui semble indiquer que ce renvoi ne met pas nécessairement un État non partie dans une situation équivalente à celle d’un État partie au Statut. Un juge éminent semble implicitement partager cette position :

[TRADUCTION] Le Statut de la Cour dispose que si le chef d’un État ayant ratifié le Statut (Italie, France, Angleterre, Japon, etc.) commet un crime comme un génocide ou un crime contre l’humanité, il peut être traduit en justice devant la Cour parce qu’il ne peut pas invoquer les immunités personnelles qui lui sont attachées. Si toutefois l’accusé est chef d’un État qui n’a pas ratifié le Statut (Chine, Russie, États-Unis, Soudan, etc.), il peut bénéficier de cette immunité⁶¹.

55. Deuxièmement, la possibilité pour la Cour d’exercer sa compétence ne revient pas en soi à dire que les immunités des représentants de l’État sont levées, comme si un État non partie se trouvait dans une situation équivalente à celle d’un État partie au Statut. À cet égard, la CIJ a jugé que « les règles gouvernant la compétence des tribunaux nationaux et celles régissant les immunités juridictionnelles doivent être soigneusement distinguées : la compétence n’implique pas l’absence d’immunité et

⁶¹ A. Cassese, « Giustizia impossibile », *La Repubblica*, 5 mars 2009, à consulter sur la page suivante : <http://www.repubblica.it/2009/03/sezioni/esteri/bashir-mandato-cattura/cassese-bashir/cassese-bashir.html> (dernière visite 5 juillet 2017).

l'absence d'immunité n'implique pas la compétence »⁶². Cette conclusion résulte de la distinction générale entre les deux concepts. Comme l'a exprimé la Commission du droit international, « [s]ans juridiction, il n'y a aucune raison de poser ou d'examiner la question de l'immunité de juridiction »⁶³. Il s'ensuit que les deux concepts doivent être considérés séparément. Par conséquent, l'existence de la compétence n'est pas synonyme d'absence d'immunité et inversement. Cette approche est également suivie par les tribunaux nationaux. L'étude de la pratique des tribunaux nationaux qu'a effectué la Commission du droit international conclut que « [l]'existence de la compétence est [...] l'élément initial sur lequel repose l'immunité ; cette affirmation n'a été réfutée ni par la pratique ni par la doctrine. Il suffit de rappeler qu'en règle générale, lorsque les tribunaux nationaux ont dû se prononcer sur des demandes d'immunités, ils n'ont pas conclu à leur incompétence dans l'abstrait mais à l'impossibilité d'exercer leur compétence à l'égard d'un fonctionnaire d'un État tiers bénéficiant de l'immunité »⁶⁴.

56. Dans les circonstances propres à la présente affaire, cette logique s'applique également *mutatis mutandis* à la Cour. La compétence de la Cour s'exerce nécessairement sur le fondement du Statut, y compris, comme cela a été dit, au travers des articles 27-2 et 98-1. Le renvoi à la Cour de la situation au Darfour n'a donc pas exclusivement activé l'application de l'article 27-2, mais a aussi préservé la possibilité d'appliquer l'article 98-1, lequel autorise un État non partie à opposer, dans certaines particulières les immunités de certains de ses représentants à la Cour ou à un État partie. Compétence et immunités étant des concepts distincts, une fois la compétence de la Cour établie, il est nécessaire de déterminer s'il existe des

⁶² CIJ, *affaire relative au Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique) (Fond)*, Arrêt du 14 février 2002, paras 59 et 61.

⁶³ Commission du droit international, Rapport préliminaire sur l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère, par Roman Anatolevich Kolodkin, Rapporteur spécial, A/CN.4/601, 29 mai 2008, par. 43.

⁶⁴ Commission du droit international, Cinquième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État, établi par Concepción Escobar Hernández, Rapporteuse spéciale, A/CN.4/701, 14 juin 2016, par. 145.

immunités qui empêcheraient l'exercice de cette compétence. Il ne s'ensuit pas nécessairement que le simple fait que la Cour puisse exercer sa compétence à la suite d'un renvoi par le Conseil de sécurité de l'ONU rende applicable l'article 27 du Statut, comme si le Soudan était dans une situation équivalente à celle d'un État partie. De même, il a été soutenu dans la doctrine que « [TRADUCTION] le renvoi par le Conseil de sécurité de l'ONU est seulement un mécanisme prévu par le Statut pour déclencher la compétence de la CPI : il ne transforme pas et ne saurait transformer un État non partie en État partie au Statut, et il n'a pas fait du Soudan un État partie au Statut »⁶⁵.

57. En outre, ces arguments n'ont pas à être interprétés comme privant de tout sens l'article 27-2 du Statut, dans la mesure où il est suggéré que la possibilité de juger une personne bénéficiant d'immunités personnelles devant la Cour serait exclue dans tous les cas de figure. Cela tient au fait que cette lecture doit être interprétée en conformité avec les limites générales qui s'attachent aux immunités personnelles en droit international. Comme cela a été relevé par la doctrine, « [TRADUCTION] il reste possible, sur le fondement [...] d'un mandat d'arrêt [délivré par la Cour], qu'un État puisse remettre à la Cour une personne une fois que celle-ci ne jouit plus d'immunités, soit parce qu'elle a quitté son poste soit parce que l'État requérant a réussi à obtenir la levée des immunités auprès de l'État étranger que la personne représente »⁶⁶. Selon cette approche, il ne peut être soutenu que « [TRADUCTION] la compétence de la Cour pourrait ne jamais se voir donner effet »⁶⁷. Sa compétence n'est pas remise en cause dans son ensemble à proprement parler, mais elle doit être exercée conjointement avec d'autres règles du droit international général applicables

⁶⁵ P. Gaeta, « Does President Al-Bashir Enjoy Immunity from Arrest? », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, 2009, p. 324. Relevons que la Majorité n'examine dans son analyse aucun des arguments présentés ci-dessus.

⁶⁶ P. Gaeta, « Does President Al-Bashir Enjoy Immunity from Arrest? », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, 2009, p. 326 ; voir aussi D. Jacobs, « The Frog that Wanted to be an Ox: The ICC's Approach to Immunities and Cooperation », in C. Stahn (Dir. pub), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, 2015, p. 295.

⁶⁷ Transcription de l'audience du 7 avril 2017, ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 72.

dans le contexte particulier du renvoi d'une situation à la Cour par le Conseil de sécurité de l'ONU.

D. Conclusion

58. Pour conclure, tant les arguments de l'Accusation que ceux de l'Afrique du Sud présentent des éléments de validité. Les deux thèses en présence sont chacune, dans une certaine mesure, étayées par le Statut et la doctrine. Cependant, contrairement à ce que la Majorité conclut et au vu des divergences précédemment évoquées, les arguments en présence ne me permettent pas de tirer de conclusion certaine sur la question de savoir si le renvoi à la Cour de la situation au Darfour par le Conseil de sécurité de l'ONU a mis ou non le Soudan dans une situation équivalente à celle d'un État partie au Statut. C'est pourquoi, en l'état actuel du droit, on ne saurait déterminer exclusivement sur la base des effets juridiques de la résolution 1593 du Conseil de sécurité de l'ONU si, en général, l'article 27-2 ou l'article 98-1 du Statut régit les rapports entre la Cour, l'Afrique du Sud et le Soudan en ce qui concerne la demande d'arrestation et de remise d'Omar Al-Bashir à la Cour.

IV. La résolution 1593 du Conseil de sécurité de l'ONU a-t-elle levé l'immunité d'Omar Al-Bashir ?

59. La question suivante est de savoir si la résolution 1593 du Conseil de sécurité de l'ONU a levé les immunités d'Omar Al-Bashir, directement ou indirectement. En se fondant sur les éléments d'interprétation des traités prévues par la Convention de Vienne sur le droit des traités, l'Afrique du Sud fait valoir que « [TRADUCTION] chacun de ces éléments [...] vient étayer l'interprétation selon laquelle les immunités d'Omar Al-Bashir n'ont pas été affectées par la résolution 1593 du Conseil de sécurité de l'ONU [...] »⁶⁸. Le Procureur soutient, à l'opposé, que l'approche adoptée

⁶⁸ Transcription de l'audience du 7 avril 2017, ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 28.

dans la décision relative à la République démocratique du Congo⁶⁹ est correcte⁷⁰ et illustre sa position par un certain nombre d'arguments précis⁷¹. Avant d'examiner ces arguments, il convient de prendre en considération deux points préliminaires.

60. Le premier point concerne la base légale de la possibilité de lever les immunités d'Omar Al-Bashir au moyen de la résolution 1593 du Conseil de sécurité de l'ONU. Cette base tient d'une lecture conjointe des dispositions suivantes de la Charte des Nations Unies : i) « [l]es Membres de l'Organisation conviennent d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité conformément à la présente Charte »⁷² ; et ii) « [e]n cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront »⁷³. Par conséquent, si l'on retient que la résolution 1593 du Conseil de sécurité de l'ONU peut être interprétée comme levant les immunités d'Omar Al-Bashir, l'obligation du Soudan de « coopérer pleinement » en vertu de la résolution 1593 du Conseil de sécurité doit être interprétée comme l'emportant sur la possibilité pour un État non partie de maintenir les immunités vis-à-vis de la Cour et des États parties sur le fondement de l'article 98-1 du Statut.

61. Cette approche suppose que le Conseil de sécurité de l'ONU puisse s'écarter non seulement du droit international conventionnel (ce que laisse entendre la référence aux « obligations en vertu de tout autre accord international » figurant à l'article 103 de la Charte des Nations Unies), mais aussi du droit international coutumier, en effet, les règles d'immunité relèvent également de cette dernière catégorie. À cet égard, la doctrine ne parvient pas à une position commune s'agissant des pouvoirs

⁶⁹ Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, Décision relative à la coopération de la République démocratique du Congo concernant l'arrestation et la remise d'Omar Al-Bashir à la Cour, 9 avril 2014, ICC-02/05-01/09-195-tFRA-Corr.

⁷⁰ Transcription de l'audience du 7 avril 2017, ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 64.

⁷¹ Transcription de l'audience du 7 avril 2017, ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, pp. 65 à 68.

⁷² Article 25, Charte des Nations Unies de 1945, *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 1, XVI.

⁷³ Article 103, Charte des Nations Unies de 1945, *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 1, XVI.

du Conseil de sécurité de l'ONU de s'écarter du droit international coutumier⁷⁴. Cela étant, « l'opinion majoritaire [consiste à dire] qu'il faudrait lire l'article 103 dans un sens non restrictif, de façon à affirmer que les obligations en vertu de la Charte l'emportent aussi sur les obligations des États Membres des Nations Unies découlant du droit coutumier »⁷⁵. Par conséquent, pour la suite de l'analyse, il convient de prendre en compte l'hypothèse selon laquelle le Conseil de sécurité de l'ONU peut effectivement s'écarter du droit international tant conventionnel que coutumier.

62. Le second point préliminaire porte sur les pouvoirs d'interprétation de la Cour des résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU⁷⁶. À cet égard, le Procureur a invoqué l'article 119 du Statut pour soutenir que « [TRADUCTION] la Cour ne pouvant affirmer sa compétence vis-à-vis du territoire d'un État non partie qu'en vertu d'une résolution du Conseil de sécurité de l'ONU [...], il sera toujours nécessaire en pareil cas que la Cour interprète la résolution en question »⁷⁷. Selon l'Afrique du Sud, « [TRADUCTION] si la Cour peut certes interpréter la résolution du Conseil de sécurité de l'ONU, elle ne dispose pas dans ce contexte des pouvoirs spéciaux

⁷⁴ Commission du droit international, Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006, par. 344.

⁷⁵ Commission du droit international, Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006, par. 345.

⁷⁶ Il est impératif de souligner ici que ces procédures ne portent pas sur la légalité de la résolution 1593 du Conseil de sécurité de l'ONU dans le contexte de la Charte des Nations Unies. D'autres tribunaux ont été mis en place par le Conseil de sécurité de l'ONU, ce qui a pu soulever des problèmes quant à la légalité du processus de prise de décision en vertu de la Charte des Nations Unies par rapport aux procédures menées devant ces tribunaux (voir TPIY, *Le Procureur c/ Duško Tadić*, affaire n° IT-94-1-AR72, Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995 ; Tribunal spécial pour le Liban, *Le Procureur c. Ayyash et autres*, affaire n° STL-11-01, Chambre d'appel, Arrêt relatif aux appels interjetés par la Défense contre la décision relative aux contestations par la Défense de la compétence et de la légalité du Tribunal, 24 octobre 2012, STL-11-01/AC/AR90.1). Cependant, la Cour a été mise en place par un traité, dont les articles 13-b et 16 ont offert un rôle particulier au Conseil de sécurité de l'ONU. Par conséquent, la Cour se préoccupe exclusivement des effets juridiques de la résolution 1593 du Conseil de sécurité de l'ONU au regard du Statut.

⁷⁷ Transcription de l'audience du 7 avril 2017, ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 62.

d'interprétation qu'elle possède pour le Statut de Rome »⁷⁸. Ces arguments soulèvent donc la question de savoir si la Cour peut interpréter de façon autonome la résolution 1593 du Conseil de sécurité de l'ONU pour déterminer ses effets sur la procédure relative à Omar Al-Bashir dans le cadre du Statut. Pour les raisons exposées ci-dessous, il y a lieu d'admettre que la Cour dispose de ce pouvoir.

63. L'article 119-1 du Statut dispose que « [t]out différend relatif aux fonctions judiciaires de la Cour est réglé par décision de la Cour ». Cette disposition reflète la doctrine dite de la *compétence de la compétence*. Comme l'a jugé le TPIY, « ce pouvoir [...] est un élément et, de fait, un élément majeur de la compétence incidente ou implicite de tout tribunal judiciaire ou arbitral et consiste en sa "compétence de déterminer sa propre compétence" »⁷⁹. Ainsi, la Cour se doit d'interpréter la résolution 1593 du Conseil de sécurité de l'ONU, étant donné que la question qui lui est soumise concerne les limites de sa compétence pour la situation au Darfour. Si l'on considère que la résolution 1593 ne lève pas les immunités d'Omar Al-Bashir, il convient de retenir que la Cour est empêchée d'exercer sa compétence à l'égard des crimes pour lesquels serait engagée la responsabilité pénale individuelle d'Omar Al-Bashir. Si l'on considère que la résolution 1593 lève effectivement l'immunité d'Omar Al-Bashir, il convient de retenir qu'aucun obstacle de ce type n'empêche la Cour d'exercer sa compétence. Il revient donc à la Cour d'examiner cette question et, pour ce faire, elle doit interpréter la résolution 1593 du Conseil de sécurité de l'ONU.

A. Comment doit-on interpréter la résolution 1593 du Conseil de sécurité de l'ONU s'agissant des immunités dont jouit Omar Al-Bashir ?

64. Ayant conclu que la Cour a le pouvoir d'interpréter la résolution 1593 du Conseil de sécurité de l'ONU, la question de savoir quelle méthode d'interprétation appliquer se pose. À cet égard, la CIJ a indiqué ce qui suit :

⁷⁸ Transcription de l'audience du 7 avril 2017, ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 84.

⁷⁹ TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, affaire n° IT-94-1-AR72, Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, par. 18.

Il est vrai que les règles relatives à l'interprétation des traités consacrées par les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités peuvent fournir certaines indications mais, compte tenu des différences qui existent entre les instruments conventionnels et les résolutions du Conseil de sécurité, d'autres éléments doivent aussi être pris en considération aux fins de l'interprétation de ces dernières. Les résolutions du Conseil de sécurité sont adoptées par un organe collégial unique et élaborées dans le cadre d'un processus très différent de celui qui permet la conclusion d'un traité. Elles sont adoptées à l'issue d'un vote, comme il est prévu à l'article 27 de la Charte [des Nations Unies], et leur texte final exprime la position du Conseil de sécurité en tant qu'organe. De plus, les résolutions du Conseil de sécurité peuvent être contraignantes à l'égard de tous les États Membres (*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, C.I.J. Recueil 1971, p. 54, par. 116*), que ceux-ci aient ou non participé à leur formulation. Pour interpréter les résolutions du Conseil de sécurité, la Cour peut être amenée à examiner certaines déclarations faites par les représentants d'États membres du Conseil de sécurité à l'époque de leur adoption ou d'autres résolutions de ce dernier ayant trait à la même question, ainsi qu'à se pencher sur la pratique ultérieure des organes pertinents de l'Organisation des Nations Unies et des États à l'égard desquels les résolutions en question ont une incidence⁸⁰.

65. Par conséquent, l'interprétation de la résolution 1593 telle qu'elle est exposée ci-après se fonde sur les éléments susmentionnés.

a) Sens ordinaire

66. L'interprétation du sens ordinaire du paragraphe 2 de la résolution 1593, dans lequel le Conseil de sécurité de l'ONU a décidé que « le Gouvernement soudanais et toutes les autres parties au conflit du Darfour [devaient] coopérer pleinement avec la Cour [...] et [lui] apporter toute l'assistance nécessaire », peut aboutir à des résultats différents.

67. Cette interprétation pourrait, en principe, indiquer que le Conseil de sécurité de l'ONU n'a pas levé les immunités d'Omar Al-Bashir. Comme l'a affirmé l'Afrique du

⁸⁰ CIJ, *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo* (demande d'avis consultatif), avis consultatif du 22 juillet 2010, par. 94.

Sud, « [TRADUCTION] l'examen du sens ordinaire du paragraphe 2 de la résolution 1593 du Conseil de sécurité de l'ONU permet de penser, qu'en aucun cas, il ne s'agit de la question des immunités »⁸¹. En effet, ce paragraphe, qui est le principal paragraphe imposant des obligations au Soudan à l'égard de la Cour, établit un devoir de « coopérer pleinement » mais ne fait pas explicitement référence à la levée des immunités. Au vu de l'importance des règles régissant les immunités en droit international, l'absence de toute référence de ce type peut être interprétée comme un souhait du Conseil de sécurité de l'ONU de ne pas traiter de tels sujets. Compte tenu du caractère sensible que revêt la question des immunités d'un chef d'État en exercice, on pouvait être en droit de s'attendre à ce que le Conseil de sécurité de l'ONU s'exprime explicitement sur la question, s'il avait eu l'intention de lever les immunités d'Omar Al-Bashir⁸². Ceci est confirmé, *mutatis mutandis*, par un rapporteur de la Commission du droit international qui déclare que « [l]orsqu'il s'agit du chef de l'État [...] en exercice, la renonciation à l'immunité doit être expresse »⁸³.

68. On peut néanmoins se demander si les résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU se prêtent à une interprétation textuelle selon la méthode proposée au paragraphe précédent. À cet égard, il a été proposé que « [TRADUCTION] plutôt que de préciser dans quelle mesure les États doivent s'écarter du droit international conformément à une résolution du Conseil de sécurité de l'ONU, les résolutions relevant du Chapitre VII prévoient ce que les États *ne peuvent pas* faire lorsqu'ils s'écarterent du droit international conformément à la résolution. Il s'ensuit que tous les écarts qui ne

⁸¹ Transcription de l'audience du 7 avril 2017, ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 28.

⁸² Par exemple, M. du Plessis, « Exploring Efforts to Resolve the Tension between the AU and the ICC over the Bashir Saga » in E. Ankumah (Dir. pub.), *The International Criminal Court and Africa* (2016), p. 258; D. Jacobs, « The Frog that Wanted to be an Ox: The ICC's Approach to Immunities and Cooperation » in C. Stahn, *The Law and Practice of the International Criminal Court* (2015), p. 295.

⁸³ Commission du droit international, Troisième rapport sur l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère, par Roman Anatolevich Kolodkin, Rapporteur spécial, A/CN.4/646, par. 55.

sont pas permis sont explicités dans la résolution »⁸⁴. En effet, cela a été dit précédemment, la CIJ a estimé que les principes d'interprétation des traités énoncés dans la Convention de Vienne sur le droit des traités ne donnent que des indications quand il s'agit d'interpréter des résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU, et qu'il faut tenir compte des caractéristiques spécifiques de telles résolutions. Par conséquent, selon ce raisonnement, il n'était pas nécessaire de lever explicitement les immunités d'Omar Al-Bashir car « [TRADUCTION] la référence faite à la "pleine coopération" dans la résolution 1593 devrait être comprise comme renvoyant à toutes les mesures requises en droit interne et international, y compris la levée d'immunités »⁸⁵.

b) Contexte

69. L'interprétation contextuelle du paragraphe 2 de la résolution 1593 peut, de même, aboutir à des résultats divergents.

70. Une telle interprétation pourrait étayer la conclusion selon laquelle la mention de la « pleine coopération » pourrait être lue comme allant dans le sens de la levée des immunités d'Omar Al-Bashir. À cet égard, le Procureur affirme que « [TRADUCTION] dans le premier paragraphe du préambule de sa résolution, le Conseil de sécurité de l'ONU prend note du rapport de la Commission internationale d'enquête, qui fait référence au fait que les crimes identifiés par la Commission engageaient la responsabilité d'agents de l'État »⁸⁶. Plus précisément, ce rapport explique notamment que « dans certains cas, des actes sont commis individuellement dans une intention génocide, y compris par des agents de l'État » et que cette question « ne pourra être tranchée que par un tribunal compétent,

⁸⁴ E. de Wet, « The Implications of President Al-Bashir's Visit to South Africa for International and Domestic Law », *Journal of International Criminal Justice* (2015), vol. 13, p. 1061 [souligné dans l'original].

⁸⁵ E. de Wet, « The Implications of President Al-Bashir's Visit to South Africa for International and Domestic Law », *Journal of International Criminal Justice* (2015), vol. 13, p. 1061.

⁸⁶ Transcription de l'audience du 7 avril 2017, ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 68.

statuant au cas par cas »⁸⁷. En outre, le rapport fait référence plus généralement à la possible participation de hauts responsables de l'État à la commission de crimes au Darfour⁸⁸, recommande que les immunités accordées à des agents de l'État en droit soudanais soient abrogées⁸⁹ et propose que le Conseil de sécurité de l'ONU défère à la Cour la situation au Darfour⁹⁰. À la lumière de ce qui précède, il est possible de soutenir que le Conseil de sécurité de l'ONU avait conscience de la possibilité que des immunités puissent constituer un obstacle à l'exercice de la compétence de la Cour. Si l'on considère que le Conseil de sécurité de l'ONU a agi en connaissance de cause, la référence faite à la « pleine coopération » pourrait donc être interprétée comme levant les immunités.

71. De façon similaire, comme défendu par le Procureur⁹¹, le Conseil de sécurité de l'ONU a pris note de « l'existence d'accords tels que ceux visés à l'alinéa 2 de l'article 98 du Statut de Rome »⁹² et a décidé sur ce fondement que « les ressortissants, responsables ou personnels en activité ou anciens responsables ou personnels, d'un État contributeur qui n'est pas partie au Statut de Rome de la Cour pénale internationale sont soumis à la compétence exclusive dudit État pour toute allégation d'actes ou d'omissions découlant des opérations au Soudan établies ou autorisées par le Conseil ou l'Union africaine ou s'y rattachant, à moins d'une dérogation formelle de l'État contributeur »⁹³. La référence à l'article 98-2 du Statut

⁸⁷ Rapport de la Commission internationale d'enquête sur le Darfour au Secrétaire général, établi en application de la résolution 1564 (2004) du Conseil de sécurité de l'ONU, en date du 18 septembre 2004, 25 janvier 2005, S/2005/60, par. 641.

⁸⁸ Rapport de la Commission internationale d'enquête sur le Darfour au Secrétaire général, établi en application de la résolution 1564 (2004) du Conseil de sécurité de l'ONU, en date du 18 septembre 2004, 25 janvier 2005, S/2005/60, paras 644 et 645.

⁸⁹ Rapport de la Commission internationale d'enquête sur le Darfour au Secrétaire général, établi en application de la résolution 1564 (2004) du Conseil de sécurité de l'ONU, en date du 18 septembre 2004, 25 janvier 2005, S/2005/60, par. 650 a).

⁹⁰ Rapport de la Commission internationale d'enquête sur le Darfour au Secrétaire général, établi en application de la résolution 1564 (2004) du Conseil de sécurité de l'ONU, en date du 18 septembre 2004, 25 janvier 2005, S/2005/60, par. 647.

⁹¹ Transcription de l'audience du 7 avril 2017, ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, pp. 67 et 68.

⁹² Résolution 1593, Préambule.

⁹³ Résolution 1593, par. 6.

indique que, lorsque le Conseil de sécurité de l'ONU a estimé que l'article 98 devait être pris en compte, il en a tiré explicitement les conséquences. Il s'ensuit que le fait que le Conseil de sécurité de l'ONU n'ait pas fait référence à l'article 98-1 du Statut concernant l'obligation du Soudan de « coopérer pleinement » pourrait indiquer qu'il n'a pas estimé que cet aspect de la disposition avait un quelconque effet sur l'obligation imposée au Soudan. Dans ce cas, cette obligation pourrait être vue comme incluant la levée des immunités d'Omar Al-Bashir.

72. Toutefois, un élément de contexte particulier tend vers une conclusion contraire. Lors de l'adoption de la résolution 1593, aucun mandat d'arrêt n'avait été délivré par la Cour. Bien que la Commission internationale d'enquête fasse référence à la possible participation de hauts responsables de l'État soudanais à des crimes, les immunités prévues en droit international ne se rapportent qu'à un nombre précis de représentants de l'État dans les plus hautes sphères du gouvernement. Cela signifie qu'il n'était pas certain alors que des personnes relevant de cette catégorie feraient l'objet de mandats d'arrêt délivrés par la Cour. En effet, le Procureur a déclaré que son analyse serait indépendante des conclusions de la Commission internationale d'enquête⁹⁴. Par conséquent, dans ce contexte, il est permis de conclure que la référence à la « pleine coopération » n'était pas nécessairement liée à la question des immunités.

c) Objet et but

73. L'objet et le but de la résolution 1593 du Conseil de sécurité de l'ONU doivent désormais être examinés. Ces éléments ne donnent pas non plus d'indications claires concernant l'intention du Conseil de sécurité de l'ONU quant à la levée des immunités d'Omar Al-Bashir.

74. Par la résolution 1593, le Conseil de sécurité de l'ONU ne se contente pas de déférer à la Cour la situation au Darfour, mais il envisage également d'autres mesures pour

⁹⁴ Conseil de sécurité de l'ONU, de l'ONU, 5321^e séance, 13 décembre 2005, S/PV.5321, p. 2.

répondre aux crimes allégués qui auraient été commis au Darfour. À cet égard, la résolution 1593 « *[i]nvite* la Cour et l'Union africaine à examiner ensemble des modalités pratiques susceptibles de faciliter les travaux du Procureur et de la Cour, et notamment à envisager que les procédures se tiennent dans la région »⁹⁵, « *[e]ncourage* la Cour, selon qu'il conviendra et conformément au Statut de Rome, à soutenir la coopération internationale à l'appui des efforts visant à promouvoir l'état de droit, défendre les droits de l'homme et combattre l'impunité au Darfour »⁹⁶, et « *[s]ouligne* qu'il importe de promouvoir l'apaisement et la réconciliation et, à cet égard, encourage la création d'institutions auxquelles soient associées toutes les composantes de la société soudanaise, par exemple des commissions vérité et/ou réconciliation, qui serviraient de complément à l'action de la justice, et renforceraient ainsi les efforts visant à rétablir une paix durable, avec le concours de l'Union africaine et de la communauté internationale si nécessaire »⁹⁷. Cette résolution forme par conséquent un assemblage de mesures au libellé imprécis, qui visent à promouvoir une solution durable à la situation au Darfour. Le renvoi de la situation à la Cour n'est donc qu'un des éléments de cette approche. Compte tenu des nombreuses facettes de l'objet et du but de la résolution 1593, cela pourrait indiquer que la levée des immunités d'Omar Al-Bashir n'était pas nécessairement envisagée.

75. Inversement, le renvoi à la Cour de la situation au Darfour par le Conseil de sécurité de l'ONU pourrait être considéré comme le principal mécanisme pour lutter contre les crimes qui auraient été commis au Darfour. En effet, le Conseil de sécurité de l'ONU introduit le renvoi à la Cour par le verbe « *[d]écide* », alors que les mécanismes mentionnés plus haut sont introduits par les verbes « *[i]nvite* », « *[e]ncourage* », « *[s]ouligne* ». Cette différence de formulation donne à penser que ces autres mécanismes viennent s'ajouter au renvoi à la Cour de la situation au Darfour. Une telle interprétation de l'objet et du but de la résolution 1593 conforterait

⁹⁵ Résolution 1593, par. 3.

⁹⁶ Résolution 1593, par. 4.

⁹⁷ Résolution 1593, par. 5.

l'interprétation selon laquelle « coopérer pleinement » lèverait les immunités, de façon à permettre à la Cour de juger tous les individus soupçonnés d'avoir commis des crimes relevant de sa compétence.

d) Déclarations faites par les membres du Conseil de sécurité de l'ONU

76. Les déclarations faites par les représentants des membres du Conseil de sécurité de l'ONU à l'occasion de l'adoption de la résolution 1593 n'offrent pas de fondement plus certain pour déterminer si le Conseil de sécurité de l'ONU entendait lever les immunités d'Omar Al-Bashir.

77. Le procès-verbal de la 5158^e séance du Conseil de sécurité de l'ONU, à l'occasion de laquelle la résolution visée a été adoptée, atteste que la question des immunités dont bénéficient les hauts responsables de l'État soudanais n'a pas été directement abordée⁹⁸. Cela donne à penser que la levée des immunités n'a pas été envisagée lorsque le Conseil de sécurité de l'ONU a énoncé l'obligation du Soudan de « coopérer pleinement ». En fait, à l'occasion de certaines séances du Conseil de sécurité de l'ONU, des États ont directement ou indirectement soutenu qu'Omar Al-Bashir continuait de jouir des immunités conférées par le droit international⁹⁹.

78. Toutefois, à l'occasion d'autres séances du Conseil de sécurité de l'ONU, certains États ont explicitement indiqué que la résolution 1593 du Conseil de sécurité de l'ONU visait à garantir que (tous) les auteurs de crimes graves soient punis. De telles déclarations peuvent être considérées comme susceptibles de conforter la position

⁹⁸ Conseil de sécurité de l'ONU, 5158^e séance, 31 mars 2005, S/PV.5158.

⁹⁹ Par exemple, Conseil de sécurité de l'ONU, 7478^e séance, 29 juin 2015, S/PV.7478 (République bolivarienne du Venezuela : « Le mandat d'arrêt délivré par la Cour pénale internationale à l'encontre du Président Omar Al-Bashir enfreint le droit international coutumier qui garantit l'immunité juridictionnelle des chefs d'État en exercice »; Russie : « nous rappelons que, outre l'obligation de coopérer avec la CPI, le Statut de Rome stipule que les États parties sont lié[s] par les obligations découlant des normes juridiques internationales régissant l'immunité des responsables gouvernementaux de haut niveau, en particulier les chefs d'État, y compris ceux qui représentent des pays qui, comme le Soudan, ne sont pas parties au Statut de Rome »).

selon laquelle la résolution 1593 du Conseil de sécurité de l'ONU a levé les immunités¹⁰⁰.

e) Autres résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU

79. Aucune des autres résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU concernant le Soudan ou traitant de questions similaires ne contient d'indication sur la question de savoir si l'expression « coopérer pleinement » englobe la levée des immunités des responsables soudanais qui peuvent se prévaloir de telles immunités en droit international. Dans le contexte des allégations de crimes commis au Darfour, d'autres résolutions adoptées par le Conseil de sécurité de l'ONU concernant le Soudan n'ont pas évoqué plus en détail le renvoi à la Cour, sauf à rappeler parfois les obligations générales de cet État de traduire en justice les auteurs de crimes graves¹⁰¹. De plus, certaines résolutions que le Conseil de sécurité de l'ONU a adoptées concernant des crimes graves commis dans d'autres contextes ne donnent pas d'orientation plus claire concernant une éventuelle levée d'immunités. Lorsqu'il a déféré à la Cour la situation en Libye depuis le 15 février 2011, le Conseil de sécurité de l'ONU a indiqué de façon presque identique « que les autorités libyennes doivent coopérer pleinement avec la Cour et le Procureur et leur apporter toute l'assistance voulue, en application de la présente résolution »¹⁰². Toutefois, il a de manière similaire omis de préciser si cette obligation comprenait la levée d'immunités.

f) Pratique suivie ultérieurement par les organes de l'ONU et des États concernés

80. La pratique suivie ensuite par les organes compétents de l'ONU et celle des États concernés par la résolution 1593 du Conseil de sécurité de l'ONU peuvent également s'interpréter de façons contradictoires.

¹⁰⁰ Voir *infra*, section V.A.

¹⁰¹ Par exemple, résolution 2035 (2012) du Conseil de sécurité de l'ONU, 17 février 2012, S/RES/2035 (2012) ; résolution 2063 (2012) du Conseil de sécurité de l'ONU, 31 juillet 2012, S/RES/2063 (2012).

¹⁰² Résolution 1970 (2011) du Conseil de sécurité de l'ONU, 26 février 2011, S/RES/1970 (2011), par. 5.

81. Certains éléments de la pratique du Conseil de sécurité de l'ONU et des États concernés vont dans le sens de l'interprétation selon laquelle la résolution 1593 n'a pas eu d'incidence sur les immunités d'Omar Al-Bashir. Le Soudan a initialement coopéré avec la Cour¹⁰³. Cette situation a changé dès que la Cour a délivré les premiers mandats d'arrêt contre des personnes soupçonnées de crimes commis au Darfour¹⁰⁴, et s'est dégradée après la délivrance des mandats d'arrêt contre Omar Al-Bashir¹⁰⁵. Toutefois, alors même que la Cour a pris acte de la non-exécution par le Soudan des demandes d'arrestation et de remise d'Omar Al-Bashir et en a référé au Conseil de sécurité de l'ONU conformément à l'article 87-7 du Statut, celui-ci n'a adopté aucune mesure contre le Soudan, ce qui donnerait à penser que le Conseil de sécurité de l'ONU attendait de cet État la levée des immunités de l'intéressé¹⁰⁶. De même, la Cour a informé le Conseil de sécurité de l'ONU des visites d'Omar Al-Bashir dans certains États. Aussi, la Cour a référé au Conseil de sécurité de l'ONU plusieurs États parties prenant acte de leur absence d'arrestation et de remise¹⁰⁷. Toutefois, même dans ces cas, le Conseil de sécurité de l'ONU n'a adopté aucune mesure permettant d'assurer l'exécution des mandats d'arrêt¹⁰⁸. De surcroît, plusieurs États parties ont explicitement déclaré que les immunités que le droit international confère à Omar Al-Bashir les empêchaient d'exécuter les mandats d'arrêt délivrés par la Cour¹⁰⁹.

82. Cependant, d'autres éléments de la pratique suivie ultérieurement par le Conseil de sécurité de l'ONU et les États concernés mettent en doute cette interprétation. Le Conseil de sécurité de l'ONU n'a pas donné suite aux demandes présentées par

¹⁰³ Par exemple, Conseil de sécurité de l'ONU, 532^e séance, 13 décembre 2005, S/PV.5321, p. 4 ; Conseil de sécurité de l'ONU, 5459^e séance, 14 juin 2006, S/PV.5459, p. 2.

¹⁰⁴ Par exemple, Conseil de sécurité de l'ONU, 5789^e séance, 5 décembre 2007, S/PV.5789, p. 3 ; Conseil de sécurité de l'ONU, 5905^e séance, 5 juin 2008, S/PV.5905, p. 3.

¹⁰⁵ Par exemple, Conseil de sécurité de l'ONU, 6688^e séance, 15 décembre 2011, S/PV.6688, p. 3 ; Conseil de sécurité de l'ONU, 6778^e séance, 5 juin 2012, S/PV.6778, p. 3.

¹⁰⁶ Voir aussi *infra* section V.A.

¹⁰⁷ Voir aussi *infra* section V.A.

¹⁰⁸ Voir aussi *infra* section V.A.

¹⁰⁹ Voir aussi *infra* section V.A.

l'Union africaine qui le priait d'adopter, en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, une résolution demandant à la Cour de surseoir à mettre en œuvre les enquêtes et poursuites liées à la situation au Darfour comme le prévoit l'article 16 du Statut¹¹⁰. Ces demandes reposaient en partie sur la position de l'Union africaine selon laquelle les chefs d'État en exercice jouissent d'immunités en vertu du droit international¹¹¹. Le fait que le Conseil de sécurité de l'ONU n'ait pas adopté de telle résolution pourrait conforter la position selon laquelle les immunités d'Omar Al-Bashir ne constituent pas un obstacle à l'exercice de la compétence de la Cour, étant entendu que la résolution 1593 avait levé ces immunités. En outre, certains États ont expressément indiqué que les États ont l'obligation d'arrêter Omar Al-Bashir et de le remettre à la Cour conformément au Statut et/ou à la résolution 1593¹¹².

B. Conclusion

83. Pour conclure, l'interprétation de la résolution 1593 du Conseil de sécurité de l'ONU conformément aux principes énoncés par la CIJ aboutit à des résultats soit contradictoires soit incertains. Par conséquent, comme pour la question concernant le statut du Soudan à la suite de l'adoption de la résolution 1593, l'état actuel du droit ne permet pas de parvenir à une réponse certaine sur la question de savoir si cette résolution lève les immunités d'Omar Al-Bashir, contrairement à ce que la Majorité conclut à ce sujet¹¹³.

¹¹⁰ Voir aussi *infra* section V.A.

¹¹¹ Voir aussi *infra* section V.A.

¹¹² Voir aussi *infra* section V.A.

¹¹³ Décision majoritaire, par. 96.

V. L'implication d'une cour internationale affecte-t-elle l'application de la règle de droit international coutumier qui régit l'immunité personnelle des chefs d'État dans le cadre des rapports entre États ?

84. Selon une règle de droit international coutumier bien établie, les chefs d'État en exercice jouissent de l'immunité en matière d'arrestation et de poursuites devant les tribunaux nationaux d'États tiers, y compris pour des crimes internationaux. La raison d'être de cette règle est claire : elle garantit que les relations internationales se déroulent sans entrave et permet de prévenir toute ingérence d'un État tiers dans les affaires internes d'un État¹¹⁴. Cependant, cette règle est limitée aux rapports horizontaux entre États. Il convient dès lors de rechercher si l'implication d'une cour internationale affecte l'application de la règle de droit international coutumier qui régit les immunités des chefs d'État dans le cadre des rapports entre États. Plus précisément, un État partie au Statut de Rome est-il tenu de respecter l'immunité du chef d'un État non partie au Statut, conformément à l'actuelle règle de droit international coutumier régissant les rapports horizontaux entre États ?
85. Cette question sera examinée sous deux angles. En premier lieu, il convient d'examiner la manière dont les États ont abordé cette question. En second lieu, il convient de déterminer si l'implication d'une juridiction internationale a une incidence sur l'application entre États de la règle de droit international coutumier concernant l'immunité des chefs d'État.

A. Réponses des États

86. Dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt*, la CIJ a conclu qu'il n'existait pas d'exception à l'immunité *ratione personae* devant les juridictions nationales d'États tiers en matière de crimes internationaux¹¹⁵. Elle a confirmé cette conclusion dans

¹¹⁴ Voir *infra*, « Remarques finales ».

¹¹⁵ CIJ, *affaire relative au Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, (Fond), Arrêt du 14 février 2002, par. 58.

une autre affaire¹¹⁶. Des juridictions nationales sont parvenues à la même conclusion à de multiples reprises¹¹⁷, à de rares exceptions près, pour des décisions adoptées dans des circonstances particulières¹¹⁸. Cependant, les approches des États divergent quant à la question de savoir si un État partie au Statut, agissant conformément à ses obligations envers la Cour, peut ne pas tenir compte des immunités en droit international coutumier dont jouit le chef d'un État non partie au Statut.

¹¹⁶ CIJ, *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, Arrêt du 4 juin 2008, par. 170. Voir aussi CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, Arrêt du 3 février 2012, paras 81 à 97 (concernant la responsabilité civile).

¹¹⁷ Par exemple, affaire *R v. Bow St Magistrate and others, ex parte Pinochet Ugarte* (n° 3) [20001 A.C. 147, Lord Hope of Craighead, p. 244; Lord Hutton, p. 261; Lord Saville of Newdigate, pp. 265-266; Lord Millett, p. 277; and Lord Phillips of Worth Matravers, p. 289 (Royaume-Uni) ; affaire *Tatchell v. Mugabe*, Bow St. Magistrates' Court, jugement du 14 janvier 2004, 136 ILR 572, p. 573 (Royaume-Uni) ; affaire *Re Bo Xilai*, Bow Street. Magistrates' Court, jugement du 8 novembre 2005, 128 ILR 713, p. 714 (Royaume-Uni) ; affaire *Kadhafi*, Cour de cassation, chambre criminelle, arrêt du 13 mars 2001, n° de pourvoi : 00-87215, 125 ILR 508, p. 509 (France) ; affaire *Sharon et Yaron, HSA c. SA (Ariel Sharon) et YA (Amos Yaron)*, (décision relative à la mise en accusation d'Ariel Sharon, Amos Yaron et autres) Cour de cassation, 12 février 2003, n°P.02.1139.F, 127 ILR 110, pp. 123-124 (Belgique) ; affaire *Re Pinochet*, Juge d'instruction du Tribunal de première instance de Bruxelles, décision du 6 novembre 1998, 119 ILR 345, p. 349 (Belgique) ; Affaire *Vallmajo I Sala and others v Kabareb and 68 others*, (mise en accusation) ; Cour Nationale, décision No. 3/2008 du 6 février 2008, à consulter sur la page suivante : <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:ildc/1198es08.case.1/law-ildc-1198es08?rskey=D00XM1&result=2&prd=OPIL> (dernière visite le 29 juin 2017) (Espagne) ; affaire *Teodoro Obiang Nguema et Hassan II*, Cour nationale, décision de la cour d'instruction centrale n°5 du 23 décembre 1998 (Espagne) ; affaire *Fidel Castro*, Cour nationale, Chambre criminelle, décision 1999/2753 du 4 mars 1999, 32 ILM 596 (Espagne) ; affaire *Milošević*, Cour nationale, décision de la cour d'instruction centrale n° 1 du 25 octobre 1999 (Espagne) ; affaire *Alan García Pérez et Alberto Fujimori*, Cour nationale, décision du 15 juin 2001 (Espagne) ; ; affaire *Silvio Berlusconi*, Cour nationale, décision n°262/97 du 27 mai 2002 (Espagne) ; affaire *Parti de La Haye c. Pays-Bas*, Tribunal de La Haye, jugement en référé du 4 mai 2005, affaire No. KG 05/432, Decision No LJN: AT5152, d à consulter sur la page suivante : <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:ildc/849nl05.case.1/law-ildc-849nl05> (dernière visite le 28 juin 2017) (Pays-Bas) ; affaire *Sesay (Issa) and others v. President of the Special Court for Sierra Leone and others*, Cour suprême, requête initiale, SC No. 1/2003 du 14 octobre 2005, (Sierra Leone) à consulter sur la page suivante : <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:ildc/199sl05.case.1/law-ildc-199sl05?rskey=Mk9I7l&result=2&prd=OPIL> (dernière visite le 28 juin 2017).

¹¹⁸ Affaire *Hussein*, *Oberlandesgericht* (Tribunal régional supérieur) Cologne, jugement du 16 mai 2000, 2 Zs 1330/99, à consulter sur la page suivante : <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:ildc/2242de00.case.1/law-ildc-2242de00?rskey=zstzxN&result=12&prd=OPIL> (dernière visite le 30 juin 2017) (Allemagne) ; affaire *Teodoro Nguema Obiang Mangue*, Cour d'appel de Paris, Pôle 7, deuxième chambre de l'instruction, décision du 13 juin 2013 ; et requête aux fins d'annulation, arrêt du 16 avril 2015 (France).

87. D'une part, un certain nombre d'États retiennent que dans ces circonstances, les immunités des chefs d'État en exercice à la tête d'États non parties au Statut ne font pas obstacle à leur arrestation et leur remise à la Cour. Cette approche laisse entendre que l'implication d'une juridiction internationale modifie l'application de la règle coutumière entre États concernant l'immunité des chefs d'État. Premièrement, des États parties ayant intégré la mise en œuvre du Statut dans leur législation nationale ont adopté des dispositions selon lesquelles les immunités personnelles des chefs d'État en exercice n'entravent pas les demandes d'arrestation et de remise présentées par la Cour¹¹⁹. Deuxièmement, dans le contexte des séances du Conseil de sécurité de l'ONU, certains États ont insisté sur la nécessité d'exécuter les mandats d'arrêt délivrés par la Cour, ce qui indiquerait que ces États ne considèrent pas la règle existante en droit

¹¹⁹ Afrique du Sud, article 10-9 de la loi sur la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (2002) ; Allemagne, article 21 de la loi sur la constitution des tribunaux (1950, amendé en 2013) ; Burkina Faso, article 39, Loi portant détermination des compétences et de la procédure de mise en œuvre du Statut de Rome relatif à la Cour pénale internationale par les juridictions burkinabes (2009) ; Canada, article 48 de la Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre (2000), insérant un nouvel article 6.1 dans la Loi sur l'extradition (1999) ; Croatie, article 6-3 de la loi sur la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (2003) ; Estonie, l'article 489 du code de procédure pénale (2003) semble également rejeter l'immunité en matière d'arrestation en exécution d'une demande de la CPI étant donné qu'il ne prévoit pas une telle immunité, tandis que l'article 492-6 portant sur les mandats d'arrêt européens interdit explicitement l'exécution de tels mandats lorsqu'ils visent des personnes jouissant d'une immunité en vertu du droit international, à moins d'obtention d'une levée d'immunité ; Kenya, article 27 de la loi sur les crimes internationaux (2008) ; Nouvelle-Zélande, article 31-1 de la loi sur les crimes internationaux et la Cour pénale internationale (2000) ; Ouganda, article 25 de la loi sur la Cour pénale internationale (2010) ; ; Suisse, article 6 de la Loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale (2001), qui autorise l'arrestation nonobstant toute question d'immunité mais dispose que le Conseil fédéral suisse statue sur « les questions d'immunité, au sens de l'art. 98 en relation avec l'art. 27 du Statut, qui surgissent lors de l'exécution d'une demande » ; Malte, loi sur la Cour pénale internationale (2002) c. 453 (insérant un nouvel article 26S dans la loi sur l'extradition, c. 276) ; Trinité-et-Tobago, article 31 de la loi sur la Cour pénale internationale (2006) ; voir aussi article 25 de la loi type du Commonwealth sur la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Voir D. Akande, « The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al-Bashir's Immunities », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, 2009, p. 338, note de bas de page 19 et R. Pedretti, *Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes* (2015), pp. 118-122.

international coutumier concernant l'immunité des chefs d'État comme un obstacle vis-à-vis de la Cour¹²⁰.

88. D'autre part, l'approche adoptée par d'autres États indique que l'implication de la Cour ne modifie pas ou ne remplace pas l'application de la règle existante en droit international coutumier concernant les immunités des chefs d'État, comme qu'il est précisé ci-dessous.

89. Au sein tant de l'Union africaine que de la Ligue arabe, des États ont soutenu avec fermeté qu'il n'existe en droit international coutumier aucune exception aux immunités personnelles des chefs d'État¹²¹. En outre, au cours de séances du Conseil de sécurité de l'ONU, certains États ont, directement ou indirectement, défendu la thèse selon laquelle Omar Al-Bashir conserve son immunité

¹²⁰ Par exemple, **Australie**, pendant la 7337^e séance du Conseil de sécurité de l'ONU, 12 décembre 2014, S/PV.7337, p. 4 : « La Chambre préliminaire de la Cour a clairement établi que l'immunité du chef d'État ne s'applique pas dans les circonstances actuelles » ; **Colombie**, pendant la 6887^e séance, 13 décembre 2012, S/PV.6887, p. 14 : « la priorité indiscutable du Conseil et de la communauté internationale doit être de veiller à ce que les mandats d'arrêt émis par la Cour soient exécutés » ; **France**, pendant la 6778^e séance, 5 juin 2012, S/PV.6778, p. 12 : « [Les États parties] ne peuvent accueillir sur leur territoire un individu sous mandat d'arrêt de la CPI sans procéder à son arrestation » ; **Allemagne**, pendant la 6778^e séance, 5 juin 2012, S/PV.6778, p. 18 : « L'Allemagne renouvelle [...] son appel à tous les États parties au Statut de Rome pour qu'ils honorent pleinement [...] l'obligation de coopération avec la Cour et d'exécution de tout mandat d'arrêt délivré par elle » ; **Guatemala**, pendant la 7080^e séance, 11 décembre 2013, S/PV.7080, p. 11 : « Nous sommes également préoccupés par le fait que certains États qui sont parties à la Cour, ne font pas montre de la coopération requise pour l'exécution de ces mandats d'arrêt » ; **Ukraine**, pendant la 7710^e séance, 9 juin 2016, S/PV.7710, p. 10 : l'Ukraine se réfère à l'article 27 du Statut et « estim[e] que les mandats d'arrêt à l'encontre des suspects dans l'enquête [...] doivent être exécutés ».

¹²¹ Union africaine, Décision sur le rapport de la Commission sur la réunion des États africains parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 3 juillet 2009, Doc. Assembly/AU/13(XIII), par. 10 ; Conférence de l'Union africaine, Décision sur la mise en œuvre des décisions de la Conférence relatives à la Cour pénale internationale, Doc. EX.CL/670 (XIX), 17^e session ordinaire, 30 juin – 1^{er} juillet 2011, Assembly/AU/Dec.366 (XVII), par. 5 ; Conférence de l'Union africaine, Décision sur le Rapport intérimaire de la Commission sur la mise en œuvre des décisions de la Conférence sur la Cour pénale internationale (CPI) - Doc. EX.CL/710 (XX), 18^e session ordinaire, 29 et 30 janvier 2012, Assembly/AU/Dec.397 (XVIII), par. 6 ; conseil de la Ligue arabe (niveau ministériel), *Resolution on the decision of Pre-Trial Chamber 1 to the International Criminal Court against the President of the Republic of Sudan, Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, 4 mars 2009, par. 4, traduction non officielle en anglais préparée par la Coalition for the International Criminal Court, à consulter sur la page suivante : [http://www.iccnw.org/documents/09_03_04_AL_Resolution_on_Omar_Al-Bashir_\(EN\)_Unofficial_Translation_\(2\).pdf](http://www.iccnw.org/documents/09_03_04_AL_Resolution_on_Omar_Al-Bashir_(EN)_Unofficial_Translation_(2).pdf) (dernière consultation le 19 juin 2017).

personnelle¹²². De plus, il est particulièrement intéressant de relever, aux fins de la présente procédure, que la Cour suprême d’Afrique du Sud a jugé qu’elle n’était « [TRADUCTION] pas en mesure de conclure qu’à ce stade de l’évolution du droit international coutumier, il exist[ait] en matière de crimes internationaux une exception à l’immunité et à l’inviolabilité dont jouissent les chefs d’État en visite dans des pays étrangers et devant les tribunaux nationaux étrangers », et ce, malgré l’existence d’un mandat d’arrêt délivré par une juridiction internationale¹²³.

90. De surcroît, tant des États parties que des États non parties au Statut ont régulièrement accueilli Omar Al-Bashir sur leur territoire, en dépit des mandats d’arrêt délivrés par la Cour. Dans un premier temps, la Cour a simplement informé le Conseil de sécurité de l’ONU et l’Assemblée des États parties du manquement de ces États à leur obligation d’arrêter Omar Al-Bashir¹²⁴. Par la

¹²² **Égypte**, pendant la 7710^e séance du Conseil de sécurité de l’ONU, 9 juin 2016, S/PV.7710, p. 12 : « nous dénonçons toute mesure prise contre [...] tel ou tel État [qui n’a pas arrêté ou remis] le Président Al-Bashir à la Cour pénale internationale, d’autant que les États membres de l’Union africaine sont tenus de respecter leurs obligations en vertu des résolutions et des décisions émanant de ces sommets et de l’Acte constitutif de l’Union africaine ». **Maroc**, pendant la 6887^e séance, 13 décembre 2012, S/PV.6887, p. 17 : le Maroc rappelle la position de la Ligue arabe concernant la mise en accusation d’Omar Al-Bashir par la CPI. **Russie**, pendant la 6887^e séance, 13 décembre 2012, S/PV.6887, p. 17 : « l’importance pour les États de s’acquitter des obligations relatives à la coopération avec la Cour, tout en respectant les normes du droit international en matière d’immunité des hauts responsables de l’État ». **Rwanda**, pendant la 6974^e séance, 5 juin 2013, S/PV.6974, p. 7 : « nous considérons que tous les pays africains qui ont reçu sur leur territoire le Président Al-Bashir depuis qu’il fait l’objet d’un mandat d’arrêt ont respecté les décisions prises lors des sommets de l’Union africaine ». **Venezuela**, pendant la 7478^e séance, 29 juin 2015, S/PV.7478, p. 15 : « Le mandat d’arrêt délivré par la Cour pénale internationale à l’encontre du Président Omar Al-Bashir enfreint le droit international coutumier qui garantit l’immunité juridictionnelle des chefs d’État en exercice ».

¹²³ *Minister of Justice and Constitutional Development and Others v Southern African Litigation Centre and Others* (867/15) [2016] ZASCA 17 (15 mars 2016), par. 84.

¹²⁴ Par exemple, Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, Décision informant le Conseil de sécurité de l’Organisation des Nations Unies et l’Assemblée des États parties au Statut de Rome de la présence d’Omar Al-Bashir sur le territoire de la République du Kenya, 27 août 2010, ICC-02/05-01/09-107-tFRA. Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, Décision informant le Conseil de sécurité de l’Organisation des Nations Unies et l’Assemblée des États parties au Statut de Rome du récent séjour d’Omar Al-Bashir en République du Tchad, 27 août 2010, ICC-02/05-01/09-109-tFRA. Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, Décision informant le Conseil de sécurité de l’Organisation des Nations Unies et

suite, elle a pris acte de la non-coopération du Soudan¹²⁵ et de six États parties en ce qui concerne leur obligation d'arrestation et de remise d'Omar Al-Bashir, conformément à l'article 87-7 du Statut, avant d'en référer au Conseil de sécurité de l'ONU et à l'Assemblée des États parties¹²⁶. A cet égard, lorsque les États parties expliquent les raisons pour lesquelles ils n'ont pas procédé à l'arrestation d'Omar Al-Bashir, ils déclarent en général considérer qu'Omar Al-Bashir jouit de l'immunité d'arrestation par des États étrangers¹²⁷. Le Président de l'Assemblée des États parties a rappelé aux États parties leurs obligations découlant du Statut. Ces rappels n'ont toutefois pas modifié la position des États parties concernés¹²⁸.

l'Assemblée des États parties au Statut de Rome de la récente visite d'Omar Al-Bashir à Djibouti, 12 mai 2011, ICC-02/05-01/09-129-tFRA.

¹²⁵ Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, Décision relative à la requête du Procureur aux fins qu'il soit pris acte de la non-coopération de la République du Soudan, 9 mars 2015, ICC-02/05-01/09-227-tFRA, p. 11.

¹²⁶ Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, 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, 12 décembre 2011, ICC-02/05-01/09-139-tFRA. Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome concernant le refus de la République du Tchad d'accéder aux demandes de coopération délivrées par la Cour concernant l'arrestation et la remise d'Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, 13 décembre, ICC-02/05-01/09-140. Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, 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, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, Décision relative à la coopération de la République démocratique du Congo concernant l'arrestation et la remise d'Omar Al-Bashir à la Cour, 9 avril 2014, ICC-02/05-01/09-195-tFRA-Corr. Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, 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, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, Décision prenant acte de la non-exécution par la République de l'Ouganda de la demande d'arrestation et de remise d'Omar Al-Bashir à la Cour et renvoyant la question au Conseil de sécurité de l'ONU et à l'Assemblée des États parties au Statut de Rome, 11 juillet 2016, ICC-02/05-01/09-267-tFRA.

¹²⁷ Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, 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, p. 5 ; annexe 1 au Rapport du Greffe relatif aux observations de la République du Tchad, 30 septembre 2011, ICC-02/05-01/09-135-Anx1, et annexe 1 de *Report of the Registry on the observations submitted by the Republic of Chad on Omar Al-Bashir's visit to the Republic of Chad*, 21 mars 2013, ICC-02/05-01/09-150-Anx1.

¹²⁸ Rapport du Bureau relatif au défaut de coopération, 1^{er} novembre 2012, ICC-ASP/11/29, par. 4.

En outre, il convient de noter que le Conseil de sécurité de l'ONU n'a pris aucune mesure contre le Soudan et les autres États parties qui ont failli à leur obligation de coopération¹²⁹, et ce en dépit des 25 rapports semestriels soumis par le Procureur concernant les mesures prises en vertu de la résolution 1593¹³⁰. Comme susmentionné, pareille inaction pourrait être considérée comme confortant la position des États qui soutiennent qu'Omar Al-Bashir continue de jouir de l'immunité. Cette interprétation est renforcée par le fait que, malgré l'existence de nombreuses propositions émanant de certains États membres du Conseil de sécurité de l'ONU visant à assurer un suivi efficace des renvois du Conseil de sécurité de l'ONU à la Cour, aucune d'entre elles n'a abouti¹³¹.

91. En conclusion, les positions opposées adoptées par les États démontrent que la question de savoir si la règle de droit international coutumier concernant les immunités des chefs d'État en exercice fonctionne de la même manière si l'un des États concernés agit conformément à ses obligations envers la Cour reste en suspens. Cette conclusion est renforcée par le fait que de nombreux États ont

¹²⁹ Il convient de relever que la composition du Conseil de sécurité de l'ONU change chaque année et comprend des États parties et des États non parties au Statut.

¹³⁰ Résolution 1593, par. 8. Dans son discours le plus récent prononcé devant le Conseil de sécurité de l'ONU, le 8 juin 2017, le Procureur, Mme Fatou Bensouda, a indiqué qu'elle espérait que la décision de la Chambre préliminaire II concernant l'Afrique du Sud « jettera les bases d'une coordination renforcée entre [son] Bureau, la Cour, les États parties et le Conseil lorsque de nouvelles initiatives seront prises pour arrêter les suspects dans la situation au Darfour et les remettre à la Cour », 7963^e séance du Conseil de sécurité de l'ONU, 8 juin 2017, S/PV.7963, pp. 3 et 4.

¹³¹ Par exemple, **Argentine**, pendant la 6974^e séance du Conseil de sécurité de l'ONU, 5 juin 2013, S/PV.6974, p. 12 : « L'Argentine est d'avis que le Conseil devrait examiner ces lettres au sein de l'instance appropriée qui, de l'avis de mon pays, devrait être le Groupe de travail informel sur les tribunaux internationaux » ; **Australie**, pendant la 6974^e séance, 5 juin 2013, S/PV.6974, p. 16 : « les comités de sanctions du Conseil devraient tenir compte des mandats d'arrêt et des citations à comparaître de la CPI, afin de veiller à une plus grande cohérence entre les listes relatives aux sanctions et les inculpations de la CPI » ; **Tchad**, pendant la 7199^e séance, 17 juin 2014, S/PV.7199, p. 14 : « La question du suivi des cas déferés à la CPI peut, valablement et judicieusement, être discutée en vue d'une solution dans le cadre de la Conférence des États parties » ; **Guatemala**, pendant la 6887^e séance, 13 décembre 2012, S/PV.6887, p. 18 : le Guatemala a organisé une séance publique sur le renforcement de la coopération entre le Conseil de sécurité de l'ONU et la Cour pénale internationale (17 octobre 2012, S/PV.6849) ; **Nouvelle-Zélande**, pendant la 7582^e séance, 15 décembre 2015, S/PV.7582, pp. 7 et 8 : la Nouvelle-Zélande a fait deux propositions : « que l'examen par le Conseil de ces constats de non-coopération soit plus structuré » et que le Conseil renoue avec le Soudan.

évité de traiter de la question de l'immunité devant différentes instances, y compris après avoir été expressément invités par la Chambre à présenter des observations écrites dans le cadre de la procédure relative à la non-coopération de l'Afrique du Sud¹³², à l'exception appréciable du Royaume de Belgique¹³³. Si le silence ou l'inaction peuvent valoir confirmation de l'actuelle règle de droit international coutumier concernant les immunités dans certaines circonstances¹³⁴, un tel silence peut aussi simplement traduire le caractère délicat de la question de l'immunité et la réticence des représentants des États à s'engager de manière nette sur le sujet.

B. La nature des juridictions internationales

92. La CIJ a déclaré dans l'affaire dite du *Mandat d'arrêt*, mentionnée précédemment, que les immunités personnelles reconnues aux hauts représentants de l'État « [ne s'appliquent pas] devant certaines juridictions pénales internationales dès lors que celles-ci sont compétentes »¹³⁵. La CIJ a cité en exemple le TPIY et le TPIR, se référant à la création de ces institutions par des résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU adoptées en application du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, ainsi que celui de la Cour, se référant à l'article 27 du Statut de Rome. L'*obiter dictum* de la CIJ

¹³² Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, 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, 8 décembre 2016, ICC-02/05-01/09-274-tFRA, p. 7, dans laquelle la Chambre demande la présentation d'observations sur la question de savoir :

i) si l'Afrique du Sud a manqué aux obligations que lui impose le Statut en n'arrêtant pas Omar Al-Bashir lorsqu'il s'est trouvé sur son territoire et en ne le remettant pas à la Cour, et ce, alors qu'elle avait reçu une requête en ce sens de la part de la Cour en application des articles 87 et 89 du Statut ; et, le cas échéant,

ii) si les circonstances sont telles qu'elles justifient de prendre formellement acte du manquement de l'Afrique du Sud à ses obligations et d'en référer à l'Assemblée des États parties et/ou au Conseil de sécurité, comme le prévoit l'article 87-7 du Statut.

¹³³ Greffe, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, Transmission of written observations from the Kingdom of Belgium, dated 20 February 2017, submitted pursuant to Pre-Trial Chamber II's Decision ICC-02/05-01/09-274*, 23 février 2017, ICC-02/05-01/09-277-Anx.

¹³⁴ Cour permanente de justice internationale, affaire du « *LOTUS* », Arrêt du 7 septembre 1927, Série A, N° 10, p. 28 ; M. Shaw, *International Law*, 2008, p. 81.

¹³⁵ CIJ, *affaire relative au Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique) (Fond)*, Arrêt du 14 février 2002, par. 61.

soulève la question de savoir si, en raison du caractère international de la Cour, la règle de droit international coutumier qui régit les immunités des chefs d'État dans les rapports horizontaux entre États s'applique ou pas de manière identique.

93. Dans certains cas, les juridictions internationales semblent avoir indiqué qu'elles ne sont pas liées par cette règle de droit international coutumier. Le TSSL s'est en effet fondé sur son propre caractère international pour rejeter l'argument selon lequel la délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Charles Taylor, alors qu'il était le chef de l'État libérien, constituait une violation de l'immunité dont il bénéficiait en vertu du droit international coutumier¹³⁶. En outre, aucune objection se fondant sur l'immunité n'a été formulée contre le mandat d'arrêt délivré à l'encontre de Slobodan Milošević par le TPIY¹³⁷. L'intéressé était pourtant le Président de ce qui était alors la République fédérale de Yougoslavie, et ni la résolution 827 (1993) du Conseil sécurité de l'ONU, ni le document constitutif du TPIY n'avaient expressément levé les immunités personnelles reconnues aux chefs d'État. Cependant, les précédents qui viennent d'être cités restent des cas à part et aucune pratique n'indique clairement que le caractère international d'une juridiction soit suffisant pour justifier la levée des immunités personnelles de représentants de l'État.

94. D'une manière plus générale, la doctrine diverge quant à l'interprétation de l'objectif poursuivi par l'octroi d'immunités personnelles devant des juridictions internationales. Certains auteurs ont affirmé que l'objectif même des immunités personnelles indique, en toute logique, que les cours et tribunaux internationaux ne sont pas liés par une règle applicable à la relation entre États¹³⁸. Comme

¹³⁶ TSSL, *The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, affaire n° SCSL-2003-01-I, Chambre d'appel, *Decision on Immunity from Jurisdiction*, 31 mai 2004, paras 34 et suiv.

¹³⁷ Voir P. Gaeta, « Does President Al-Bashir Enjoy Immunity from Arrest ? », *Journal of International Criminal Justice* (2009), vol. 7, p. 321.

¹³⁸ A. Cassese, *International Criminal Law* (2008), p. 312 ; P. Gaeta, « Does President Al-Bashir Enjoy Immunity from Arrest ? », *Journal of International Criminal Justice* (2009), vol. 7 ; M. Blommesteijn et

susmentionné, de telles immunités sont accordées aux hauts représentants de l'État pour leur permettre d'exercer normalement leurs fonctions dans des États tiers et empêcher que ceux-ci ne s'immiscent dans l'exercice de leurs fonctions, afin de faciliter des relations internationales efficaces et pacifiques¹³⁹. L'argument tient au fait que, dans les relations horizontales entre États, ces protections sont nécessaires pour éviter un abus de compétence de la part de l'État accréditaire, ce qui n'est pas le cas au niveau international. Les juridictions internationales ne servent pas les intérêts d'un État particulier mais agissent au nom de la communauté internationale pour protéger des valeurs collectives et réprimer des crimes graves¹⁴⁰. L'exercice de la compétence de ces juridictions ne peut être perçu comme une ingérence excessive et, de ce fait, les immunités personnelles ne sont pas considérées comme nécessaires au niveau international. Certains auteurs désapprouvent cependant le point de vue selon lequel l'objectif des immunités diffère dans le cas des juridictions internationales. Selon eux, ces juridictions sont généralement créées en vertu d'accords entre États. Ainsi, comme cela a été observé, en l'absence d'immunités opposables devant des juridictions internationales, des États agissant de concert seraient en mesure de poursuivre des chefs d'État et d'autres représentants de l'État, alors qu'ils ne pourraient le faire seuls¹⁴¹. Cela peut paraître par trop arbitraire, il a de plus été défendu que, sur cette base, les mêmes préoccupations qui s'appliquent

C. Ryngaert, « Exploring the obligations for States to act upon the ICC's arrest warrant for Omar Al-Bashir », document de travail pour le Leuven Centre for Global Governance Studies (2010).

¹³⁹ D. Akande, « International Law Immunities and the International Criminal Court », *American Journal of International Law* (2004), vol. 98, pp. 409 et 410.

¹⁴⁰ Voir, par exemple, le préambule du Statut de la Cour ; le préambule de la résolution 827 (1993) du Conseil de sécurité de l'ONU, 25 mai 1993, S/RES/827 (1993), portant création du TPIY ; ou le préambule de la résolution 955 (1994) du Conseil de sécurité de l'ONU, 8 novembre 1994, S/RES/955 (1994), portant création du TPIR.

¹⁴¹ D. Akande, « ICC Issues Detailed Decision on Bashir's immunity (...At long Last...) But Gets the Law Wrong », *EJIL:Talk!* (15 décembre 2011), à consulter sur la page suivante : <https://www.ejiltalk.org/icc-issues-detailed-decision-on-bashir%E2%80%99s-immunity-at-long-last-but-gets-the-law-wrong/> (dernière consultation le 16 juin 2017).

aux poursuites engagées au niveau national s'appliquent également aux juridictions internationales¹⁴².

95. L'incertitude demeure donc. D'une part, *l'obiter dictum* de la CIJ donne à penser que, pour une raison ou pour une autre, les immunités personnelles d'un chef d'État ne peuvent être opposables aux juridictions internationales comme elles le seraient aux juridictions nationales étrangères. D'autre part, il y a également lieu de croire que *l'obiter dictum* signifie simplement que des règles spécifiques s'appliquant à des institutions particulières lèvent l'immunité à l'égard uniquement de l'institution concernée. Il est donc impossible de parvenir à une conclusion certaine sur cette question¹⁴³.

C. Conclusion

96. Les approches des États divergent quant à la question de savoir si la règle de droit international coutumier sur les immunités, qui concerne les rapports horizontaux entre États, s'applique de la même manière à la relation entre un État partie et un État non partie au Statut de Rome. Cela pourrait découler des diverses approches adoptées par les juridictions internationales en la matière et des raisons, probablement divergentes, qui sous-tendent la règle de droit international applicable aux immunités dans les deux contextes. Il n'est donc pas possible de déterminer, en l'état actuel du droit, si la portée de l'immunité en matière d'arrestation reconnue aux hauts représentants de l'État est restreinte lorsque l'État qui procède à l'arrestation agit conformément à ses obligations envers la Cour, ou si la règle de droit international coutumier qui s'applique à la relation horizontale entre les États s'appliquerait de la même manière dans ces circonstances.

¹⁴² D. Akande, « ICC Issues Detailed Decision on Bashir's immunity (...At long Last...) But Gets the Law Wrong », *EJIL:Talk!* (15 décembre 2011), à consulter sur la page suivante : <https://www.ejiltalk.org/icc-issues-detailed-decision-on-bashir%E2%80%99s-immunity-at-long-last-but-gets-the-law-wrong/> (dernière consultation le 16 juin 2017).

¹⁴³ Dans le même ordre d'idées, voir D. Liu, « Has Non-Immunity for Heads of State Become a Rule of Customary International Law ? » in M. Bergsmo et Y. Lin, *State Sovereignty and International Criminal Law* (2012), p. 73.

VI. Remarques finales

97. L'appel à des contributions en provenance des États parties et de l'ONU à la demande de la présente chambre ainsi que l'audience du 7 avril 2017 ont constitué la première occasion de tenir un débat sur la question de l'immunité d'un chef d'État non partie au Statut, à la suite d'un renvoi du Conseil de sécurité de l'ONU. Les arguments présentés par l'Afrique du Sud et par le Procureur, ainsi que les différentes approches retenues par les États quant à l'effet horizontal de la règle de droit international coutumier concernant les immunités personnelles, montrent que les questions de droit en jeu sont particulièrement complexes et se trouvent au croisement du droit international public et du droit international pénal. Certaines des questions évoquées au cours du débat auraient pu justifier la présentation d'une demande d'avis consultatif à la CIJ, mais la Chambre n'a pas la possibilité de présenter une demande de ce type. Aussi me suis-je efforcé, dans cette opinion, de rendre compte de l'état actuel du droit international pour parvenir à une conclusion sur la question d'un éventuel manquement de l'Afrique du Sud aux obligations que lui imposait le Statut à l'occasion de la visite d'Omar Al-Bashir sur son territoire.

98. La question de savoir si l'Afrique du Sud a manqué à ses obligations en ne procédant pas à l'arrestation d'Omar Al-Bashir et en ne le remettant pas à la Cour a été traitée à partir de quatre axes de réflexion reflétant les principaux points soulevés en l'espèce et à l'occasion du débat d'ensemble.

99. Au vu des différentes interprétations plausibles et légitimes, comme cela a été démontré ci-dessus, je ne considère pas que l'état actuel du droit international permette d'aboutir à des conclusions certaines sur chacune des trois questions suivantes :

- Le renvoi à la Cour de la situation au Darfour par le Conseil de sécurité de l'ONU a-t-il mis le Soudan dans une situation équivalente à celle d'un État

partie, avec pour conséquence que l'article 98-1 du Statut ne serait pas applicable en l'espèce ?

- La résolution 1593 du Conseil de sécurité de l'ONU peut-elle être interprétée comme levant les immunités dont bénéficie Omar Al-Bashir en tant que chef d'État en exercice ?
- L'implication d'une cour internationale affecte-t-elle l'application de la règle de droit international coutumier qui régit l'immunité personnelle des chefs d'État dans le cadre des rapports entre États ?

100. En revanche, il me semble que des conclusions plus certaines peuvent être tirées en ce qui concerne la Convention sur le génocide. L'interprétation littérale associée à l'interprétation contextuelle de l'article IV de la Convention, conjointement avec l'analyse de l'objet et du but de ce traité, permettent de conclure qu'Omar Al-Bashir ne bénéficie pas de l'immunité personnelle, l'intéressé ayant fait l'objet d'une inculpation pour génocide au sens de l'article VI de la Convention.

101. Il est vrai que des éléments de tension pourraient être relevés entre certains aspects de l'ensemble de ces conclusions. En effet, il apparaît d'une part, que la Convention sur le génocide lève implicitement les immunités attachées aux « gouvernants » en fonction, alors que, d'autre part, il subsiste un doute quant à la levée implicite des immunités par la résolution 1593 du Conseil de sécurité de l'ONU. Cependant, cette impression tient aux différents niveaux auxquels la question des immunités est traitée dans ces deux instruments. À cet égard, il est clair que ni la Convention sur le génocide ni la résolution 1593 ne font explicitement référence à la levée des immunités, si bien qu'aucune des deux interprétations n'est entièrement exempte de toute incertitude. Toutefois, les termes de l'article IV de la Convention sur le génocide permettent de conclure de manière plus certaine à la levée des immunités. Comme cela a été évoqué précédemment, l'article prévoit spécifiquement que les « gouvernants » seront punis, et ce, même au cours de leur mandat. À l'inverse, la

résolution 1593 impose au Soudan une obligation de coopérer avec la Cour relativement large, sans référence spécifique à la question des immunités. De plus, la Convention sur le génocide impose aux Parties contractantes des obligations spécifiques, celles de prévenir le génocide ainsi que d'en poursuivre et d'en punir les auteurs. Dans le cadre de la Convention sur le génocide, ces obligations sont dans une situation de conflit plus nette avec les immunités et se trouvent être plus incompatibles avec elles que ne l'est l'obligation du Soudan de coopérer avec la Cour en vertu de la résolution 1593. En somme, s'agissant de la levée des immunités, la lettre de la Convention sur le génocide présente relativement moins d'ambiguïté que celle de la résolution 1593 du Conseil de sécurité de l'ONU.

102. De plus, il convient de souligner que l'affirmation selon laquelle la Convention sur le génocide retire implicitement les immunités personnelles des « gouvernants » d'un État est autonome et dépourvue de conséquences sur les constatations relatives à l'état actuel du droit international coutumier en matière d'immunités. Ceci résulte du principe selon lequel « les règles du droit international coutumier conservent une existence et une applicabilité autonomes par rapport à celles du droit international conventionnel »¹⁴⁴. Il est donc possible de conclure que si certains représentants de l'État bénéficient d'immunités en droit international coutumier, celles-ci peuvent être levées conformément aux obligations conventionnelles dans des cas particuliers.

103. Aussi, en général, les tensions susmentionnées reflètent les problèmes que pose dans la pratique la mise en œuvre du Statut de Rome dans le contexte d'un système de droit international présentant des tendances contradictoires.

104. La souveraineté de l'État reste au cœur du droit international public et garantit la compétence des juridictions de chaque État à l'égard de ses ressortissants. Cependant, depuis la Deuxième Guerre mondiale, un nombre croissant d'États ont

¹⁴⁴ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)* (Fond), Arrêt du 27 juin 1986, par. 179.

ratifié des instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme dans le but d'assurer la protection des droits fondamentaux des individus¹⁴⁵. Les progrès enregistrés sur le plan de l'adoption de ces instruments internationaux sont tels que les questions relatives aux droits de l'homme ne relèvent plus exclusivement de la compétence interne des États¹⁴⁶. Les États s'étant engagés à protéger les droits de l'homme, ils ont l'obligation de ne pas commettre eux-mêmes de violations des droits de l'homme, et encore moins à grande échelle. Lorsque de tels crimes sont néanmoins commis, on s'attend à ce que les juridictions nationales et internationales poursuivent leurs auteurs et rendent des jugements.

105. Ces évolutions ont nécessairement une incidence sur la manière d'aborder la notion d'immunité. L'immunité des représentants d'un État en matière de poursuites sur le territoire d'États étrangers constitue l'une des principales manifestations de la souveraineté, comme l'indique la maxime latine *par in parem non habet imperium*. Si les questions relatives aux droits de l'homme ne relèvent plus exclusivement de la souveraineté des États, il convient d'interpréter la notion d'immunité en conséquence. Comme l'expliquent trois juges de la CIJ, « une tendance se fait jour selon laquelle, dans un monde qui rejette de plus en plus l'impunité pour les crimes les plus horribles, l'attribution de la responsabilité et de l'obligation de rendre des comptes devient plus ferme [et] la possibilité [...] d'invoquer l'immunité pour se protéger plus limitée »¹⁴⁷. Au vu de cette situation encore non stabilisée, il n'est guère

¹⁴⁵ On notera tout particulièrement la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948), adoptée et proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 217 A (III), 10 décembre 1948, A/RES/3/217 A ; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966), *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 999, p. 171 ; la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1950), *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 213, p. 221 ; la Convention américaine relative aux droits de l'homme, *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 1144, p. 123 ; et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 1520, p. 217.

¹⁴⁶ M. Shaw, *International Law*, 2008, pp. 213 et 267.

¹⁴⁷ CIJ, *affaire relative au Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique) (Fond)*, Arrêt du 14 février 2002, Opinion individuelle commune de Mme Higgins, M. Kooijmans et M. Buergenthal, par. 75 [non souligné dans l'original]. Pour un autre point de vue, voir B. Jia,

surprenant que pour déterminer si l’Afrique du Sud a rempli les obligations qui lui incombaient, différentes approches aient été retenues au fil du temps par les chambres ou par le Procureur de la Cour, ou encore par les États parties et non parties au Statut, dont l’Afrique du Sud elle-même. Notons simplement que la présente opinion ne peut rester à l’écart de ces évolutions.

106. Les raisons qui précèdent m’incitent à conclure que la pleine participation du Soudan et de l’Afrique du Sud à la Convention sur le génocide a pour effet de lever l’immunité d’Omar Al-Bashir, permettant, et même faisant obligation, aux Parties contractantes à ladite convention, de l’arrêter lorsqu’il se trouve sur leur territoire. Il s’ensuit que l’Afrique du Sud n’aurait pas agi de façon incompatible avec ses « obligations qui lui incombent en droit international en matière d’immunité [...] d’une personne [...] d’un État tiers » au sens de l’article 98-1 du Statut, si elle avait arrêté et remis à la Cour Omar Al-Bashir. Cependant, elle n’a pas agi de la sorte et n’a ainsi pas respecté ses obligations découlant du Statut d’exécuter une demande de la Cour d’arrêter et de remettre Omar Al-Bashir.

Fait simultanément en anglais et en français, les deux versions faisant foi.



Juge Marc Perrin de Brichambaut

Fait le 13 juillet 2017

À La Haye (Pays-Bas)

« Immunity for State Officials from Foreign Jurisdiction for International Crimes », in M. Bergsmo et Y. Lin, *State Sovereignty and International Criminal Law*, 2012, pp. 93 à 96.