

Obligation de coopération et immunités dans l’affaire Al-Bashir : vers une infirmation par la Chambre d’appel ?

February 8, 2019

By : Azé Kerté Amoulgam

Introduction

Le 29 mars 2018, la Chambre d’appel de la Cour pénale internationale (ci-après CPI ou Cour) a rendu une ordonnance selon la procédure d’*amicus curiae* prévue à la règle 103 du *Règlement de procédure*

et de preuve[1] pour solliciter des observations d'acteurs externes sur une question qui la préoccupe. En effet, ayant reçu le 12 mars 2017 l'appel du Royaume hachémite de Jordanie[2] contre la décision de non-coopération rendue par la Chambre préliminaire II,[3] la Chambre d'appel a invité nommément cinq organisations internationales, à savoir l'Organisation des Nations Unies (ci-après ONU), l'Union africaine (ci-après UA), l'Union européenne, la Ligue des États arabes et l'Organisation des États américains, à soumettre, au plus tard le 16 juillet 2018, leurs observations sur les questions de droits soulevées.[4] De même, elle appelle les États parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale (ci-après *Statut de Rome* ou *Statut*) et les professeurs de droit international intéressés à soumettre, au plus tard le 30 avril 2018, une demande d'autorisation de présenter leurs observations.[5] Cet appel a conduit à des soumissions écrites suivies d'observations orales présentées devant la Chambre d'appel du 10 au 14 septembre 2018. Comme *amici curiae*, la Cour a notamment entendu « […] des représentants de l'Union africaine, de la Ligue des États arabes et des professeurs de droit international ».[6] Les questions de droit dont il s'agit se rapportent principalement à l'opposabilité des immunités en droit international du chef d'État en exercice d'un État non partie au *Statut de Rom*e à l'obligation de coopération avec la Cour d'un État partie.[7] L'objet de cet article est de discuter successivement, au regard de l'état actuel du droit, des deux premiers points de droit reformulés ainsi qu'il suit : 1) le *Statut de Rome* permet-il de rendre inopposables les immunités de Al-Bashir en droit international ? 2) la Résolution 1593 (2005) du Conseil de sécurité implique-t-elle la levée des immunités du président en exercice soudanais ?

1. **L'opposabilité des immunités d'un chef d'État en exercice d'un État tiers à l'obligation de coopération d'un État partie au *Statut de Rome***

Sur ce premier point de droit, la Chambre préliminaire II a conclu que la Jordanie, partie au *Statut*, aurait dû arrêter le président soudanais lors de sa participation au sommet de la Ligue des États arabes en application de l'article 27 (2) du *Statut* et de son obligation de coopération avec la Cour découlant des articles 86 et 89 (1), sans tenir compte des immunités reconnues au président en exercice en droit international coutumier et conventionnel.[8] Les obligations envers le *Statut de Rome* primeraient donc sur les autres obligations en droit international en matière d'immunités de l'État partie selon la Chambre préliminaire. Ce à quoi la Jordanie rétorque qu'elle ne pouvait arrêter Al-Bashir sans violer ses obligations en droit international que si le Soudan avait au préalable levé ses immunités, conformément à l'article 98 (1) du *Statut de Rome*.[9]

Pour mieux cerner la question, il est nécessaire de distinguer l'opposabilité des immunités d'un chef d'État en exercice aux procédures judiciaires devant les juridictions étrangères (1.1) de la non-pertinence de la qualité officielle devant une juridiction pénale internationale compétente (1.2).

- **Les immunités du chef d'État en exercice devant les juridictions étrangères**

Les immunités du chef d'État en exercice devant les juridictions et autorités étrangères sont admises en droit international coutumier et conventionnel et, en l'état actuel du droit, ne peuvent faire l'objet d'aucune exception.[10] L'immunité *rationae personae* du chef de l'État est inviolable durant tout le

temps qu'il exerce son mandat. Quant à l'immunité *rationae materiae*, elle est inviolable de façon permanente. Dans l'affaire des mandats d'arrêt, la Cour internationale de justice (ci-après CIJ) a réaffirmé le caractère coutumier de cette règle régissant les rapports amicaux entre les États et protégeant leurs intérêts réciproques.[11] Le projet d'article 7 de la Commission du droit international des Nations Unies visant à introduire une exception à l'immunité *rationae materiae* pour un certain nombre de crimes internationaux n'a jusqu'à présent pas reçu l'adhésion d'un nombre suffisant d'États pour être adopté.[12]

Sur le plan national, certaines juridictions de pays africains, tels que le Kenya et l'Afrique du Sud,[13] ont rendu des décisions favorables à l'arrestation et à la remise du président Al-Bashir à la CPI, en suivant des raisonnements différents. La conformité au droit international de ces décisions judiciaires, qui sont en général contraires aux opinions des autorités politiques de ces États, peut faire l'objet de longues discussions. Elles ne suffisent pas à tout le moins à faire constater un avancement de l'état du droit sur cette question, car pour ce faire il faudrait qu'un plus grand nombre d'États reprennent cette pratique et que celle-ci soit considérée comme étant du droit.

- **La non-pertinence de la qualité officielle : champ d'application**

Pour ce qui est de la non-pertinence de la qualité officielle consacrée à l'article 27 du *Statut de Rome*, c'est un principe constant devant les juridictions pénales internationales depuis Nuremberg, autant que celui de la responsabilité pénale individuelle (article 7 du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, article 6 du Statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, article 7 [2] du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, article 6 [2] du Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda). Aucune immunité n'a pu prospérer en tant que mode de défense ou de motif exonératoire de responsabilité devant les tribunaux internationaux.[14] La Chambre d'appel du Tribunal spécial pour la Sierra Leone a conclu à la non-opposabilité de l'immunité dont jouirait Charles Taylor en tant que motif exonératoire de responsabilité en s'appuyant sur les précédents des tribunaux militaires internationaux et du cas Pinochet.[15] Dans son arrêt relatif à l'affaire du mandat d'arrêt, la CIJ admet que les hauts fonctionnaires bénéficiant des immunités en droit international coutumier et conventionnel peuvent être jugés devant des juridictions internationales compétentes.[16] Seul le Protocole de Malabo adopté en 2014 dans le cadre de l'UA admet l'immunité des chefs d'État en exercice devant la Cour africaine de justice et des droits de l'homme en son article 46A *bis*. Ce Protocole peine à entrer en vigueur, car il n'a fait l'objet à nos jours que de onze signatures et d'aucune ratification.

Si l'on applique le critère de compétence établi par la CIJ associé à la liberté contractuelle dont jouissent les États en droit international, le défaut de pertinence de la qualité officielle n'a d'effet obligatoire en principe que dans les rapports *inter partes*, verticalement entre la CPI et ses États membres et horizontalement entre les États membres. Le Soudan n'étant pas État partie au *Statut de Rome*, il n'a pas renoncé aux immunités de ses hauts fonctionnaires devant la CPI. Par conséquent, un État partie au *Statut de Rome* tel que le Royaume hachémite de Jordanie, en l'absence d'une renonciation expresse du Soudan aux immunités de son chef d'État, ne peut procéder à son

arrestation et à sa remise à la CPI sans violer ses obligations en droit international coutumier et conventionnel.

Si le Soudan n'a pas renoncé aux immunités de son chef d'État en exercice, la résolution du Conseil de sécurité lève-t-elle les immunités d'Omar Al-Bashir ?

2. **Les conséquences de la Résolution 1593 (2005) du Conseil de sécurité sur les immunités du chef d'État en exercice soudanais**

Le paragraphe 2 de la Résolution 1593 (2005) se lit comme suit :

[Le Conseil de sécurité décide] que le Gouvernement soudanais et toutes les autres parties au conflit du Darfour doivent coopérer pleinement avec la Cour et le Procureur et leur apporter toute l'assistance nécessaire conformément à la présente résolution et, tout en reconnaissant que le Statut de Rome n'impose aucune obligation aux États qui n'y sont pas parties, demande instamment à tous les États et à toutes les organisations régionales et internationales concernées de coopérer pleinement.

Cette disposition a donné lieu à plusieurs interprétations divergentes (2.1). Cependant, une lecture croisée du texte avec le *Statut de Rome* permet de conclure qu'elle ne lève pas les immunités du président soudanais (2.2).

- **Une interprétation dichotomique de la Résolution 1593**

Le second argument de la Chambre préliminaire a consisté, par une opération intellectuelle laborieuse, à déduire les implications de la Résolution 1593 (2005) du Conseil de sécurité pour aboutir à une absence des immunités. C'est une opération qu'elle a précédemment effectuée dans les décisions sur la coopération de la République démocratique du Congo[17] et la non-coopération de l'Afrique du Sud[18] dans la même affaire Al-Bashir. Comme dans sa décision à l'encontre de l'Afrique du Sud, elle déduit que le Soudan, qui n'est pas un État partie au *Statut de Rome*, a acquis provisoirement ce statut par le truchement de la saisine du Conseil de sécurité.[19] Le Soudan étant ainsi devenu membre *ad hoc*, Omar Al-Bashir perd toute immunité en vertu de l'article 27 du *Statut*, car « […] *the legal framework of the Statute applies, in its entirety, with respect to the situation referred* ».[20]

Sur ce point de droit, le Conseil de sécurité a été sollicité à plusieurs reprises par le Bureau du Procureur de la CPI pour apporter son aide, y compris pour démêler l'écheveau,[21] mais il n'y a pas eu de réaction de sa part. Quant à la doctrine, elle est divisée sur la question comme on peut le constater en parcourant les demandes d'autorisation de soumission d'observations adressées à la Chambre d'appel. Il y a, d'une part, les auteurs qui pensent que la Résolution lève les immunités du président soudanais, et, d'autre part, ceux qui croient que la Résolution appelle simplement à une coopération pleine et entière du Soudan avec la CPI et qu'il reviendrait à cet État de lever ces immunités.[22] La Chambre préliminaire a déjà elle aussi fourni plusieurs interprétations contradictoires dans ses

précédentes décisions pour aboutir à la même conclusion (ici, ici et ici). Qu'en est-il réellement ?

- **La résolution ne lève pas les immunités du président Al-Bashir**

Les raisonnements de la Chambre préliminaire semblent être en contradiction avec les principes fondateurs du droit international des traités, à savoir le libre consentement contractuel et l'effet *inter partes* (*pacta sunt servanda*).[23] Le Soudan, qui est un État tiers au *Statut de Rome*, ne peut en principe pas bénéficier des droits ni se voir opposer les obligations qui en découlent. La saisine du Conseil de sécurité permet simplement à la Cour d'exercer sa compétence matérielle conformément aux termes de l'article 13-b du *Statut de Rome*, pareillement à une saisine par un État ou par le Procureur, sans produire aucun autre effet juridique. Les obligations du Soudan de coopérer avec la Cour découlent en réalité de sa ratification de la Charte de l'ONU qui l'oblige à se soumettre aux résolutions du Conseil de sécurité (article 25). Ainsi, en appelant le Soudan à coopérer et apporter assistance à la Cour et au procureur, la Résolution oblige-t-elle le Soudan à ne pas entraver l'exercice de la juridiction de la Cour. Mais le Soudan ne coopère pas comme l'exige cette résolution du Conseil de sécurité. Omar Al-Bashir conserve donc les immunités rattachées à son statut de chef d'État.

En outre, si la saisine du Conseil de sécurité a pour conséquence implicite une levée des immunités, alors on peut s'interroger sur l'effet juridique de l'article 98 (1) *du Statut de Rome*.[24] En effet, la saisine de la CPI par les États et le Procureur a pour fondement les compétences *rationae loci* et *rationae personae* active,[25] et rend applicable le Statut dans son entièreté à cause de l'expression préalable de l'État concerné de son consentement à être lié.[26] Aucune immunité n'est donc opposable dans ce premier cas de figure conformément à l'article 27.[27] La question de l'immunité ne se pose qu'à l'égard des États non parties. Or, seul le Conseil de sécurité peut déférer une situation prévalant sur le territoire d'un État non partie et impliquant des ressortissants d'un État non partie au *Statut*.[28] Par conséquent, considérer que le renvoi du Conseil de sécurité fait de l'État concerné un membre *ad hoc* au *Statut* et rend inopposable toute immunité reviendrait à supprimer toute hypothèse d'application de l'article 98 (1). Ce dernier deviendrait alors caduc. Une question mérite d'être posée pour terminer : le Conseil de sécurité a-t-il le pouvoir de lever les immunités en droit international d'un haut fonctionnaire en exercice ?

Conclusion

La Chambre d'appel pourrait-elle pour autant rendre une décision libérant la Jordanie, ainsi que les autres États membres de la CPI, de l'obligation d'arrêter le président en exercice du Soudan lorsqu'il se rend sur leur territoire en vertu de ses immunités en droit international ? Il y a deux issues possibles à cette affaire. La première serait que la Chambre d'appel trouve une meilleure base juridique pour rendre une décision semblable à celle des différentes formations de la Chambre préliminaire avant elle. Elle réaffirmerait alors l'inopposabilité des immunités de Al-Bashir à l'obligation de coopération du Royaume hachémite de Jordanie dans l'arrestation et la remise à la CPI. Cependant, une base juridique solide justifiant une telle décision en l'état actuel du droit me semble très peu probable. La seconde issue serait que la Chambre d'appel infirme la décision de la Chambre

préliminaire. Elle devrait ainsi reconnaître non seulement les immunités du président en exercice d'un État non partie au *Statut de Rome*, mais aussi affirmer leur opposabilité à l'obligation de coopération des États parties à cause de l'effet *inter partes* du *Statut*. Une telle décision serait à mon avis conforme au *Statut de Rome* et à l'état actuel du droit international des immunités.

Please cite this article as:

Azé Kerté Amoulgam, «Obligation de coopération et immunités dans l'affaire Al-Bashir : vers une infirmation par la Chambre d'appel ?» (2019) 3 PKI Global Just J 40

About the author

Amoulgam Aze KerteAmoulgam Azé Kerté travaille comme auxiliaire de recherche pour Professeure Fannie Lafontaine et a précédemment travaillé comme assistant juridique à la Clinique de droit international pénal et humanitaire, dans un cabinet d'avocat et dans des organisations gouvernementales et non gouvernementales des droits de la personne. Il s'intéresse aux questions relatives aux relations entre les États africains et la justice internationale pénale, aux droits de la défense et aux immunités dans les procès pour crimes internationaux. Il est candidat au doctorat à l'université Laval, chercheur à la Chaire de recherche du Canada sur la justice internationale pénale et les droits fondamentaux et membre de l'Association internationale de droit pénal.

Les points de vue exprimés dans ce texte sont ceux de l'auteur et ne peuvent être attribués à la CPI

References

1. ICC, Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir: Order inviting expressions of interest as amici curiae in judicial proceedings (pursuant to rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence)*, ICC-02/05-01/09-330, 29 mars 2018, en ligne : <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018_01892.PDF>
2. *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir: The Hashemite Kingdom of Jordan's appeal against the « Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender [of] Omar Al-Bashir »*, ICC-02/05-01/09-326, 12 mars 2018, en ligne : <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018_01658.PDF>.
3. ICC, Pre-Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir: Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender or Omar Al-Bashir*, ICC-02/05-01/09-309, 11 décembre 2017, en ligne : <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2017_07156.PDF>.

4. *The Prosecutor v Omar Hassan Ahmad Al Bashir: Order inviting expressions of interest as amici curiae in judicial proceedings (pursuant to rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence)*, *supra* note 1 au para 1.

5. *Ibid* aux paras 2 et 3.

6. ICC, « Affaire Al-Bashir?: la Chambre d'appel de la CPI entendra des observations sur des questions de droit soulevées par la Jordanie entre les 10 et 14 septembre 2018 », en ligne : < https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=ma232&ln=fr> (consulté le 12 janvier 2019).

7. *The Prosecutor v Omar Hassan Ahmad Al Bashir: The Hashemite Kingdom of Jordan's appeal against the « Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender [of] Omar Al-Bashir »*, *supra* note 2. Le Royaume hachémite de Jordanie soulève les trois moyens de défense suivants : 1) la Chambre a commis des erreurs dans ses conclusions concernant les effets du Statut de Rome sur l'immunité du Président Al-Bashir, 2) la Chambre a conclu à tort que la résolution 1593 (2005) du Conseil de sécurité avait une incidence sur les obligations d'accorder l'immunité au Président Al-Bashir qu'imposent à la Jordanie la coutume internationale et le droit international conventionnel et 3) la Chambre a abusé de son pouvoir discrétionnaire en décidant d'en référer à l'Assemblée des États parties et au Conseil de sécurité de l'ONU.

8. *The Prosecutor v Omar Hassan Ahmad Al Bashir: Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender or Omar Al-Bashir*, *supra* note 3 aux paras 44 et 45.

9. *The Prosecutor v Omar Hassan Ahmad Al Bashir: The Hashemite Kingdom of Jordan's appeal against the « Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender [of] Omar Al-Bashir »*, *supra* note 2 au para 22.

10. Muriel Ubeba-Saillard, « Droit international pénal et droit international général?: les immunités des chefs d'État en exercice » dans Julian Fernandez, dir, *Justice pénale internationale*, Paris, CNRS Éditions, 2016, à la p. 118.

11. CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, 14 février 2002 au para 51, 54 et 58, en ligne : <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-00-F…;.

12. Sean D Murphy, « Immunity Ratione Materiae of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction: Where is the State Practice in Support of Exceptions? » (2018) 112 AJIL Unbound, à la p 7.

13. The Supreme Court of Appeal of South Africa, *The Minister of Justice and Constitutional Development v The Southern African Litigation Centre*, 867/15, 15 mars 2016 à la p 4, en ligne : <http://www.justice.gov.za/sca/judgments/sca_2016/sca2016-017.pdf>.

14. Emmanuel Decaux, « Les Gouvernants » dans Hervé Ascension, Emmanuel Decaux et Alain Pellet, dir, *Droit international pénal*, Paris, Éditions A Pedone, 2000, à la p. 187.

15. Charles Chernor Jalloh, « Charles Taylor » dans William A Schabas, dir, *The Cambridge Companion to International Criminal Law*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2016, à la p. 321.

16. *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c Belgique)*, *supra* note 11 au para 61.

17. ICC, Pre-Trial Chamber, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir: Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir's Arrest and Surrender to the Court*, ICC-02/05-01/09-195-tFRA-Corr, 9 avril 2014, en ligne : < https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2014_03452.PDF>.

18. ICC, Pre-Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir: Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by South Africa with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir*, ICC-02/05?01/09, 6 juillet 2017, en ligne : <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2017_04402.PDF>.

19. *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir: Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by South Africa with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir*, *ibid*. au para 88.

20. *The Prosecutor v Omar Hassan Ahmad Al Bashir: Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender or Omar Al-Bashir*, *supra* note 3 au para 37.

21. Voir par exemple les Rapports du Procureur de la Cour pénale internationale au conseil de sécurité de l'Organisation des Nations unies en application de la Résolution 1593 (2005), notamment le 26e rapport (12 décembre 2017) §44, le 25e rapport (8 juin 2017) au §40, le 24e rapport (13 décembre 2016) au §37 et le 23e rapport (9 juin 2016) au §20.

22. Erika de Wet, « Referrals to the International Criminal Court Under Chapter VII of the United Nations Charter and the Immunity of Foreign State Officials » (2018) 112 AJIL Unbound 33, à la p. 37.

23. Article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969.

24. Article 98 (1) du *Statut de Rome* : « La Cour ne peut poursuivre l'exécution d'une demande de remise ou d'assistance qui contraindrait l'État requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en droit international en matière d'immunité des États ou d'immunité diplomatique d'une personne ou de biens d'un État tiers, à moins d'obtenir au préalable la coopération de cet État tiers en vue de la levée de l'immunité. »

25. Articles 12 (2), 13-a et 13-c, *ibid*.

26. Articles 12 (1) et 12 (3), *ibid*.

27. Article 27, *ibid*.

28. Article 13-b, *ibid*.