

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE FACE À L'IMMUNITÉ DES HAUTS
FONCTIONNAIRES DE L'ÉTAT EN DROIT INTERNATIONAL

MÉMOIRE PRÉSENTÉ

COMME EXIGENCE PARTIELLE

DE LA MAÎTRISE EN DROIT

PAR

SARA MONIKA HENNINGSSON

30 SEPTEMBRE 2015

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 - Rév.01-2006). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	iii
LISTE D'ABRÉVIATIONS ET ACRONYMES.....	iv
RÉSUMÉ.....	v
INTRODUCTION	1
CHAPITRE 1	9
LA NAISSANCE DU DROIT PÉNALE INTERNATIONALE : UNE VOLONTÉ DE LA COMMUNAUTÉ INTERNATIONALE DE METTRE FIN À L'IMPUNITÉ	9
1.1 L'évolution historique du droit pénal international.....	9
1.1.1 Nuremberg	9
1.1.2 Les principes de Nuremberg	18
1.1.3 Le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie et le Tribunal pénal International pour le Rwanda	22
1.2. L'État du droit en matière d'immunité des chefs d'États au delà du SR	26
1.2.1 Principes de l'immunité en droit pénale international	27
1.2.2 Trois niveaux d'immunité	28
1.2.3 <i>L'Affaire Pinochet en 1999 et l'Affaire Mandat d'arrêt en 2000</i>	31
CHAPITRE 2	40
LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE: UNE INSTITUTION DÉPENDANTE DE LA COOPÉRATION DES ÉTATS POUR METTRE FIN À L'IMPUNITÉ DES HAUTS DIRIGEANTS DE L'ÉTAT	40
2.1 <i>Statut de Rome</i>	40
2.1.1 Historique des travaux et débats avant l'adoption du <i>Statut</i>	40
2.1.2 Principe de Complémentarité et la compétence de la CPI.....	44
2.1.2.1 Modèle de la CPI	44
2.1.2.2 Observations sur le Modèle de Nuremberg versus le modèle de la CPI.....	47
2.1.2.3 Le rationnel du principe de complémentarité	48

2.1.3 L'obligation de coopération des États avec la CPI	49
2.1.3.1 Article 86 du SR : Les limites de l'obligation de coopération telle que prévues par le Statut	49
2.1.3.2 Rôle du conseil de sécurité	55
2.1.3.3 Conférence de Kampala.....	57
2.2 Interprétation du statut.....	63
2.2.1 Principes d'interprétation.....	63
2.2.2. Rédaction des articles 27 et 98 du Statut de Rome et la volonté des États : Quelles étaient les intentions des États?	69
CHAPITRE 3	76
LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE ET LA SITUATION DU PRÉSIDENT OMAR AL BASHIR	76
3.1 La situation du Darfour devant la CPI	76
3.1.1 Les procédures devant la CPI.....	77
3.1.2 La décision de la Chambre Préliminaire en avril 2014	83
3.1.3 L'analyse.....	87
3.2 La réticence de l'Union Africaine	89
CONCLUSIONS.....	97
1. Travaux de la Commission du droit international	97
2. Recommandations.....	99
3. Observations finales	101
ANNEXE.....	106
BIBLIOGRAPHIE.....	115

REMERCIEMENTS

Ce mémoire a pu être rédigé grâce à la participation et au soutien indispensable de plusieurs personnes. Je souhaite donc leur souligner et exprimer ma gratitude la plus sincère.

- À M. Bruce Broomhall qui a supervisé la rédaction de ce mémoire, pour son expertise et sa compréhension tout au long de ce processus.
- À Marie Nicola, ma mère, pour son amour, soutien, et encouragement indéfectible à travers les années.
- À mon époux, Elias et mes enfants, Julia et Lucas, pour leur encouragement, appui et grande confiance.
- Au Directeur des poursuites criminelles et pénales pour son appui. Un merci particulier à mes supérieurs, Natalie Brisette et Gianni Cuffaro.
- À l'honorable Juge Patrick Healy, pour son dévouement et sa passion contagieuse pour le droit criminel et pour ses étudiants.
- À Juliette Lucas et Carolyne Paquin et Ophélie Brunelle Quraishi, pour leurs conseils, appui et surtout leur amitié incomparable.

LISTE DES ABRÉVIATIONS ET ACRONYMES

I. Lois

- *SR : Statut de Rome*
- *Charte des NU* : Charte des Nations Unies
- *Statut du TPIR* : Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda.
- *Statut du TPIY* : Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.
- *Statut du TMN.* : Statut du Tribunal militaire de Nuremberg

II. Institutions : organisations et juridictions internationales

- CDI : Commission du droit international.
- CICR : Comité international de la Croix-Rouge.
- CIJ : Cour internationale de justice.
- CPI : Cour pénale internationale.
- FIDH. : Fédération internationale des droits de l'homme.
- ONU : Organisation des Nations Unies.
- TPI : Tribunaux pénaux internationaux.
- TPIR : Tribunal pénal international pour le Rwanda.
- TPIY : Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.
- TSL : Tribunal spécial pour le Liban.
- TSS : Tribunal spécial de la Sierra Leone.
- UA : Union africaine.
- UE : Union européenne.
- RDC: République démocratique du Congo
- RDT: République démocratique du Tchad

RÉSUMÉ

La remise en cause de l'immunité du chef de l'État à l'échelle internationale est réaffirmée au lendemain de la seconde Guerre Mondiale et matérialisée par la création des Tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo. La situation officielle des accusés, soit comme chefs d'État, soit comme hauts-fonctionnaires ne sera considérée comme une excuse absolutoire.

L'héritage de ces procès est que la responsabilité pénale internationale du chef de l'État n'est plus aujourd'hui un principe purement théorique. En effet, elle a été mise en œuvre notamment en Europe avec la poursuite du général Augusto Pinochet en Grande-Bretagne en 1998 et en 2001 avec l'arrestation de l'ancien Président yougoslave Slobodan Milosevic et son transfert au TPIY à La Haye pour y être jugé. Ces deux affaires constituent une victoire contre l'impunité et restent un avertissement à tous les criminels du monde qui se cachent derrière leurs fonctions étatiques.

Avec l'entrée en vigueur du *Statut de Rome* (SR) en 2002, ce message est devenu encore plus claire au sein de la communauté internationale. L'impunité des chefs d'État n'est plus un phénomène acceptable. L'article 27 paragraphe 1 du SR énonce que les dispositions du Statut s'appliquent à tout individu de manière égale et qu'aucun ne peut se cacher derrière une quelconque immunité afin de se soustraire à des procédures pénales engagées par la Cour à son encontre.¹ Cet article reprend le même principe que connaissent les Statuts des Tribunaux pénaux internationaux (TPI) sur les immunités de fonction qu'est la non pertinence de qualités officielles afin de se pourvoir d'une exonération de sa responsabilité pénale. L'article 27 paragraphe 2, qui traite quant à lui des immunités personnelles, vise à empêcher que ces dernières ne s'érigent en remparts à l'exercice de la juridiction de la Cour. Un deuxième article, qui traite de l'immunité, doit se lire avec l'article 27, soit

¹ Voir le texte de l'article 27 du *Statut de Rome* en Annexe.

l'article 98 paragraphe 1.² À la simple lecture de ce paragraphe, il semble y avoir une divergence avec le paragraphe 2 de l'article 27. En effet, selon ce dernier, la Cour ne peut présenter une demande d'assistance qui contraindrait l'État requis à agir de façon incompatible avec des obligations qu'il aurait envers un « *État tiers* » en vertu du droit international en matière d'immunité, à moins que la coopération de cet État tiers en vue de lever l'immunité ait été obtenue au préalable.

Ce travail vise à analyser la source de cette divergence, et ceci en tenant compte du contexte de la rédaction des dispositions du *Statut de Rome* en cause, de l'architecture fragile de la Cour Pénale Internationale, de la place dévouée à la coopération à la fois inter-étatique et avec la Cour pénale internationale et du rôle parfois problématique du Conseil de sécurité au sein de la dynamique de la CPI.

Le cadre temporel de ce travail se situe entre 1946 et le 9 avril 2014.

MOTS CLÉS

Statut de Rome – Cour pénale internationale - immunité – coopération-complémentarité - Omar Al Bashir – Nuremberg

² Voir le texte de l'article 98 du SR en Annexe.

INTRODUCTION

« La raison humaine demande que la loi ne réprime pas seulement les crimes commis par des sous-ordres, mais qu'elle atteigne aussi et surtout les chefs qui disposaient du pouvoir et l'ont employé délibérément à des fins de destruction et d'asservissement. »¹

À la fin de la Deuxième Guerre mondiale deux juridictions sont créées : le Tribunal militaire international de Nuremberg (le « Tribunal de Nuremberg ») par l'Accord de Londres du 8 août 1945² et le Tribunal international pour l'extrême Orient (le « Tribunal de Tokyo ») par une déclaration du Commandant suprême des Forces Alliées le 19 janvier 1946³. Vingt quatre dirigeants nazis ont été déférés au Tribunal de Nuremberg, qui était composé de quatre juges titulaires et de quatre juges suppléants désignés respectivement par les États-Unis, la France, la Grande-Bretagne et l'Union soviétique.⁴ L'accusé Robert Ley s'est suicidé au début du procès et Gustav Krupp a été déclaré inapte à subir son procès. Le jugement a été rendu le 1^{er} octobre 1946.⁵ Douze accusés ont été condamnés à mort, trois à la prison à vie, deux à vingt ans de prison, un à quinze ans, un à dix ans et trois ont été acquittés.⁶ Toutes les peines ont été exécutées sauf dans deux cas : Martin Bormann qui a été condamné à mort *in absentia*, et Hermann Göring qui s'est suicidé avant son exécution. Quant au Tribunal de Tokyo, il a rendu son verdict le 12 novembre 1948 :

¹ Cette déclaration d'ouverture du procureur général américain Robert H. Jackson a été prononcée le 21 novembre 1945, Palais de justice Nuremberg, 19 novembre 2005, en ligne : <
http://www.cvce.eu/obj/discours_inaugural_de_robert_h_jackson_nuremberg_21_novembre_1945-fr-9a50a158-f2f7-468b-9613-b2ba13da7758.html>.

² *Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire*, Londres, R.T.N.U., 82, pp.281-301 (8 août 1945) [*Accord de Londres de 1945*]

³ Le Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient (Tokyo 1948) fut constitué par une proclamation spéciale du Général MacArthur en qualité de Commandant Suprême des Puissances Alliées en Extrême-Orient, R.T.N.U., 82, pp.281-301. [Tribunal de Tokyo]

⁴ *Accord de Londres de 1945*, *supra* note 2.

⁵ Jugement du Tribunal Militaire de Nuremberg, *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international*, arrêt du 1^{er} octobre 1946, reproduit dans *A.J.I.L.*, vol. 41 (1947), p. 221. [Procès des grands criminels de guerre]

⁶ *Ibid.*

huit des vingt cinq accusés ont été condamnés à mort, la plupart des autres à la détention à perpétuité.⁷

Restant dans cet esprit, les Nations Unies ont très tôt voulu conférer un prolongement aux juridictions de Nuremberg et de Tokyo mais la guerre froide a gelé toute avancée.

Les crimes perpétrés en ex-Yougoslavie et au Rwanda contre des civils ont souligné l'urgence de la création d'une instance permanente pour en connaître la répression. Ainsi, face à ces crimes internationaux contre l'humanité perpétrés en ex-Yougoslavie et au Rwanda, le Conseil de sécurité se plaçant dans le cadre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies⁸, a créé le Tribunal pénal internationale pour l'ex-Yougoslavie⁹ (le « TPIY ») en 1993 pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du Droit international humanitaire (le « DIH ») commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991¹⁰ et le Tribunal pénal internationale pour le Rwanda¹¹ (le « TPIR ») en 1994 pour juger à la fois les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du DIH commis sur le territoire du Rwanda, et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commises sur le territoire d'États voisins.¹²

Le *Statut de Rome*¹³ (le « SR ») instituant la Cour pénale internationale (la « CPI ») est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002 suite à l'adoption du SR en 1998 après de négociations assez complexes entre les membres concernés. Ce Statut revêt la CPI de compétences devant lui permettre de réaliser sa mission qui est de juger les

⁷ Tribunal de Tokyo, *supra* note 3.

⁸ *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 no 7 [*Charte des Nations Unies*]

⁹ Conseil de sécurité, *Résolution 808 (1993)*, Doc. Off. NU S/RES/827 (1993) [*Résolution 808*]

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Conseil de Sécurité, *Résolution 955 (1994)*, Doc. Off. NU S/RES/955 (1994) [*Résolution 955*]

¹² *Ibid.*

¹³ *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 2187 R.T.N.U. 3 (17 juillet 1998) *Convention de Rome*, portant *Statut de la Cour pénale internationale*. Doc. Off. NU. A/CONF/183/9) [*SR ou Statut de Rome*]

individus (y compris des chefs d'État) ayant commis un génocide, des crimes de guerre, des crimes d'agression ou des crimes contre l'humanité.¹⁴ Toutefois, à la question de savoir si ces règles de compétences sont réellement de nature à assurer à la Cour une pleine efficacité, plusieurs débats trouvent leurs justifications. La Cour est née en effet d'un traité inter-étatique et l'obligation de coopération des États avec la CPI est la pierre angulaire du fonctionnement efficace de la CPI.¹⁵ L'architecture de la CPI est donc très différente des autres TPI précités. Elle n'est pas le fruit de l'exercice du pouvoir du Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte des NU. Elle est le fruit d'un accord inter-étatique.

La CPI ne dispose pas d'un mécanisme lui permettant de faire exécuter directement ses décisions, étant donné qu'elle ne dispose pas de forces de police. Ainsi, la CPI dépend essentiellement de la coopération des États, sans laquelle elle ne peut pas remplir son mandat.

Le Statut de la CPI consacre pour sa part deux articles à la question de l'immunité. En effet, l'article 27 du *SR* prévoit à son premier paragraphe le suivant:

Le présent Statut s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle. En particulier, la qualité officielle de chef d'État ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent d'un État, n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale au regard du présent Statut, pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine. ¹⁶.

Donc, suite à la lecture de cet article, il apparaît que les chefs d'État ne bénéficient d'aucune forme d'immunité basée sur leur qualité officielle. De plus au deuxième alinéa l'article précise que :

Les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit

¹⁴ *Ibid* à l'art.5.

¹⁵ *Ibid.* à l'art. 86.

¹⁶ *Ibid.* à l'art. 27(1).

international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne.¹⁷

Ce texte vient palier aux incertitudes reliées aux immunités qui peuvent être conférées aux chefs d'État en vertu du droit international ou droit national d'un État.¹⁸ L'article précise que la CPI continue d'exercer sa compétence malgré l'existence de ces formes d'immunités.

L'obligation générale de coopération des États, prévue à l'article 86 du *SR* vient compléter l'idée de l'article 27 en ajoutant :

Conformément aux dispositions du présent Statut, les États Parties coopèrent pleinement avec la Cour dans les enquêtes et poursuites qu'elle mène pour les crimes relevant de sa compétence.¹⁹

En souscrivant aux articles 27 et 86 du Statut, les États Parties auraient apparemment renoncé à toute immunité dont ils auraient pu bénéficier à l'égard de la CPI. Cependant, l'article 98 du *SR* impose certaines restrictions à la Cour, relativement à ses demandes de remise ou de toute autre forme d'assistance de la part des États. L'article 98 traduit en effet l'incapacité de la Cour à engager des mesures contraignantes qui pourraient amener un État à agir en contradiction avec ses obligations internationales. Le premier paragraphe de cet article annonce que:

La Cour ne peut poursuivre l'exécution d'une demande de remise ou d'assistance qui contraindrait l'État requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en droit international en matière d'immunité des États ou d'immunité diplomatique d'une personne ou de

¹⁷ *Ibid.* à l'art. 27(2).

¹⁸ Voir *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, (18 avril 1961) 500 R.T.N.U.95 [Convention sur les relations diplomatiques]; *Convention de Vienne sur les relations consulaires*,(24 avril 1963) R..T.N.U. 596, p.261 [Convention sur les relations consulaires]; *Convention de New York sur les missions spéciales*, (8 décembre 1969) R.T.N.U. 1400, p. 231 [Convention de New York] ; Voir aussi *Affaire mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)* C.I.J. 2002 (Cour Internationale de Justice), en ligne : <<http://www.icj-cij.org>>; Jugment - *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet*, 25 novembre 1998 [*Affaire Pinochet 1*] ; Jugment - *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet* (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division) , 24 mars 1999 [*Affaire Pinochet 3*]

¹⁹ *Statut de Rome*, *supra* note 13 à l'art. 86.

biens d'un État tiers, à moins d'obtenir au préalable la coopération de cet État tiers en vue de la levée d'immunité.²⁰

Le paragraphe 98(1) du *SR* vise donc la situation dans laquelle la remise d'une personne à la CPI serait incompatible avec une obligation d'un État en vertu du droit international en matière d'immunité des États ou d'immunité diplomatique d'une personne ou de leurs biens.

L'Article 27 du *SR* lève l'immunité de tous les officiels des États parties alors que l'article 98(1) semble sauvegarder ce principe d'immunité en disposant qu'un État partie au *Statut de Rome* ne peut pas être contraint d'arrêter le ressortissant d'un État tiers si ce dernier bénéficie d'une immunité. L'interprétation donnée à l'expression « État tiers » pose aussi des problèmes. En effet, s'agit-il d'un État tiers non partie au *Statut de Rome* ou tout État (partie ou non partie) autre que l'État hôte de la personne immunisée ?

Il s'agit d'une incertitude de termes exploitée par certains États qui veulent faire obstacle aux pouvoirs de la CPI. Si l'interprétation retenue de l'« État tiers » faisait référence à tous les États (incluant les États membre du *SR*) autres que l'État hôte, l'article 98 empêcherait de donner toute sa portée à l'article 27 du *Statut de Rome*. Cela impliquerait dès lors l'impossibilité pour la CPI d'obliger un de ses États parties à procéder à l'arrestation d'un chef d'État qui se trouve sur leur sol.²¹

S'ajoute à cette ambiguïté d'interprétation, l'évidence même du fait que malgré son indépendance déclarée, la principale faiblesse de la CPI est qu'elle repose sur la coopération des États. Elle ne peut mettre en œuvre, de sa propre volonté, les mandats d'arrêts qu'elle délivre.

Il est clair que le but du *Statut de Rome* est de mettre un terme à l'impunité dans un

²⁰ *Ibid.* à l'art. 98(1).

²¹ Voir la discussion à la section 1.2 sur l'État du droit international quant à l'immunité accordée aux chefs d'États.

contexte de coopération internationale. La question de recherche de ce mémoire sera surtout centrée sur l'évaluation des pratiques étatiques et de la Cour dans cette lutte contre l'immunité, notamment dans le cas des chefs d'État.

L'intérêt de la recherche est de nous permettre de mieux comprendre ce qui pourrait être le bon fonctionnement de la CPI, afin qu'elle puisse atteindre un de ses buts ultimes qui est de mettre un terme à l'impunité pour les crimes les plus graves commis contre l'humanité. Il s'agit de comprendre et de bien situer la CPI dans l'ensemble des rapports juridiques applicables à ce sujet, et notamment ceux concernant les immunités, afin de lui permettre, dans la mesure du possible, d'atteindre ce but.

Le *Statut* affirme sa vocation de progressivement mettre fin à l'impunité pour les crimes contre l'humanité, crimes de génocide, crimes d'agression et crimes de guerre.²² En même temps, la question de comment cet instrument novateur s'inscrit dans le paysage des règles existantes du droit international sur l'immunité reste à débattre. Il faut se demander comment le *Statut* peut atteindre son but dans la présence de telles règles bien ancrées en droit international.

Une autre question qui doit être analysée serait de savoir si l'immunité n'équivaut pas à l'impunité dans la majorité des cas, nonobstant toute adéquation purement formelle qui pourrait exister entre le principe d'immunité et celui de la responsabilité pénale.²³ Et si c'est le cas, l'application du *Statut de Rome* a-t-elle le potentiel d'encourager un meilleur équilibre entre l'immunité et la responsabilité pénale en droit international?

²² *Statut de Rome*, *supra* note 13 à l'art. 5.

²³ *Situation au Darfour (Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir)*, ICC-02/05-01/09, 9 avril 2014 (Cour Pénale Internationale) [Al Bashir, Décision de la CPI du 9 avril 2014]

Un des problèmes récurrents depuis la création de la Cour est celui de son incapacité de faire exécuter ses mandats d'arrêt. Dans les situations où le Conseil de sécurité, agissant en vertu du Chapitre VII de la *Charte des Nations Unies*²⁴, renvoie à la Cour une situation considérée comme constituant une menace pour la paix et la sécurité internationales, on doit s'attendre à ce qu'il prenne les mesures qu'il considère appropriées s'il apparaît que des États parties au *Statut* ne coopèrent pas avec la Cour aux fins de l'accomplissement du mandat que lui a confié le Conseil²⁵. Sinon, s'il n'y a pas de suivi de la part du Conseil de sécurité, tout renvoi par celui-ci d'une situation à la CPI en vertu du Chapitre VII n'atteindra jamais son but ultime, à savoir mettre un terme à l'impunité. Par conséquent, un tel renvoi deviendrait vain.

La réaction de l'Union africaine à la demande de la CPI concernant le président soudanais, Omar Al Bashir est l'exemple le plus flagrant. En 2008, trois ans après que le Conseil de sécurité lui a demandé de mener une enquête au Darfour et en s'appuyant sur les éléments de preuve recueillis, le Procureur de la CPI a conclu qu'il y avait des motifs raisonnables de croire qu'Omar Al Bashir doit répondre pénalement de 10 chefs d'accusation pour génocide, crime contre l'humanité et crime de guerre. Pendant cinq années, les forces armées et les milices/Janjaouid aux ordres de M. Al Bashir ont attaqué et détruit des villages au Darfour.²⁶

La décision prise par l'Union africaine (UA) lors de son sommet de juillet 2010 à Kampala, en Ouganda, concernant la CPI réédite un appel lancé aux membres de l'Union africaine les exhortant à ne pas coopérer avec la CPI concernant

²⁴ *Charte des Nations Unies*, *supra* note 8.

²⁵ Conseil de sécurité, *Résolution 1593 (2005)*, Doc. Off. NU S/RES/1593 (2005) (*Résolution 1593*); *Charte des Nations Unies*, *supra* note 8; Al Bashir, *Décision de la CPI du 9 avril 2014*, *supra* note 23.

²⁶ *Le Procureur de la CPI engage des poursuites contre le Président du Soudan, Hassan Ahmad AL BASHIR, pour génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre au Darfour*, ICC-OTP-20080714-PR341, communiqués de presse, 14 juillet 2008.

l'arrestation du président Al Bashir.²⁷ Les États membres refusent donc d'exécuter les mandats d'arrêt contre le président.²⁸ On parle surtout de la violation des articles 86 et 27 du *Statut de Rome*.

Est-ce que la communauté internationale est en processus de révision quant aux obligations de coopération établies dans le *Statut de Rome* afin de pouvoir limiter l'impunité des chefs devant la CPI? La conséquence logique de ce processus serait de limiter le mandat principal et la juridiction de la CPI.

²⁷ Assemblée de l'Union africaine, « *Décision sur la mise en oeuvre de la Décision Assembly/AU/Dec.270 (XIV) relative à la deuxième réunion ministérielle sur le Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI) Doc. Assembly/AU/Dec.296 (XV)*, » Kampala, 27 juillet 2010, paragraphes 5, 8 et 9. [Décision de l'UA du 27 juillet 2010]

²⁸ *Situation au Darfour (Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir)*, Chambre Préliminaire II, ICC-02/05-01/09, 18 September 2013 (Cour Pénale Internationale) [Al Bashir, Décision de la CPI du 18 septembre 2013]

CHAPITRE 1

LA NAISSANCE DU DROIT PÉNALE INTERNATIONALE : UNE VOLONTÉ DE LA COMMUNAUTÉ INTERNATIONALE DE METTRE FIN À L'IMPUNITÉ

1.1 L'évolution historique du droit pénal international

1.1.1 Nuremberg

Afin de mieux saisir l'histoire et la naissance du droit pénal international, le discours de Philippe Kirsch, Président de la CPI, sur l'héritage de Nuremberg nous confirme que cet héritage est et restera toujours essentiel au progrès du droit pénal international:

« Tout d'abord, il est tout à fait remarquable que les procès de Nuremberg aient même pu avoir lieu. Certes, ils n'étaient pas complètement sans précédent puisqu'avant Nuremberg, il existait déjà un droit de la guerre et des tribunaux militaires avaient conduit des procès pour crimes de guerre. La portée du procès mené dans cette salle d'audience était toutefois sans commune mesure avec celle des précédents. »²⁹

Kirsch fait référence aux procès qui ont eu lieu avant la deuxième Guerre. Dans le passé, la compréhension des crimes en droit international était liée davantage aux crimes de nature privée, tels que le trafic de femmes et enfants et la piraterie. Face à ces crimes internationaux souvent organisés, les États ont cru nécessaire de signer des traités pour renforcer leur coopération et pour contrecarrer de façon plus efficace cette catégorie de crimes internationaux. Ces traités généralement ont suivi un parcours précis : le crime était défini, ensuite des lois nationales étaient adoptées, parallèlement à des critères juridictionnels pour la poursuite pénale de ces crimes.³⁰

[La numéro de note 29 devrait être ici?] Philippe Kirsch et Daryl Robinson, « Sécurité Humaine et Puissance de la Persuasion: La Conférence de Rome sur la Cour Pénale Internationale » (1999) 12.1 Revue Québécoise de droit internationale 125 [Kirsh et Robinson, Sécurité humaine]

³⁰ Rapport sur la «*Conférence sur la Justice Pénale Internationale*», Assemblée des États, CPI, 19 octobre 2007, ICC-ASP/6/INF.2 (La «*Conférence sur la Justice Pénale Internationale*» a eu lieu à Turin du 14 au 18 Mai 2007, tel qu'événement officiellement organisé et parrainé par l'Italie, ayant le but de donner une contribution au développement du Droit et de la Justice Pénaux Internationaux) en ligne : <<http://www.icc-cpi.int>>

Le droit des gens et les crimes de guerre définissent l'avant-Nuremberg. Les conférences de La Haye (1899 et 1907)³¹, les conventions de Genève³², les clauses particulières de traités de paix comme l'article 227 du *Traité de Versailles*³³ qualifient progressivement les crimes de guerre, relevant du droit des gens ébauché depuis des siècles.³⁴

La création de cours pénales internationales a été proposée à plusieurs reprises dans le passé. Le déclenchement de la première guerre mondiale par l'Allemagne, le mépris des traités, les déportations des populations, les exactions de toutes sortes furent à la communauté internationale, révélateurs de l'échec d'un système dépourvu de sanctions. La fin du conflit verra les tentatives modernes de mise en place d'une juridiction pénale internationale afin de lutter contre l'impunité.

Le massacre des arméniens entre 1915 et 1918 fut le point de départ dans les tentatives de repression des crimes contre l'humanité. Les Arméniens furent victimes d'une campagne d'anéantissements systématique menée par le régime turc

³¹ Les conférences de la Paix de La Haye de 1899 et 1907 et l'arbitrage international, en ligne : <http://www.icj-cij.org/court/> [Conférences de 1899 et 1907]

³² *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 31; *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 85 ; *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*(1950) 75 R.T.N.U. 135; *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 287. *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux*, (1977) 1125 R.T.N.U. 3; *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux*, (1977), 1125 R.T.N.U. 609. [*Conventions de Genève et protocoles additionnels*]

³³ *Traité de Paix entre les Puissances alliées et associées et l'Allemagne signé à Versailles le 28 juin 1919*, Publication du ministère des Affaires étrangères, Imprimerie nationale, 1919. Ce traité est entré en vigueur à la date de la réception des instruments de ratification de l'Allemagne, de la France, de la Grande-Bretagne et des États Unis d'Amérique, c'est-à-dire le 10 janvier 1920. [*Traité de Versailles*]

³⁴ Philippe Kirsch et Daryl Robinson, « Sécurité Humaine et Puissance de la Persuasion: La Conférence de Rome sur la Cour Pénale Internationale » (1999) 12.1 Revue Québécoise de droit internationale 125 [Kirsch et Robinson, Sécurité humaine]

de l'époque, laquelle a fait plus qu'un million de victimes.³⁵

Le 24 mai 1915 déjà, la France, la Grande-Bretagne et l'Empire russe protestèrent dans une déclaration commune contre ce nouveau crime contre l'humanité et la civilisation commis par l'Empire Ottoman et menacèrent d'en faire porter la responsabilité au gouvernement ottoman. Des tentatives de juger les crimes contre l'humanité en Turquie en vertu du *Traité de Sèvres de 1920*³⁶ n'ont pas été fructueuses.³⁷ Dans le *Traité de Sèvres*, on faisait obligation à la Turquie de livrer les auteurs de massacres d'arméniens. Mais le traité ne fut jamais ratifié.³⁸ Les procès instruits par des tribunaux militaires turcs en 1919 et 1920 ne furent pas menés à terme.³⁹

Autres tentatives importantes se retrouvent notamment dans le projet de juger le Kaiser Guillaume II, après la Première Guerre mondiale, en vertu du *Traité de Versailles*. À l'issue de cette Guerre, les vainqueurs de l'Allemagne revendiquent de pouvoir juger Guillaume II par un tribunal inter-allié.

Le *Traité de Versailles* du 28 juin 1919, prévoyait l'instauration d'une juridiction pénale internationale destinée à juger Guillaume II ex-empereur d'Allemagne pour offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités. L'article 227 de ce traité stipulait que :

« Les puissances alliées et associées mettent en accusation publique

³⁵ Sévane Garibian, « Génocide arménien et conceptualisation du crime contre l'humanité : de l'intervention pour cause d'humanité à l'intervention pour violation des lois de l'humanité » *Revue d'Histoire de la Shoah*, 2003, no. 177 - 178, p. 274-294 [Garibian, Génocide arménien]

³⁶ *Traité de paix entre les alliés et la Turquie*, signé à Sèvres le 10 août 1920, en ligne : <<http://wwi.lib.byu.edu/>> [Traité de Sèvres]

³⁷ Garibian, Génocide arménien, *supra* note 35 à la p. 274-294.

³⁸ Cherif Bassiouni, « From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court » (1997) 10 Harv. Hum. Rts. J. 11; G. Petrequin, « Le crime contre l'humanité: Histoire d'une prise de conscience », (1994) 50 *Le Monde Juif*, n° 151, pp 126-145.

³⁹ Voir l'ouvrage de Taner Akçam, *Un acte honteux. Le génocide arménien et la question de la responsabilité turque*, Paris, Denoël, 2008, 491p. Certains des organisateurs des massacres arméniens étaient condamnés à mort avant la fin du processus.

Guillaume II de Hohenzollern, ex-empereur d'Allemagne pour offense suprême contre la morale internationale et l'autorité des traités ; un tribunal spécial sera constitué pour juger l'accusé en lui assurant les garanties essentielles du droit de la défense. Il sera composé de cinq juges, nommés par chacune des cinq puissances suivantes, à savoir : les États-Unis d'Amérique, la Grande-Bretagne, la France, l'Italie et le Japon. Le tribunal jugera sur motifs inspirés des principes les plus élevés de la politique entre les nations, avec le souci d'assurer le respect des obligations solennelles et des engagements internationaux ainsi que de la morale internationale."⁴⁰

La France, la Grande Bretagne et la Belgique réclament des poursuites contre Guillaume II mais il se réfugie en Hollande jusqu'à sa mort en 1941.⁴¹ Le tribunal qui devait juger des crimes de Guillaume II ne vit jamais le jour.⁴² À défaut de procès, il y aura un mouvement d'opinion qui contraindra l'Allemagne à faire juger un certain nombre de personnes qui avaient une responsabilité dans la Guerre. Des criminels allemands furent jugés devant des juridictions allemandes de mai 1921 en décembre 1922.⁴³ Hélas, ces procès dits : "de Leipzig" conduiront à l'acquittement pour 888 accusés et 12 condamnations à des peines légères qui ne furent même pas purgées.⁴⁴

Ces traités introduisirent par contre des dispositions relatives à la punition de ces crimes contre l'humanité. Le « crime contre l'humanité » apparaît sous la dénomination de « crime contre les lois de l'humanité » au lendemain de la Première Guerre mondiale, lors de la Conférence de la Paix de Paris de 1919⁴⁵. La Conférence de Paix de Paris a débuté le 18 janvier 1919 et a créé la Commission chargée de l'examen des responsabilités des auteurs de la Première Guerre mondiale pour violation des lois et coutumes de la guerre.⁴⁶

⁴⁰ *Traité de Versailles*, supra note 33 à l'art. 227.

⁴¹ Pierre Truche, *Juger les crimes contre l'humanité, 20 ans après le procès Barbie*, École normale supérieure Lettres et sciences humaines, Lyon : ENS Éditions 2009 à la p.31 [Truche, Juger les crimes]

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Traité de Versailles*, supra note 33.

⁴⁶ *Ibid.*

Les procès de Leipzig en Allemagne en 1921-1922⁴⁷ démontrent la difficulté à qualifier le crime de guerre et à juger les accusés. De plus les sanctions pénales nationales sont difficiles à appliquer.⁴⁸

Avant Nuremberg, les quelques procès pour crimes de guerre conduits par des tribunaux militaires nationaux, étaient concentrés sur des accusés de rangs subordonnés ayant commis des violations isolées sous un régime juridique établi régissant la conduite en question. À Nuremberg, on a jugé non seulement des chefs militaires, mais également des hauts fonctionnaires. Donc la différence réside dans l'établissement d'une juridiction de droit pénal international qui jugera des hauts responsables de l'État. Ce sont les actes d'individus qui seront à débattre au procès et non la responsabilité étatique. Sur ce point Kirsch nous énumère les conclusions historiques des architectes de Nuremberg :

« Face à des violations graves du droit international, les architectes de Nuremberg [...] sont arrivés aux conclusions suivantes :
Premièrement, les individus peuvent et doivent être tenus responsables de crimes constituant des violations du droit international. Pour reprendre cette phrase célèbre du jugement prononcé par le Tribunal, « [c]e sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent les crimes dont la répression s'impose, comme sanction du Droit international. »
Deuxièmement, on ne doit punir des individus qu'à l'issue d'un procès équitable, lors duquel les droits de la défense sont garantis. »⁴⁹ (nos soulignés)

Le Tribunal de Nuremberg a visé donc à une nouvelle forme de crimes : à savoir, les crimes commis par des organes de l'État qui agissent au nom de l'État en tant que tel. Nuremberg et Tokyo ont eu aussi leurs imperfections : les procès étaient assujettis à la pression politique et ils étaient réglés par le concept de la justice du vainqueur. Cependant, ils ont représenté un tournant fondamental pour la justice pénale internationale en visant à des violations commises par des organes de l'État,

⁴⁷ Forcade Olivier « Nuremberg et Tokyo : le droit introuvable » dans *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*. N°50, avril-juin 1996. pp. 126- 128.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

ou avec le support de l'État. Il est utile de rappeler les intentions du premier procès pénal international avec le discours de Robert H. Jackson à l'ouverture du procès de Nuremberg en 1946 :

« Cette procédure, quoique nouvelle et expérimentale, n'est pas le produit de spéculations arbitraires. [...] Ce procès est un essai pratique de quatre des plus puissantes nations, soutenues par quinze autres, d'employer le droit des gens pour faire face à la plus grande menace de notre époque : la guerre d'agression. La raison humaine demande que la loi ne réprime pas seulement les crimes commis par des sous-ordres, mais qu'elle atteigne aussi et surtout les chefs qui disposaient du pouvoir et l'ont employé délibérément à des fins de destruction et d'asservissement. [...] Au banc des accusés ne figurent pas seulement ces vingt hommes accablés et accusés autant par l'humiliation de ceux qu'ils dirigeaient que par la misère de ceux qu'ils ont attaqués. Leur pouvoir personnel de faire le mal est à jamais écarté. [...] Ils sont les symboles vivants de la haine raciale, du règne de la terreur, de l'arrogance et de la cruauté, de la volonté de puissance, »⁵⁰

Le 20 novembre 1945, le Tribunal a commencé ses travaux. Au bout d'un peu moins d'un an, le 1er octobre 1946, il a rendu son jugement, acquittant trois accusés, en condamnant 12 autres à la mort par pendaison et infligeant aux sept derniers des peines de prison de différentes durées.

De fait, les procès de Nuremberg ont eu des répercussions multiples sur le droit international dans son ensemble. En 1950, la Commission du droit international de l'Organisation des Nations Unies a adopté un texte énonçant les principes du droit international reconnus dans le *Statut* et le jugement du Tribunal de Nuremberg.⁵¹ Les principes fondamentaux issus des procès de Nuremberg incluent la responsabilité des individus pour des crimes internationaux, principe selon lequel la

⁵⁰ Cette déclaration d'ouverture du procureur général américain Robert H. Jackson a été prononcée le 21 novembre 1945, Palais de justice Nuremberg, 19 novembre 2005, en ligne : <
http://www.cvce.eu/obj/discours_inaugural_de_robert_h_jackson_nuremberg_21_novembre_1945-fr-9a50a158-f2f7-468b-9613-b2ba13da7758.html>

⁵¹ *Principes du droit international consacrés par le Statut du tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal*, 1950, Rapport de la Commission du Droit International sur les travaux de sa deuxième session du 5 juin au 29 juillet 1950, Documents Officiels cinquième session, Supplément No 12(a/1316), Nations Unies, New-York, pp.12-16, en ligne : <http://www.icrc.org/dih.nsf/full/390>. [*Principes de Nuremberg*]

qualité de chef d'État ou de haut fonctionnaire ne saurait être considérée comme une excuse absolutoire.⁵²

Ces principes ont été abondamment cités par les juristes internationaux et ils se situent aujourd'hui au cœur du droit international pénal. Nuremberg a également eu une influence importante dans le domaine du droit de la guerre, y compris des Conventions de Genève⁵³, et du droit international des droits de l'homme.

Dans les années qui ont immédiatement suivi les procès, des efforts ont été entamés pour l'établissement d'une cour internationale permanente.

L'Organisation des Nations Unies, bien évidemment, a pris toute sa part dans ce cheminement. Dès 1946, l'ONU a institué une commission chargée d'élaborer et de codifier le droit international.⁵⁴ En 1947, le Professeur Donnedieu de Vabres, (le juge français à Nuremberg)⁵⁵ chargée de ce projet, lui a soumis un projet de création d'une juridiction criminelle internationale. L'article 6 de la *Convention pour la prévention et la répression du génocide*⁵⁶ (Convention du Génocide) adoptée le 9 décembre 1948 par l'Assemblée générale de l'ONU avait même reconnu la compétence de cette future juridiction.⁵⁷ Nonobstant ces efforts, les consciences n'étaient manifestement pas prêtes. L'atmosphère de la Guerre froide a empêché davantage de progrès, et le projet a trainé pendant des décennies.⁵⁸

La question n'a été remise à l'ordre du jour qu'à l'occasion des événements survenus lors de la Guerre du Golfe en 1989. La fin de la Guerre froide avait donné lieu à plusieurs conflits, notamment par les atrocités survenues en ex-Yugoslavie. En 1989,

⁵² *Principes de Nuremberg*, *supra* note 51.

⁵³ *Conventions de Genève et protocoles additionnels*, *supra* note 32.

⁵⁴ H. Donnedieu de Vabres, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes de droit pénal international » 70 R.C.A.D.I. (1947) pp. 477-582.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 9 décembre 1948, R.T.N.U. 78, p.277 [Convention du crime de Génocide]

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Kirsch et Robinson, *Sécurité humaine*, *supra* note 34 à la p.127.

l'ONU avait lancé le processus de création d'une cour pénale permanente.⁵⁹ Dans les années 90, après les événements survenus en ex-Yougoslavie et au Rwanda, les efforts se sont intensifiés. Des tribunaux ad hoc ont été établis en réponse aux atrocités commises en ex-Yougoslavie puis au Rwanda.⁶⁰ Ces tribunaux étaient représentatifs d'avancés majeurs mais la nécessité d'une cour internationale *permanente* était toujours d'actualité. Celle-ci devait pallier aux insuffisances des tribunaux ad hoc.

En 1994, la Commission du droit international présente à l'Assemblée générale le texte final du projet de Statut donnant création à la CPI et lui recommande de convoquer une conférence plénipotentiaire afin de négocier un traité et de promulguer le Statut.⁶¹ On a donc créé un comité ad hoc, auquel a succédé un comité préparatoire pour une cour pénale internationale. De 1996 à 1998, le Comité préparatoire de l'ONU tient six sessions au siège de l'ONU à New York.⁶² Finalement en 1998, lors de la Conférence diplomatique des Nations Unies à Rome, le *Statut* de la CPI fut négocié et adopté.⁶³

Si on examine le tribunal de Nuremberg par rapport à la CPI, de nombreuses caractéristiques de la Cour trouvent leur origine dans les procès de Nuremberg. Il y a des différences clés par contre qui révèlent la volonté des architectes de la CPI de vouloir s'écarter du modèle de Nuremberg.

Premièrement, les définitions données dans le *Statut de Rome* et les Éléments des crimes qui le complètent sont bien plus détaillées que celles qui figurent dans le

⁵⁹ Comité préparatoire pour une cour pénale internationale, documents de la première session du Comité préparatoire qui s'est tenue du 25 mars au 12 avril 1996, en ligne : <<http://www.iccnw.org>> [Comité préparatoire, session du 12 avril 1996]

⁶⁰ *Statut du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie*, Doc. Off. CS NU S/RES/827, 3217e séance (22 février 1993) (*Statut du TPIY*) et le *Statut du Tribunal pénal pour le Rwanda*, Doc. Off. CS NU S/RES/955, 3453e séance (8 novembre 1994)[*Statut du TPIR*]

⁶¹ Comité préparatoire, session du 12 avril 1996, *supra* note 59.

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Statut de Rome*, *supra* note 13.

statut de Nuremberg ou dans les statuts des récents tribunaux ad hoc. Deuxièmement, le *Statut* de la CPI reflète l'évolution du droit conventionnel et coutumier depuis Nuremberg. Par exemple la CPI est compétente à l'égard du crime de génocide, en ce qu'il se distingue des autres crimes.

Dans le domaine de droits de l'homme, on peut remarquer dans l'ensemble du *Statut* de la CPI d'autres évolutions. Par exemple, à la différence de Nuremberg, où douze accusés ont été condamnés à mort, la CPI ne peut pas imposer la peine capitale.⁶⁴ La divergence capitale entre les deux tribunaux réside dans la méthode de leur création. Le Tribunal de Nuremberg de part son statut a été établi par les quatre puissances alliées, vainqueurs. Certains y ont vu une manifestation de la « justice des vainqueurs ».

Les architectes de la CPI ont préféré le fondement d'un traité universel. Tous les États ont pu participer à la rédaction du *Statut*. Un total de 160 États ont participé à la Conférence de Rome à l'occasion de laquelle le *Statut* a été adopté.⁶⁵ Pendant les négociations relatives au *Statut*, les États ont recherché un large consensus, des efforts qui ont abouti le 17 juillet 1998 par l'adoption du *Statut*.

À la suite de la Conférence de Rome, la Commission préparatoire a considérablement contribué à rallier un soutien international à la Cour. Le *Statut* a été signé par 139 États à la fin de l'année 2000.⁶⁶ En seulement sept années depuis l'adoption du *Statut de Rome*, 100 pays sont devenus parties au *Statut*.⁶⁷ En outre, les États qui ont ratifié le *Statut* acceptent que la Cour exerce sa compétence à l'égard de leurs ressortissants, ou de crimes commis sur leur territoire.⁶⁸

⁶⁴ *Accord de Londres de 1945*, *supra* note 2.

⁶⁵ *Statut de Rome*, *supra* note 13.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Coalition mondiale pour la Cour pénale internationale, Une Cour mondiale soutenue dans le monde entier, en ligne : < <http://www.iccnw.org> >

⁶⁸ *Statut de Rome*, *supra* note 13 aux arts. 12,13 et 14.

La CPI représente donc des caractéristiques qui se démarquent de Nuremberg. Le principe de la complémentarité en est un exemple. Selon ce principe, la CPI n'intervient qu'en dernier ressort. C'est aux tribunaux nationaux qu'il incombe en premier lieu de punir les auteurs de crimes internationaux. Une affaire est irrecevable devant la Cour si elle a fait ou fait l'objet de poursuites par un État à moins que l'État n'a pas la volonté ou est dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites.⁶⁹

À Nuremberg, les accusés étaient déjà arrêtés et détenus. Les armées d'occupation avaient pris le contrôle du territoire et y avaient un accès immédiat et complet. La CPI opère dans des situations de conflit ou post-conflit. Elle ne dispose pas de sa propre police, et encore moins d'une armée. La coopération des États lui sera absolument indispensable pour obtenir l'arrestation et la remise des personnes qu'elle recherche. Voilà une deuxième divergence avec Nuremberg qui sera importante à examiner. La coopération est primordiale pour la CPI et ceci à toutes les étapes de la procédure.

1.1.2 Les principes de Nuremberg

Les principes fondamentaux issus des procès de Nuremberg incluent la responsabilité des individus pour des crimes internationaux, le droit des accusés à un procès équitable et la déclaration historique selon laquelle la position de chef d'État ou de haut fonctionnaire ne peut garantir l'impunité.⁷⁰

Les procès de Nuremberg se sont révélés innovateurs mais ont été beaucoup critiqués et notamment qualifié de justice des vainqueurs.⁷¹ Les États vainqueurs auraient créé la loi, assuré la poursuite et l'instruction, prononcé le jugement et exécuté les peines.

⁶⁹ *Ibid* à l'art.17.

⁷⁰ *Principes de Nuremberg, supra note 51; Confirmation des principes de droit international reconnus par le statut de la Cour de Nuremberg, Résolution 95 (I) du 11 décembre 1946, A/RES/95(I). [Résolution 95 (I)]*

⁷¹ *Ibid.*

Adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 11 décembre 1946 à l'initiative de la délégation des États-Unis, la résolution 95 (I) faisait suite au jugement de Nuremberg du 1^{er} octobre 1946.⁷² Dans sa résolution, l'Assemblée générale a confirmé les principes de droit international reconnus par le *Statut du Tribunal de Nuremberg* et le jugement du Tribunal (les « principes de Nuremberg »).⁷³

Les Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal, s'ouvrent, en toute logique, par la responsabilité pénale individuelle en droit international. Le principe premier se fonde essentiellement sur le Statut et le jugement du Tribunal, selon lequel ce sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent les crimes dont la répression s'impose, comme sanction du Droit international.⁷⁴

Suivant l'article 7 du *Statut du tribunal de Nuremberg*⁷⁵ (le « *Statut de Nuremberg* ») l'immunité internationale ne peut plus être opposée aux instances pénales internationales. Ce principe est affirmé par l'Assemblée Générale des Nations Unies et ensuite par la Commission du droit internationale de l'ONU en 1950 comme principe du droit international pénal⁷⁶. Cette idée de l'inopposabilité de l'immunité des plus hautes autorités de l'État devant les juridictions internationales est consacrée dans le principe III⁷⁷. Il porte sur le défaut d'immunité basée sur la qualité officielle. Nous y reviendrons ici-bas.

⁷² *Ibid.*

⁷³ Antonio Cassese « *Confirmation des principes de droit international reconnus par le Statut du tribunal de Nuremberg*, (2009) United Nations Audiovisual Library of International Law ,pp. 1-9 à la p.1. [Cassese, Principes de Nuremberg]

⁷⁴ *Ibid* à la p. 5.

⁷⁵ *Accord de Londres de 1945*, *supra* note 2.

⁷⁶ *Principes de Nuremberg*, *supra* note 51.

⁷⁷ *Ibid.*

Le principe II précise que la responsabilité pénale à raison d'un crime de droit international existe même si le droit interne ne punit pas l'acte qui constitue ce crime.⁷⁸ Ce principe est considéré comme le corollaire du principe premier. L'idée qu'il contient avait déjà été énoncée à l'alinéa c) de l'article 6 du *Statut de Nuremberg*, qui définissait les crimes contre l'humanité comme certains actes, « qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés ». Dans son jugement, le Tribunal de Nuremberg avait conclu qu'« une idée fondamentale du *Statut* était que les obligations internationales qui s'imposaient aux individus primaient leur devoir d'obéissance envers l'État dont ils étaient ressortissants »⁷⁹

Le Tribunal a également mis l'accent sur la théorie de l'« acte de gouvernement » : Le principe du droit international qui, dans certaines circonstances, protège les représentants d'un État, ne peut pas s'appliquer aux actes condamnés comme criminels en droit international. Les auteurs de ces actes ne peuvent invoquer leur qualité officielle pour se soustraire à la procédure normale ou se mettre à l'abri du châtement.⁸⁰

Le principe III est affirmé à plusieurs instances suite à Nuremberg. Par l'adoption d'une résolution en 1993⁸¹ le Conseil de sécurité des Nations Unies (« Conseil de sécurité ») a adopté le *Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie* (« *Statut du TPIY* »)⁸². Le but du tribunal, selon le Conseil, est de « juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit humanitaire international commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie entre le 1^{er} janvier 1991 et une date que déterminera le Conseil après la restauration de la paix ». ⁸³ En 1994, le Tribunal pénal international pour le Rwanda (« TPIR ») fut créé par l'adoption de

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Cassesse, *Principes de Nuremberg supra* note 73 à la p. 3; Procès des grands criminels de guerre, *supra* note 5 à la p. 235.

⁸⁰ *Ibid.* à la p.3.

⁸¹ Conseil de sécurité, *Résolution 827 (1993)*, Doc. Off. NU S/RES/827 (1993) [*Résolution 827*]

⁸² *Statut du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie*, Doc. Off. CS NU S/RES/827, 3217^e séance (22 février 1993) [*Statut du TPIY*]

⁸³ *Résolution 827, supra* note 81.

la *Résolution 955* du CS.⁸⁴ Le TPIR est habilité à juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994.⁸⁵

Le principe du défaut de pertinence de la qualité officielle est affirmé à l'alinéa 2 de l'article 7 du *Statut du TPIY*, à l'alinéa 2 de l'article 6 du *Statut du TPIR*. L'article 6 du *Statut du TPIR* prévoit tout comme le *Statut du TPIY* que " La qualité officielle d'un accusé, soit comme chef d'État ou de gouvernement, soit comme haut fonctionnaire, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un motif de diminution de la peine."⁸⁶

Appliquant cette règle à toutes les infractions relevant de la compétence de la Cour, l'article 27 de la CPI est encore plus complet que le principe III en ce qu'il renvoie à la « qualité officielle de chef d'État ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent d'un État ».⁸⁷

En effet, depuis 1946, les principes de Nuremberg ont été réaffirmés et développés dans les statuts des tribunaux pénaux internationaux, dans la jurisprudence internationale et nationale. De nos jours, on considère généralement qu'ils représentent le droit international coutumier.⁸⁸ Étant donné que tous les États et toutes les juridictions internationales lui reconnaissent une importance cruciale et que ni les États, les tribunaux nationaux ou les juridictions internationales ne

⁸⁴ *Statut du TPIR*, *supra* note 60; *Résolution 955*, *supra* note 11.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Statut du TPIR*, *supra* note 11 à l'art. 6.

⁸⁷ Cassesse, *Principes de Nuremberg*, *supra* note 73 à la p.7

⁸⁸ *Ibid.* à la p.7

peuvent y déroger ni s'en écarter, on pourrait même soutenir qu'il a également acquis le statut de jus cogens.⁸⁹

1.1.3 Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal pénal international pour le Rwanda

Après le procès de Nuremberg, on a assisté à une sorte d'autonomisation progressive des crimes internationaux. D'abord la définition de Nuremberg est reprise dans les Principes des Nations Unies, puis complétée, notamment par la *Convention sur le génocide de 1948*⁹⁰, la *Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et crimes contre l'humanité de 1968*⁹¹ et la *Convention sur l'apartheid de 1973*⁹². La création des tribunaux pénaux internationaux ont complété ce mouvement.

En 1991, le déclenchement d'un conflit armé en Bosnie-Herzégovine commence à inquiéter la communauté internationale. Le 14 août 1992, la résolution 1992/S-1/1⁹³ de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies dénonce des exécutions massives, des actes de torture, mais surtout un projet de nettoyage ethnique qui donne lieu à d'importants déplacements de population qui menacent la paix et la sécurité dans les Balkans.⁹⁴ Le Conseil de sécurité, par sa *Résolution 808*⁹⁵ du 22 février 1993, décide de créer un tribunal international pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit humanitaire international commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991.⁹⁶ C'est en

⁸⁹ *Ibid.* à la p.7.

⁹⁰ *Convention du crime de génocide, supra* note 56.

⁹¹ Nations Unies, *R.T.N.U.*, vol. 754, p. 73.

⁹² Nations Unies, *R.T.N.U.*, vol. 1015, p. 243.

⁹³ Résolution 1992/S-1/1, 14 août 1992, CDHNU.

⁹⁴ Résolution 1992/S-1/1, 14 août 1992, CDHNU.

⁹⁵ *Résolution 808, supra* note 9.

vertu du chapitre VII de la *Charte des Nations Unies*⁹⁷ que le Conseil de sécurité a agit.

Le 25 mai de la même année, le Conseil de sécurité approuve le *Statut du TPIY* par sa *Résolution 827*⁹⁸, ce qui permet l'entrée en vigueur du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie.⁹⁹ À ses débuts, le TPIY suscite plusieurs débats.¹⁰⁰ En effet, on critique le Conseil de sécurité pour avoir outrepassé ses compétences en créant un organe indépendant, car l'article 29 de la Charte des Nations Unies ne lui permettrait que de créer des organes subsidiaires.¹⁰¹ Toutefois, le chapitre VII de la Charte l'autorise à entreprendre tous types de mesures pour rétablir la paix et la sécurité.¹⁰² De plus, on reproche aux Nations Unies de ne pas avoir considéré l'élaboration d'un traité, suivi d'un vote à l'Assemblée générale pour sa ratification par un nombre minimal d'États. Bien entendu, cette méthode s'avérait beaucoup trop longue pour l'urgence de la situation, ce qui a amené le Conseil de sécurité à agir par la voie d'une résolution.¹⁰³

L'établissement de ce Tribunal par une décision institutionnelle plutôt que par une convention internationale, n'est pas sans rappeler la manière dont le Tribunal de

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Charte des Nations Unies*, *supra* note 8. L'article 39 de la Charte prévoit: « *Le Conseil de sécurité constate l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression et fait des recommandations ou décide quelles mesures seront prises conformément aux Articles 41 et 42 pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales.* »

⁹⁸ *Résolution 827*, *supra* note 81.

⁹⁹ *Résolution 955*, *supra* note 11.

¹⁰⁰ Antoine Garapon et Joël Hubrecht, «La justice pénale internationale entre la balance et le sablier – Réflexions sur le procès Milosevic», *Esprit*, n° 186, juillet, 2002, pp. 33 et s.

¹⁰¹ Rachel Bourque « Tribunal Pénale Internationale pour l'ex-Yugoslavie », *Perspective Monde*, Université de Sherbrooke, 13 novembre 2014, en ligne : <<http://perspective.usherbrooke.ca/>>

¹⁰² *Charte des Nations Unies*, *supra* note 8 à l'art. 39.

¹⁰³ Pierre Jolicœur « Le procès de Milosevic : le début d'une saga judiciaire », (2002) 3, *Points de mire*, Centre d'études des politiques étrangères et de sécurité, en ligne: <<http://www.er.uqam.ca>>

Tokyo avait été constitué,¹⁰⁴ à savoir, non par un traité, mais également par un acte unilatéral, *i. e.* une « proclamation spéciale » du Commandement suprême des forces alliées en Extrême Orient, elle-même basée sur l'acte de reddition du Japon du 2 septembre 1945 et la Conférence de Moscou du 26 décembre 1945.¹⁰⁵

Le processus de démocratisation du Rwanda s'estompera au printemps 1994 dans un « silencieux » massacre de huit cent mille personnes. Près d'un million de personnes avait été massacré au cours de l'un des plus sanglants génocides du XXème siècle.¹⁰⁶

Le Conseil de sécurité, en vertu du chapitre VII de la Charte de l'organisation, adoptera le 8 novembre 1994 la *Résolution 955*.¹⁰⁷ Cette résolution établira, dans son annexe, les assises d'une instance judiciaire internationale, le Tribunal pénal international pour le Rwanda (« TPIR »). De prime abord, le rôle de l'instance judiciaire est de juger les responsables, autant politiques que citoyens, impliqués dans les atrocités commises dans le pays des mille collines entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994.

La création par le Conseil de sécurité de tribunaux pénaux internationaux est à la fois une question de nécessité juridique et de pragmatisme politique. En effet, en l'absence d'une Cour criminelle permanente toujours en gestation dans le début des années 1990 au sein de la Commission de droit international, le Conseil de sécurité

¹⁰⁴ Il faut par contre noter que, par opposition au tribunal de Tokyo créé par le vainqueur, le CSNU est le mandataire des 120-quelques États membres des Nations Unies.

¹⁰⁵ Éric David « Le Tribunal international pénale pour l'ex-Yougoslavie » 1992 2 R.B.D.I. pp. 565-598 à la p.568 [Éric David]

¹⁰⁶ Le rapport du 28 juin 1994 sur la situation des droits de l'homme au Rwanda chiffre le nombre de victimes entre 300 000 et 800 000 personnes. Voir Rapport sur la situation des droits de l'homme au Rwanda, E/CN.4/1995/7, § 24, 28 juin 1994.

¹⁰⁷ *Résolution 955*, *supra* note 11.

devenait le seul rempart institutionnel possible à l'impunité des responsables des crimes internationaux.

L'avantage de la procédure de création institutionnelle du Conseil de sécurité réside dans le fait que l'organe ainsi créé peut fonctionner immédiatement sans dépendre des contraintes et des aléas inhérents à une création conventionnelle classique (Conférences diplomatiques, ratifications, adhésions).

Dans ces conditions et vu que le Tribunal est créé par une *décision* du Conseil de sécurité, son *Statut* et les conséquences juridiques qui en découlent s'imposent à tous les États conformément à l'effet juridique qu'il convient d'accorder aux décisions du Conseil de sécurité en vertu de l'art. 25 de la Charte.¹⁰⁸

Chaque État membre des Nations Unies devra donc apporter au Tribunal la coopération judiciaire nécessaire, y compris, le cas échéant la livraison des personnes recherchées. Il en résulte qu'un État ne pourrait subordonner l'extradition d'une personne à diverses conditions prévues par son droit interne. Le caractère absolu de l'obligation de livrer la personne en cause découle de la primauté du droit international sur le droit interne et de l'absence de réserve dans le *Statut* au droit de l'État requis.¹⁰⁹

L'opinion publique devant les crimes commis lors du conflit sur le territoire de l'ex-Yougoslavie à partir de 1991 et à l'égard du génocide perpétré au Rwanda en 1994 vont susciter la réprobation de la communauté internationale. La volonté collective est devenue claire: Mettre un terme aux violations du droit humanitaire. Le Conseil de sécurité des Nations Unies a donc fait le constat des violations massives du droit international humanitaire avant de déclencher le processus d'établissement des tribunaux pénaux internationaux ad hoc.

¹⁰⁸ *Charte des Nations Unies*, *supra* note 8.

¹⁰⁹ Éric David, *supra* note 105 à la p.569.

La création de la Cour pénale internationale était donc la prochaine étape logique selon la doctrine:

« Finally, the post-Nuremberg doctrine emphasizes that a permanent international criminal jurisdiction must eventually be created, making it possible to judge clearly defined international infractions constituting a breach of the international public order.

[...]

The general conclusion to be drawn after Nuremberg might be summed up as follows. The international criminal law and the effective punishment of crimes against humanity presuppose "a struggle to create and consolidate a democratic international sovereignty, that is, an international public order that will put an end to criminal sovereignties and protect the Rights of all Human Beings." The short-comings of the law of Nuremberg confirm that the punishment of crimes against humanity—which have been since then recognized and legally defined as inter- national crimes—is indissolubly bound up with the preservation of peace and the protection of human rights. The law of the ICT for the Former Yugoslavia and for Rwanda, like the Statute of the 1998 ICC, fully reveals this essential bond, while finally disconnecting the concept of crime against humanity from war. »¹¹⁰ (nos soulignés)

La CPI devait donc consolider les acquis depuis la création des autres TPI tout en demeurant une institution indépendante des volontés politiques du jour. Sa mission étant de mener des procédures criminelles contre les responsables criminelles peu importe leurs fonctions étatiques, leurs grades ou leur lien politique. Une question évidente et fondamentale est la conséquence immédiate de cette dernière proposition idéologique. Qu'en est-il du droit de l'immunité des hauts fonctionnaires en droit international ? Comment la CPI pourra agir en dépit de ce droit ?

1.2. L'État du droit en matière d'immunité des chefs d'États au delà du SR

Plusieurs sous questions animent le débat de l'obligation de coopération des États avec la CPI afin de contrer l'impunité. Tout d'abord, il y a lieu d'analyser l'État du droit international en matière d'immunité des chefs d'État. Ensuite, on discutera du sujet de coopération au chapitre 2.

¹¹⁰ Sévane Garibian *Crimes against humanity and international legality* dans *Legal theory after Nuremberg*. Journal of Genocide Research, 2007, vol. 9, no. 1, p. 93-111 à la p. 102 [Garibian, Crimes against humanity]

1.2.1 Principes de l'immunité en droit pénal international

Actuellement, il n'existe aucune convention internationale permettant de démontrer l'étendue de l'immunité dont jouissent les chefs d'États et, plus particulièrement les sources précises de cette immunité. Devant cette réalité, il est nécessaire de faire appel à la coutume, la jurisprudence et la doctrine pour combler cette lacune tel que recommandé par l'article 38 du *Statut* de la CIJ:

« La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique:

a. les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige,

b. la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit;

c. les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées;

d. sous réserve de la disposition de l'article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit. »¹¹¹

Quant à l'existence de l'immunité pour les chefs d'État, la Cour internationale de justice¹¹² nous indique qu'il s'agit d'une telle évidence qu'il ne paraît même pas nécessaire de rechercher si cette coutume internationale est la preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit:

«La Cour observera tout d'abord qu'il est clairement établi en droit international que, de même que les agents diplomatiques et consulaires, certaines personnes occupant un rang élevé dans l'État, telles que le chef de l'État, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères, jouissent dans les autres États d'immunités de juridiction, tant civiles que pénales. »¹¹³

¹¹¹ *Statut de la Cour internationale de Justice*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 no 7 à l'art. 38 [*Statut de la CIJ*]

¹¹² *Affaire mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)* C.I.J. 2002 (Cour Internationale de Justice), en ligne : <<http://www.icj-cij.org>> [Affaire Mandat d'arrêt]

¹¹³ *Ibid.* au para. 51.

Quelle est donc la justification de cette immunité accordée aux chefs d'État? La justification de l'immunité des chefs invoque des aspects pratiques liées à la fonction de ces chefs. Ces fonctions leur attribuent un statut juridique spécial. Les chefs d'État sont « les représentants au plus haut niveau institutionnel et politique de leur pays et les nécessités du dialogue et de la collaboration entre les États exigent réellement qu'on leur ménage un espace juridique adéquat pour remplir leurs tâches. »¹¹⁴

L'immunité a donc pour but de permettre à l'État de se faire représenter et avoir une voix pour faire connaître ses politiques et pour qu'elle agit comme membre de la communauté internationale. L'immunité n'est pas rattachée à une personne, mais à *une fonction*. C'est une notion essentielle: l'immunité doit favoriser l'accomplissement de la fonction.

1.2.2 Trois niveaux d'immunité

Il existe en fait trois niveaux d'attribution des immunités. Le premier correspond à la question de l'immunité d'un national devant les juridictions nationales. Cette question est traditionnellement réglée par le droit constitutionnel propre à chaque État. Le second niveau correspondant à la question de l'immunité d'un étranger devant les juridictions nationales. Ce niveau est réglé notamment par des accords multilatéraux telle que la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*¹¹⁵ et par la coutume internationale. Le troisième niveau est lié à l'immunité d'un individu devant une juridiction internationale. Elle est attachée à son bénéficiaire en tant que titulaire de la fonction protégée, telle par exemple la fonction de diplomate ou de chef d'État, et prend fin avec la cessation par la personne de ses fonctions. Le

¹¹⁴ Mohammed Ayat, « Immunité des chefs d'État en exercice et justice pénale internationale », dans *Livre noir – Terrorisme et responsabilité pénale internationale*, Paris : Éd. S.O.S. Attentats 2002 à la p. 224 [Ayat, Immunité des chefs]; Affaire Mandat d'arrêt, *supra* note 112.

¹¹⁵ *Convention sur les relations diplomatiques*, *supra* note 18.

premier niveau relève exclusivement du droit national, pendant que les deuxième et troisième sont encadrés par le droit international.

Pour les fins de notre discussion, on doit se concentrer sur le troisième niveau de l'immunité. Le corollaire indispensable de l'immunité fonctionnelle est que celle-ci doit favoriser l'accomplissement de la fonction. Cette notion est reprise dans les préambules de plusieurs Conventions internationales, tel la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*¹¹⁶:

« *Convaincus* que le but desdits privilèges et immunités est non pas d'avantager des individus mais d'assurer l'accomplissement efficace des fonctions des missions diplomatiques en tant que représentants des États, »¹¹⁷

La *Convention de Vienne sur les relations consulaires*¹¹⁸ prévoit que:

« *Convaincus* que le but desdits privilèges et immunités est non pas d'avantager des individus mais d'assurer l'accomplissement efficace de leurs fonctions par les postes consulaires au nom de leurs États respectifs, »¹¹⁹

La *Convention de New York sur les missions spéciales*¹²⁰ confirme que:

« *Considérant* que la Conférence des Nations Unies sur les relations et immunités diplomatiques a adopté la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, qui a été ouverte à la signature le 18 avril 1961,

Considérant que la Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires a adopté la Convention de Vienne sur les relations consulaires, qui a été ouverte à la signature le 24 avril 1963,

Convaincus que le but des privilèges et immunités concernant les missions spéciales est non pas d'avantager des individus mais d'assurer l'accomplissement efficace des fonctions de celles-ci en tant que missions ayant un caractère représentatif de l'État, »¹²¹

¹¹⁶ *Convention sur les relations diplomatiques, supra* note 18.

¹¹⁷ *Ibid.* au Preambule.

¹¹⁸ *Convention sur les relations consulaires, supra* note 18 au Préambule.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ *Convention de New York, supra* note 18 au Preambule.

¹²¹ *Ibid.*

Ces conventions confirment que le droit à l'immunité a pour but non pas d'avantager des individus mais d'assurer l'accomplissement efficace des fonctions étatiques de ces individus.

L'immunité fonctionnelle (*rationae materiae*), est à distinguer de l'immunité personnelle (*rationae personae*). La première s'applique à toute personne agissant en sa qualité officielle de représentant d'un État et se limite donc aux actes liés aux fonctions. Elle a un caractère permanent et ceci même après que les fonctions eurent pris fin.¹²² Par opposition, l'immunité personnelle est de portée plus large, en ce qu'elle peut couvrir des comportements à caractère privé, protégeant la personne, notamment lors de ses déplacements à l'étranger, mais elles sont temporaires et prennent fin avec la cessation des fonctions.¹²³

En vertu du *Statut de Rome*, on ne peut invoqué la non-application du *Statut* en raison de la qualité officielle. Le *Statut de Rome* affirme le principe de l'imputabilité universelle en soulignant à l'art. 27(1) l'applicabilité du principe de la responsabilité individuelle¹²⁴ à toute personne nonobstant leur qualité officielle. Article 27(2) affirme spécifiquement la non-opposabilité des immunités internes ou internationales à tout exercice de compétence par la CPI. Le *Statut* s'attache donc à régler ces deux questions de l'imputabilité et des immunités au *niveau supranational*.

Cette codification semble claire mais qu'en est-il de son application ? Avant de nous

¹²² Mireille Delmas-Marty, « La responsabilité pénale en échec prescription, amnistie, immunités » dans Antonio Cassese et Mireille Delmas-Marty, dir., *Crimes internationaux et juridictions nationales*, Paris, 2001, 371 à la p. 638 [Delmas-Marty]

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ *Statut de Rome*, *supra* note 13 à l'art. 27.

lancer dans cette analyse, la jurisprudence internationale en matière d'immunité des chefs au delà du *Statut de Rome* peuvent nous indiquer les règles applicables.

1.2.3 *L'affaire Pinochet en 1999 et l'Affaire Mandat d'arrêt en 2002*

Augusto Pinochet, alors au passage à Londres, fut arrêté en octobre 1998 par les autorités britanniques en vertu d'un mandat d'arrêt espagnol. Alors que Pinochet était à la tête du Chili, plus de 3000 personnes furent tuées ou portées disparues.¹²⁵ Le gouvernement espagnol réunit plusieurs preuves établissant qu'entre 1973 et 1983, 11 ressortissants espagnols avaient été torturés par l'ancien dictateur. Pinochet contesta son arrestation en invoquant entre autres le principe d'immunité étatique en droit international. Dans deux arrêts importants, la Chambre des Lords écarta son immunité et annonça que Pinochet devait répondre de certains de ses actes devant la justice espagnole.¹²⁶ C'est la première fois qu'une cour a infirmé l'immunité d'un chef d'État pour le contraindre à répondre de ses actes devant un tribunal de droit interne.

Dans un premier jugement, rendu le 25 novembre 1998¹²⁷, Lord Nicholls et Lord Steyn pour la majorité ont répondu négativement à cette question en se fondant d'une part, sur le droit international coutumier et d'autre part, sur la loi criminelle anglaise incorporant la convention sur la torture.

L'argumentation présentée par les avocats de Pinochet reposait essentiellement sur deux points. En premier lieu, ils alléguaient qu'en tant qu'ancien chef d'État, leur client bénéficiait d'une immunité totale et ne pouvait donc faire l'objet d'aucune procédure devant les tribunaux britanniques.¹²⁸ En second lieu, si Pinochet ne

¹²⁵ Lucile Abassade, « À propos de l'affaire Pinochet » Rapport droit interne et droit international ou européen, Université Paris Ouest, 2007.

¹²⁶ *Affaire Pinochet 1*, supra note 18; *Affaire Pinochet 2*, supra note 18.

¹²⁷ *Ibid.* *Affaire Pinochet 1*.

¹²⁸ *Ibid.*

bénéficiait pas de l'immunité, le mandat devait être annulé parce que celui-ci référerait à des «actes de gouvernement» échappant à la compétence des tribunaux.¹²⁹

Les juges majoritaires et les juges minoritaires étaient du même avis sur un point: si les chefs d'État en exercice bénéficient d'une immunité absolue protégeant leur personne et leurs actes contre toute procédure civile ou criminelle, il n'en est pas de même pour les anciens chefs d'État.¹³⁰ Ceux-ci ne peuvent en effet bénéficier de l'immunité qu'en relation avec des actes qu'ils ont accomplis dans le cadre de leurs fonctions officielles¹³¹. Il importe de noter que ni la *Convention de Vienne sur les missions spéciales*¹³², ni les lois anglaises ne permettaient d'identifier les actes qui sont couverts par l'immunité et ceux qui ne le sont pas.¹³³ Dans le premier jugement du 25 novembre 1998, la division entre majorité et minorité se limite donc sur les règles applicables pour déterminer ce qui relève des fonctions d'un chef d'État.

Pour les lords minoritaires, les fonctions officielles d'un chef d'État ne peuvent être déterminées que par le droit chilien. À leur opinion, un principe aussi fermement établi que celui de l'immunité des chefs d'État pour tous les actes accomplis dans le cadre de leurs fonctions, ne saurait être écarté de manière implicite.¹³⁴ Ils rappellent qu'aucune des lois anglaises ne limite expressément la portée de cette immunité.¹³⁵

Les lois anglaises incorporent les trois conventions internationales relatives au génocide, à la torture et à la prise d'otages mais ceci ne satisfaisait pas aux Lords minoritaires.

Dans la décision du 25 novembre 1998, l'unanimité se fera donc sur un point : les anciens chefs d'État bénéficient d'une immunité relative. Une immunité *ratione materiae* qui porte sur les actes accomplis dans le cadre des fonctions officielles.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ *Ibid.*

¹³² *Convention de New York, supra* note 18.

¹³³ Nicole Dalpe, « L'affaire Pinochet » Institut Québécoise des Hautes Etudes Internationales, Université Laval (1999) Bulletin No 40 [Nicole Dalpe]

¹³⁴ *Affaire Pinochet 1, supra* note 18.

¹³⁵ *Ibid.*

La question est donc, si un chef d'État se sert de ses fonctions officielles pour commettre des crimes, est-ce qu'il s'ensuit que ces crimes font partie de ses fonctions officielles? Comme l'a fait remarquer l'un des juges majoritaires, si tel était le cas, alors, Hitler exerçait des fonctions officielles lorsqu'il a ordonné la «solution finale».¹³⁶ Ce n'est clairement pas sur le terrain moral mais sur le terrain du droit qu'il faut examiner la valeur du raisonnement des lords minoritaires.¹³⁷ Il faut donc se demander s'il est possible de conclure que le législateur britannique a laissé à chaque chef d'État la discrétion de circonscrire lui-même, à sa discrétion, la portée de l'immunité dont il bénéficiera en Grande-Bretagne, lorsqu'il ne sera plus chef d'État. À cet égard, il paraît plus logique de soutenir, avec les juges majoritaires, que la portée de l'immunité reconnue aux anciens chefs d'État par le Parlement britannique doit être circonscrite à l'aide du droit anglais.¹³⁸

Suite à une requête en vue d'annuler la première décision, un deuxième banc devait statuer sur la question de l'immunité de Pinochet. Le 18 janvier 1999, un banc composé cette fois de 7 nouveaux lords, entreprit donc de réexaminer l'affaire Pinochet.¹³⁹ Dans le cadre de cette nouvelle procédure, le gouvernement chilien fera valoir ses arguments en faveur de la reconnaissance de l'immunité à son ancien Président de la République, joignant ainsi ses efforts à ceux des avocats de celui-ci.¹⁴⁰ Dans cette décision du 24 mars 1999, la Chambre des Lords refuse l'immunité à Pinochet en partie. Lord Browne-Wilkinson pour la Chambre reprend les principes suivants :

« The traditional subjects of international law are states not human beings. But consequent upon the war crime trials after the 1939-45 World War, the international community came to recognise that there could be criminal liability under international law for a class of crimes such as war crimes and crimes against humanity.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ Nicole Dalpe, *supra* note 133.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ *Affaire Pinochet 2*, *supra* note 18.

¹⁴⁰ Les arguments juridiques développés de part et d'autre resteront essentiellement ceux qui furent examinés par le premier banc de lords.

[...]

That Affirmation affirmed the principles of international law recognised by the Charter of the Nuremberg Tribunal and the judgment of the Tribunal and directed the Committee on the codification of international law to treat as a matter of primary importance plans for the formulation of the principles recognised in the Charter of the Nuremberg Tribunal. At least from that date onwards the concept of personal liability for a crime in international law must have been part of international law. In the early years state torture was one of the elements of a war crime. In consequence torture, and various other crimes against humanity, were linked to war or at least to hostilities of some kind. But in the course of time this linkage with war fell away and torture, divorced from war or hostilities, became an international crime on its own.

[...]

The jus cogens nature of the international crime of torture justifies states in taking universal jurisdiction over torture wherever committed. International law provides that offences jus cogens may be punished by any state because the offenders are "common enemies of all mankind and all nations have an equal interest in their apprehension and prosecution".

[...]

But in the course of time this linkage with war fell away and torture, divorced from war or hostilities, became an international crime on its own: see *Oppenheim's International Law* (Jennings and Watts edition) vol. 1, 996; note 6 to Article 18 of the *I.L.C. Draft Code of Crimes Against Peace; Prosecutor v. Furundzija* Tribunal for Former Yugoslavia, Case No. 17-95-17/1-T. Ever since 1945, torture on a large scale has featured as one of the crimes against humanity: see, for example, U.N. General Assembly Resolutions 3059, 3452 and 3453 passed in 1973 and 1975; Statutes of the International Criminal Tribunals for former Yugoslavia (Article 5) and Rwanda (Article 3).»¹⁴¹

La Chambre des Lords ne s'appui pas sur sa législation interne mais sur la coutume et la jurisprudence en droit international depuis la codification des Principes de Nuremberg. Malgré que le droit anglais incorpore la *Convention contre la torture* et que les crimes qui y sont définis sont clairement applicable aux actes des chefs

¹⁴¹ *Affaire Pinochet 2*, supra note 18 à la p.6.

d'États, la Chambre choisit de mettre l'accent sur les procès de Nuremberg et sur les décisions du TPIY et du TPIR pour confirmer sa décision.¹⁴²

L'Affaire Pinochet a marqué sans aucun doute une étape importante dans l'évolution de la répression des crimes internationaux. Jusqu'en 1999, les conventions internationales, qui obligent pourtant les parties à juger les actes de torture ou de prise d'otages, ont été pratiquement sans conséquence sur la question de l'immunité des hauts fonctionnaires. Et voilà que soudain, plusieurs pays d'Europe réclament le privilège de traduire devant leurs juges un homme qui se croyait bien à l'abri de poursuites criminelles eu regard à son statut.

*L'Affaire Mandat d'arrêt*¹⁴³ amène par contre un autre côté de la médaille quant à l'immunité en droit international. Dans cette affaire, les autorités Belges émirent un mandat d'arrêt à l'encontre de Yérodia, Ministre des affaires étrangères du Congo, pour avoir proclamé un discours encourageant à la haine raciale entraînant de nombreux lynchages.¹⁴⁴ L'émission de ce mandat d'arrêt a conduit à la détérioration des relations diplomatiques entre le Belgique et la République démocratique du Congo et finalement à l'audition du différend devant la Cour internationale de justice (« CIJ »). Le Congo saisit la Cour international de justice, qui affirma l'immunité de Yérodia du fait de sa qualité de représentant étatique.¹⁴⁵

En premier lieu, la Cour retient de manière très claire que l'immunité rattachée à un ministre des affaires étrangères est une immunité *rationae personae* :

« Les fonctions d'un ministre des affaires étrangères sont telles que, pour toute la durée de sa charge, il bénéficie d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totales à l'étranger. Cette immunité et cette inviolabilité protègent l'intéressé contre tout acte d'autorité de la part d'un autre État qui ferait obstacle à l'exercice de ses fonctions. »¹⁴⁶ (nos soulignés)

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ *Affaire Mandat d'arrêt, supra* note 112.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ *Ibid* au para 61.

¹⁴⁶ *Ibid.* au para. 54.

On parle d'une immunité même quant aux gestes privés, et donc d'une immunité *ratione personae*. Toute comme l'immunité *ratione materiae*, cette forme d'immunité est fonctionnelle dans son objectif de permettre le fonctionnaire de servir aux intérêts de son État. L'immunité est due à cause de la fonction. Elle protège contre des actes qui feraient obstacle au bon exercice de cette fonction.

La Cour internationale de justice nous confirme le principe que pour toute la durée de sa charge, le ministre bénéficie d'une immunité de juridiction pénale¹⁴⁷ mais celle-ci n'est donc pas sans fin. Elle s'éteint avec la cessation des fonctions. L'immunité personnelle disparaît avec la disparition de la fonction.¹⁴⁸

Qu'en est-il des crimes internationaux commis par un haut fonctionnaire en fonction? Sur ce point, la cour a précisé quatre nuances importantes à ce principe:

« Les immunités dont bénéficie en droit international un ministre ou un ancien ministre des affaires étrangères ne font en effet pas obstacle à ce que leur responsabilité pénale soit recherchée dans certaines circonstances. Ils ne bénéficient, en premier lieu, en vertu du droit international d'aucune immunité de juridiction pénale dans leur propre pays et peuvent par suite être traduits devant les juridictions de ce pays conformément aux règles fixées en droit interne.

En deuxième lieu, ils ne bénéficient plus de l'immunité de juridiction à l'étranger si l'État qu'ils représentent ou ont représenté décide de lever cette immunité.

En troisième lieu, des lors qu'une personne a cessé d'occuper la fonction de ministre des affaires étrangères, elle ne bénéficie plus de la totalité des immunités de juridiction que lui accordait le droit international dans les autres États. À condition d'être compétent selon le droit international, un tribunal d'un État peut juger un ancien ministre des affaires étrangères d'un autre État au titre d'actes accomplis avant ou après la période pendant laquelle il a occupé ces fonctions, ainsi qu'au titre d'actes qui, bien qu'accomplis durant cette période, l'ont été à titre privé.

En quatrième lieu, un ministre des affaires étrangères ou un ancien ministre

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ *Ibid.* au para. 61.

des affaires étrangères peut faire l'objet de poursuites pénales devant certaines juridictions pénales internationales dès lors que celles-ci sont compétentes. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal pénal international pour le Rwanda, établis par des résolutions du Conseil de sécurité adoptées en application du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, ainsi que la future Cour pénale internationale instituée par la convention de Rome de 1998, en sont des exemples. »¹⁴⁹ (nos soulignés)

Dans la première décision de *l'Affaire Pinochet*, les Law Lords ont considéré, à l'unanimité, que les chefs d'État en exercice jouissaient devant les tribunaux d'un autre État de l'immunité de l'État lui-même, indépendamment, semble-t-il, de la nature des crimes en jeu.¹⁵⁰ Dans l'arrêt du 24 mars 1999, il fut unanimement admis que, « si le général avait encore assumé les fonctions d'un chef d'État, il aurait joui d'une immunité absolue » devant les tribunaux de l'Angleterre.¹⁵¹ Cet argument est confirmé par la CIJ:

« La Cour [...] n'est pas parvenue à déduire [...] l'existence, en droit international coutumier, d'une exception quelconque à la règle consacrant l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité des ministres des affaires étrangères en exercice, lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité.

[...]

Aucune des décisions des tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo, ainsi que du Tribunal pénal international pour l'ex- Yougoslavie, que cite la Belgique, ne traite de la question des immunités des ministres des affaires étrangères en exercice devant les juridictions *nationales* lorsqu'ils sont accusés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité. »¹⁵²

L'Affaire Mandat d'arrêt permet de dire que le fait que des crimes 'internationaux' aient été commis ne pose pas d'exception au principe de l'immunité devant les

¹⁴⁹ *Ibid.* au para 61.

¹⁵⁰ *Affaire Pinochet 1*, *supra* note 18.

¹⁵¹ *Affaire Mandat d'arrêt*, *supra* note 112 au para. 58.

¹⁵² *Ibid.* au para. 58.

tribunaux nationaux. Elle laisse une ouverture pour les tribunaux internationaux dans sa quatrième exception au principe d'immunité mais sans aucune précision quant à l'application de cette exception. De plus, elle indique que l'immunité n'équivaut pas à l'impunité sans autres précisions :

« La Cour souligne toutefois que l'immunité de juridiction dont bénéficie un ministre des affaires étrangères en exercice ne signifie pas qu'il bénéficie d'une impunité au titre de crimes qu'il aurait pu commettre, quelle que soit leur gravité. Immunité de juridiction pénale et responsabilité pénale individuelle sont des concepts nettement distincts. Alors que l'immunité de juridiction revêt un caractère procédural, la responsabilité pénale touche au fond du droit. L'immunité de juridiction peut certes faire obstacle aux poursuites pendant un certain temps ou à l'égard de certaines infractions; elle ne saurait exonérer la personne qui en bénéficie de toute responsabilité pénale. »¹⁵³

Plusieurs auteurs indiquent que selon le droit international actuel, les crimes les plus affreux ne doivent pas rester impunis à cause de l'immunité attribuée à des hauts placés privilégiés. L'idée est noble, mais cela ne permet pas pour autant d'y plier toutes les réalités juridiques. *L'Affaire Mandat d'arrêt* a ouvert la porte de « la responsabilité pénale » qui peut faire obstacle à l'immunité mais son application ne peut qu'être basée sur une levée de l'immunité ou une renonciation juridique à celle-ci de manière claire et explicite.

Antonio Cassese explique le rationnel derrière la renonciation à l'immunité par les Chefs d'États qui ont perpétré des crimes internationaux:

« Today , more so than in the past, it is State officials, and in particular senior officials, that commit international crimes [...] This is why 'superior responsibility 'has acquired since Yamashita (1946), such importance. To allow these State agents to go scot-free only because they acted in an official capacity , except in the few cases where an international criminal tribunal has been established or an international treaty is applicable, would mean to bow to and indeed strengthen traditional concerns of the international community.

¹⁵³ *Ibid.* au para. 60.

[...]

In the present international community respect for human rights and the demand that justice be done whenever human rights have been seriously and massively put in jeopardy, override the traditional principal of respect for State sovereignty. The new thrust towards protection of human dignity has shattered the shield that traditionally protected State agents acting in their official capacity. »¹⁵⁴

On a vu donc deux décisions qui ont contribué au renforcement de l'immunité présidentielle remettant ainsi en cause le principe de la responsabilité pénale internationale du chef de l'État.

Les différentes décisions consacrent donc le principe de l'immunité pénale absolue du chef de l'État en exercice. Cela se traduit dans tout les États. On peut prendre l'exemple des dirigeants africains au pouvoir qui bénéficient d'une protection absolue au regard de la jurisprudence internationale, même s'ils viennent à commettre des crimes internationaux graves. Cette problématique sera examinée en détail dans le troisième chapitre.

En principe, il n'y a pas d'immunité devant les tribunaux internationaux, car la logique veut qu'en acceptant ces tribunaux, les États ont renoncé à y invoquer une immunité de leurs dirigeants. Une autre interprétation viderait tout le sens de ces renonciations spécifiques dans les statuts des TPI. D'ailleurs, la CIJ l'explique très bien dans sa décision de *l'Affaire Mandat d'arrêt* précité.¹⁵⁵

Alors, c'est dans l'optique et le but du respect et la protection des droits de l'homme que la levée de l'immunité doit se faire même si la souveraineté étatique est en jeu. C'est suite à cette idéologie que l'idée de la création d'une Cour pénale internationale permanente a surgit.

¹⁵⁴ Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford : Oxford University Press, 2003 à la p. 270-271.

¹⁵⁵ *Affaire Mandat d'arrêt*, *supra* note 112 au para. 60.

CHAPITRE 2

LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE: UNE INSTITUTION DÉPENDANTE DE LA COOPÉRATION DES ÉTATS POUR METTRE FIN À L'IMPUNITÉ DES HAUTS DIRIGEANTS DE L'ÉTAT

2.1 *Statut de Rome*

2.1.1 Historique des travaux et débats avant l'adoption du *Statut*

En 1989, l'assemblée générale a inscrit à son ordre du jour un point nouveau intitulé « responsabilité pénale internationale des particuliers et des entités qui se livrent au trafic illicite transfrontière de stupéfiants et à d'autres activités criminelles transnationales : création d'une cour de justice pénale internationale ayant compétence pour connaître de ces délits »¹⁵⁶. Dans sa résolution 44/39 du 4 décembre 1989¹⁵⁷, l'assemblée a prié la Commission de droit international, lorsqu'elle examinerait à sa quarante-deuxième session la question intitulée « projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité »¹⁵⁸, d'étudier la question d'une cour de justice pénale internationale ou d'un autre mécanisme juridictionnel pénal de caractère international qui aurait compétence à l'égard de personnes présumées avoir commis des infractions éventuellement prévues dans un tel code.¹⁵⁹

Par ses résolutions du 28 novembre 1990 et du 9 décembre 1991¹⁶⁰, l'assemblée générale a invité la commission à examiner plus avant et à analyser les problèmes soulevés au sujet de la question d'une juridiction pénale internationale.¹⁶¹

¹⁵⁶ La commission du droit international et son œuvre, 7^e éd, volume I, New York, Publications des Nations Unies, New York, 2009 à la p. 128 [Commission du droit international, 2009]

¹⁵⁷ A/RES 44/39, 4 décembre 1989.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ La Commission du droit international, *supra* note 156 à la p. 326.

¹⁶⁰ *Annuaire de la Commission du droit international, 1991*, vol. ii (première partie) Qualifications et nationalité., Doc. Off. a/cn.4/435.

¹⁶¹ *Ibid.*

Entre 1991 et 1993, le rapporteur spécial pour le projet de code a soumis trois rapports où étaient examinés les problèmes relatifs à l'établissement d'une juridiction pénale internationale¹⁶².

Le système suggéré dans le rapport était, pour l'essentiel, celui d'une cour pénale internationale créée par un statut ayant la forme d'un traité multilatéral conclu par les États parties.¹⁶³ Au moins dans un premier stade, ladite cour n'aurait de compétence qu'à l'égard des individus par opposition aux États. Cette compétence serait limitée aux crimes de caractère international définis dans certains traités internationaux en vigueur, y compris, mais non exclusivement, dans le code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité une fois que celui-ci aurait été adopté et serait entré en vigueur. Les états pourraient devenir parties au statut sans devenir parties au code. La cour serait un moyen d'action offert aux États parties à son statut, (ainsi qu'aux autres états, à des conditions préalablement définies).¹⁶⁴

Sa quarante-sixième session en 1994, la commission a décidé de reconstituer le Groupe de travail sur un projet de statut pour une cour criminelle internationale.¹⁶⁵ Le Groupe de travail a examiné la version préliminaire du projet de statut en tenant compte notamment des observations des gouvernements et des vues exprimées pendant le débat à la sixième commission de l'assemblée générale.¹⁶⁶

Le projet de *Statut* comportait 60 articles répartis en huit grandes parties, notamment : à la compétence de la cour; à la compétence internationale et à l'assistance judiciaire; et à l'exécution. ¹⁶⁷

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ *La commission du droit international, supra* note 156 à la p. 128.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ *Ibid.* à la p.130.

¹⁶⁷ *Ibid.*

Dans sa résolution 49/53 du 9 décembre 1994¹⁶⁸, l'assemblée générale a décidé de créer un comité ad hoc, ouvert à tous les États membres de l'ONU ou membres d'une institution spécialisée, chargé d'examiner les principales questions de fond et d'ordre administratif que soulevait le projet de statut préparé par la commission et, à la lumière de cet examen, d'envisager les dispositions à prendre en vue de la convocation d'une conférence internationale de plénipotentiaires.¹⁶⁹

Dans sa résolution 50/46 du 11 décembre 1995¹⁷⁰, l'assemblée générale a décidé de créer un comité préparatoire pour examiner plus avant les principales questions de fond. Le comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale s'est réuni pendant plusieurs mois en 1996¹⁷¹ afin de poursuivre l'examen des questions soulevées par le projet de statut et a entrepris d'établir un texte susceptible d'emporter une large adhésion pour une convention portant sur la création d'une cour criminelle internationale. Partant du projet de texte du Comité préparatoire, l'Assemblée générale de l'ONU décide de convoquer la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une cour criminelle internationale lors de sa cinquante-deuxième session, afin de finaliser et adopter une convention sur la création d'une cour pénale internationale.¹⁷²

La conférence s'est réunie à Rome du 15 juin au 17 juillet 1998. Y ont participé, notamment, les représentants de 160 états. Environ 135 organisations non gouvernementales étaient présentes. La conférence était saisie du projet de *Statut*, dont elle a confié l'examen à la commission plénière.¹⁷³ La conférence a décidé qu'il incomberait au comité de rédaction, sans réouvrir de débat de fond sur aucune question, de coordonner et retoucher le libellé de tous les textes qui lui seraient renvoyés sans en modifier la substance, de rédiger des projets, de fournir des avis en

¹⁶⁸ *Ibid.* à la p.131.

¹⁶⁹ *Ibid.* à la p.131.

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ *Ibid.* à la p. 132

¹⁷² Coalition pour la Cour pénale internationale, Histoire de la CPI, En ligne : < <http://www.iccnw.org> >

¹⁷³ La commission du droit international, *supra* note 156 à la p. 134.

matière rédactionnelle à la demande de la conférence ou de la commission plénière et de faire rapport à l'une et à l'autre selon que de besoin. ¹⁷⁴

Le vrai travail de négociation était la tâche des groupes de travail. Roy Lee nous explique la composition et l'importance de ces groupes :

« a group of skilled delegates from different regions of the world had been requested to deal with the key issues pertaining to the international criminal court. The plan was that this group of individuals should continue their work at the conference through various working groups and informal negotiating bodies [...] »¹⁷⁵

Lors des négociations préparatoires et à la conférence à Rome, on retrouvait trois groupes d'États. Dans son ouvrage, *The International Criminal Court*, Antonio Cassese nous explique le contexte des négociations entre ces trois groupes:

« The first was the group of so-called Like -Minded States, which included countries from all regions of the world and was to a large extent led by Canada and Australia. This group favored a fairly strong Court with broad and automatic jurisdiction, the establishment of an independent prosecutor empowered to initiate proceedings, and a sweeping definition of war crimes embracing crimes committed in internal armed conflicts.

A second group comprised the permanent members of the security council (P-5) minus however the UK (which during the preparatory negotiations joined the Like-Minded States) and France (which also joined the Like-Minded States in Rome). The three remaining permanent members, and in particular the USA, were opposed to 'automatic jurisdiction' and to granting to the prosecutor the power to initiate proceedings. By the same token they were eager to assign extensive tasks to the Security Council. This body was to be empowered both to refer matters to the Court and to prevent cases from being brought to the Court.

[...]

The third grouping embraced members of the non-aligned-movement. They insisted on envisaging aggression among the crimes provided for in the

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ Roy S. Lee, *The International Criminal Court : The Making of the Rome Statute*, The Hague, London, Boston : Kluwer Law International, 1999 à la p. 21 [Lee, *The Rome Statute*]

Statute... They strongly opposed the assignment of any role to the Security Council [...] »¹⁷⁶ (nos soulignés)

On voit donc qu'il y avait déjà, bien avant l'institution de la CPI, une division dans la communauté internationale quant à la place que la Cour devait occuper. Bien avant ses premières procédures, on s'inquiétait de la mise en application du rôle complémentaire de la Cour et de l'étendue de ses pouvoirs. Sur ce sujet, dans les prochaines sections, il y aura analyse des deux principes de base qui sont les racines du *Statut* de la CPI et qui sont essentielles à l'accomplissement de sa mission : La complémentarité et la coopération des États.

2.1.2 Principe de Complémentarité et le déclenchement de la compétence de la CPI

2.1.2.1 Modèle de la CPI

La compétence de la CPI doit être examinée à plusieurs niveaux: la compétence *ratione materiae*, la compétence *ratione personae* et la compétence *ratione temporis*.

Les crimes qui peuvent être poursuivis devant la juridiction internationale sont au nombre de quatre (article 5 du *SR*): Le crime de génocide (article 6 du *SR*), les crimes contre l'humanité (article 7 du *SR*), les crimes de guerre (article 8 du *SR*) et le crime d'agression (article 8 *bis SR*).

Concernant la compétence *ratione personae*, le *SR* prévoit que la CPI n'a compétence que pour juger les personnes physiques (article 25 § 1 du *SR*) âgées d'au moins dix-huit ans lors de la commission du crime (article 26 du *SR*). La position officielle du prévenu ne peut en aucune manière dégager sa responsabilité (article 27 du *SR*).

¹⁷⁶ Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford : Oxford University Press, 2003 à la p. 342 [Cassese, *International Criminal Law*]

Enfin, en ce qui concerne la compétence *rationae temporis*, la CPI n'est compétente que pour les crimes commis après l'entrée en vigueur du *SR* soit le 1er juillet 2002. De plus, pour les États qui deviennent Parties par la suite, la compétence de la CPI ne vaut que pour les crimes commis après l'entrée en vigueur du Statut pour cet État (article 11 du *SR*).

La Cour peut exercer sa compétence à l'égard d'un crime visé à l'article 5, si une situation est déférée au Procureur par un État Partie; ou dans certains cas, un État non-partie (article 12 para. 3 du *SR*) ; si une situation est déférée au Procureur par le Conseil de sécurité agissant en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies; ou si le Procureur a ouvert une enquête sur le crime en question (article 13 du *SR*). Une situation est jugée irrecevable devant la CPI dans certains cas (article 17 du *SR*) notamment si l'affaire fait l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un État ayant compétence en l'espèce, à moins que cet État n'ait pas la volonté ou soit dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites (article 17 du *SR*). Il s'agit du principe de complémentarité.

Le principe de complémentarité régit la répartition des rôles entre les États parties au *SR* et la CPI. Tel est le sens des dispositions du préambule du *Statut de Rome* : « il est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux »¹⁷⁷. Plus précisément, les États parties acceptent le principe «que la Cour pénale internationale dont le présent *Statut* porte création est complémentaire des juridictions pénales nationales »¹⁷⁸.

Il découle ainsi du texte statutaire que la Cour n'aura compétence sur des situations que dans les cas où les États qui sont normalement compétents n'ont pas la volonté ou la capacité d'entamer des poursuites.

¹⁷⁷ *Statut de Rome*, supra note 13 au Préambule.

¹⁷⁸ *Ibid.*

Le principe de complémentarité tire sa substance du régime de l'article 17 (1) du *Statut de Rome*, qui précise que la Cour ne sera incompétente que lorsque

« a) L'affaire fait l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un État ayant compétence en l'espèce, à moins que cet État n'ait pas la volonté ou soit dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites ;

b) L'affaire a fait l'objet d'une enquête de la part d'un État ayant compétence en l'espèce et que cet État a décidé de ne pas poursuivre la personne concernée, à moins que cette décision ne soit l'effet du manque de volonté ou de l'incapacité de l'État de mener véritablement à bien des poursuites ;

c) La personne concernée a déjà été jugée pour le comportement faisant l'objet de la plainte, et qu'elle ne peut être jugée par la Cour en vertu de l'article, paragraphe 3;

d) L'affaire n'est pas suffisamment grave pour que la Cour y donne suite ».¹⁷⁹

On s'aperçoit que, contrairement aux autres TPI¹⁸⁰, la CPI ne dispose que d'une compétence résiduelle et subsidiaire. De plus, l'évaluation de la notion de « gravité » peut se révéler problématique en ce sens qu'elle va devoir prendre en compte les facteurs politiques associés à la situation qui lui est soumise.

À ces exigences procédurales de la compétence de la Cour, s'ajoute celles de l'article 13 du *SR* qui sont les suivantes:

« a) Si une situation dans laquelle un ou plusieurs de ces crimes paraissent avoir été commis est déférée au Procureur par un État Partie, comme prévu à l'article 14;

b) Si une situation dans laquelle un ou plusieurs de ces crimes paraissent avoir été commis est déférée au Procureur par le Conseil de sécurité agissant en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies ; ou c) Si le Procureur a ouvert une enquête sur un ou plusieurs de ces crimes en vertu de l'article 15 »¹⁸¹.

La CPI a été saisie pour la première fois par le Conseil de sécurité, agissant sur le fondement du Chapitre VII, par la résolution 1593 lui déférant la situation au

¹⁷⁹ *Ibid* à l'art. 17.

¹⁸⁰ Voir le *Statut du TPIY*, *supra* note 82 et le *Statut du TPIR*, *supra* note 60.

¹⁸¹ *Statut de Rome*, *supra* note 13 à l'art. 13.

Darfour. Cette situation de saisine par le Conseil de sécurité et les conséquences qui en découlent sera développé dans le chapitre 3.

2.1.2.2. Observations sur le Modèle de Nuremberg versus le modèle de la CPI

La doctrine nous enseigne que le modèle de construction de la CPI et le consensus derrière cette construction n'est pas à négliger. Il était le fruit de plusieurs années de débats et compromis. On ne cherchait aucunement un deuxième Nuremberg:

« It may be useful to ask ourselves about the proper role to assign to an international criminal court. It would seem that two major models or schemes have so far been worked out. One is that adopted in Nuremberg [...] Under this scheme an international court was entrusted with the task of dealing with the major leaders accused of international crimes [...] Interestingly the two ad hoc International Criminal Tribunals set up for the former Yugoslavia and Rwanda respectively, were based, [...] on the principle of their primacy over national courts because initially they were intended as a substitute for the national courts of States deemed unable or unwilling to dispense justice. [...] A different division of labour is provided for in the *Statute* of the ICC. All crimes may be brought before national courts, whatever the magnitude of the crime or the status, rank, or importance of the accused. »¹⁸²

L'idée derrière cette vision des TPI étant des juridictions qui se substituent aux tribunaux nationaux est le fait qu'une juridiction internationale est en principe mieux placée pour juger des crimes graves et de large magnitude commis par des dirigeants militaires ou chefs d'État. Cet argument affaiblit donc le principe de complémentarité de la CPI dans ces situations. Cassese questionne la prémisse du principe en indiquant le suivant:

« In particular, when crimes are very serious and large scale...it will be difficult for a national court to prosecute the alleged planners ...unless there is a change in government... Hence, international courts are by définition better suited to pronounce upon large scale and very graves crimes allegedly perpetrated by political or military leaders. For such cases the rule

¹⁸² Cassese, *International Criminal Law*, *supra* note 176 à la p.353-354.

of complementarity laid down in the *Statute of Rome* may appear to be questionable. »¹⁸³

2.1.2.3. Le rationnel du principe de Complémentarité

Quel est l'idée donc d'inclure ce principe de complémentarité au sein du *SR* ? Dans son article *The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight against Impunity*, Markus Benzing répond à cette question:

« The most apparent underlying interest that the complementarity regime of the Court is designed to protect and serve is the *sovereignty* both of State parties and third states. Under general international law, states have the right to exercise criminal jurisdiction over acts within their jurisdiction. The exercise of criminal jurisdiction can indeed be said to be a central aspect of sovereignty itself.

[...]

The second interest, potentially rivalling with the concept of state sovereignty, is the *interest of the international community* in the effective prosecution of international crimes? [...]

Finally, a more *practical aspect* may be a basis of the principle of complementarity: The realisation that the Court's scope for action will necessarily be limited for reasons of resource constraints. In the fight against impunity, the ICC will only be able to serve as a court of last resort where justice cannot be achieved on a national level. »¹⁸⁴

Le principe de complémentarité institué dans le *SR* a pour fonction primaire d'établir l'équilibre à la fois essentiel et délicat entre la souveraineté étatique et la réalisation que pour une prévention efficace des crimes contre l'humanité, la communauté internationale doit intervenir et faire sa part pour la poursuite crédible de ces objectifs. Même si le principe de complémentarité est une restriction

¹⁸³ *Ibid.* à la p. 354-355.

¹⁸⁴ Markus Benzing "*The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight against Impunity* », Max Planck Yearbook Un Law (2003) Vol. 7, pp. 591-632 à la p. 595-599 [Benzing, The complementarity regime]

implicite sur la souveraineté des États, il faut dire que lorsque l'État choisit de s'engager par un traité à des obligations internationales, elle le fait par l'exercice de sa souveraineté.¹⁸⁵ Cette restriction est d'autant plus essentielle à la répression de l'impunité. De plus, il est encore plus important de limiter le rôle de la souveraineté lorsque l'accusé est un chef d'État car logiquement, l'État ne pourra agir sans l'intervention de la CPI. Il risque de provoquer une explosion politique car après tout, le chef d'État est la personnification de l'État et sa souveraineté.

2.1.3. L'obligation de coopération des États avec la CPI

2.1.3.1. Article 86 du *SR* : Les limites de l'obligation de coopération telles que prévues par le *Statut*

Malgré que la Cour ne dispose pas de force d'interposition, et que les mécanismes de coopération sont garnis de restrictions et d'exceptions, au final, les négociations ont accouché d'une disposition qui ne laisse subsister aucun doute sur la volonté des États parties de s'obliger à l'égard de la CPI. L'article 86 du *Statut de Rome* précise, en effet, que « conformément aux dispositions du présent *Statut*, les États Parties coopèrent pleinement avec la Cour dans les enquêtes et poursuites qu'elle mène pour les crimes relevant de sa compétence »¹⁸⁶.

Il apparait de ce texte que l'obligation de coopération est une obligation de comportement et non de résultat. Quelle était donc l'intention des États lors de la rédaction de cette disposition ? Phakiso Mochochoko relate que les États sont soumis à une obligation générale de coopération avec la CPI. Selon l'auteur, la formulation de cette obligation, qui semble être évidente pour les États membres du *Statut*, se montrait difficile à Rome.

« Delegations were divided on the issue of whether cooperation should be defined as a matter of legal obligation that the Court can

¹⁸⁵ *Affaire Wimbeldon*, CII, 17 août 1923, Dossier E. b, Rôle III. (Cour internationale de justice), en ligne : <http://www.icj-cij.org/>

¹⁸⁶ *Statut de Rome*, *supra* note 13 à l'art. 86.

rely upon, or whether such cooperation should remain an uncertain variable, subject to the will or circumstances of a particular State. The resulting compromise specifies precise obligations with respect to cooperation, but also requires more generally that States parties 'cooperate fully' with the Court. »¹⁸⁷ (nos soulignés)

En effet, il faut distinguer l'obligation de coopération des États parties au *Statut* de la coopération des États tiers qui est conditionnée à la signature d'un accord ad hoc. Selon l'article 87 (5) a) du *SR* « la Cour peut inviter tout État non partie » au *SR* à « prêter son assistance » sur la base d'un « arrangement ad hoc ou d'un accord conclu avec cet État ou sur toute autre base appropriée. » La non-adhésion de ces États au *SR* leur procure ainsi, inévitablement, un régime moins contraignant que seul un renvoi par le Conseil de sécurité peut invalider.¹⁸⁸

Nous avons vu, qu'à l'inverse, le mécanisme est plus stricte pour les TPI parce que, justement, ces derniers ont été institués par une résolution du Conseil de sécurité qui s'inscrit dans le cadre de l'article 41 de la *Charte des Nations Unies*¹⁸⁹. Cette disposition, dédié aux mesures de coercition non militaires, prévoit que :

« Le Conseil de sécurité peut décider quelles mesures n'impliquant pas l'emploi de la force armée doivent être prises pour donner effet à ses décisions, et peut inviter les Membres des Nations Unies à appliquer ces mesures. Celles-ci peuvent comprendre l'interruption complète ou partielle des relations économiques et des communications ferroviaires, maritimes, aériennes, postales, télégraphiques, radioélectriques et des autres moyens de communication, ainsi que la rupture des relations diplomatiques. »¹⁹⁰

Selon la dynamique des autres TPI, si l'obligation de coopération n'est pas respecté par les États, il y a des conséquences pour ces États qui explicitement énumérés

¹⁸⁷ Phakiso Mochochoko, « International Cooperation and Judicial Assistance », dans Roy S. Lee, *The International Criminal Court : The Making of the Rome Statute*, The Hague, London, Boston : Kluwer Law International, 1999 à la p. 306 [Mochochoko, International cooperation]

¹⁸⁸ Voir Al Bashir, Décision de la CPI du 18 September 2013, *supra* note 28.

¹⁸⁹ *Charte des Nations Unies*, *supra* note 8 à l'art. 41 ; Voir *Statut de la TPIY*, *supra* note 82 à l'art. 29 et le *Statut du TPIR* *supra* note 60 à l'art. 28.

¹⁹⁰ *Charte des Nations Unies*, *supra* note 8 à l'art. 41.

dans la Charte. En contraste, dans le *SR*, le régime de coopération est bien présent mais aucune sanction précise n'y est rattaché pour justement inciter les États Parties à respecter les dites obligations.¹⁹¹

Les auteurs semblent tous être d'avis que l'obligation de pleine coopération avec la CPI n'est pas aussi exigeante que son équivalent dans les statuts des autres TPI :

« Unlike article 29 of the *Statute* of the ICTY and article 28 of the *Statute* of the ICTR, article 86 does not contain a free standing obligation to cooperate. Rather, the latter provision must be seen in the context of the subsequent rules in Part 9 which in turn may be directly intertwined with the rules elsewhere in the *Statute*. Correspondingly, the reference to « the provisions of this *Statute* » in article 86 indicates that the specific duties on cooperation are to be found elsewhere.

[...]

One may therefore wonder whether article 86 is only a symbolic or declaratory provision. »¹⁹²

L'article 28 du *Statut du TPIR* prévoit que « Les États collaborent avec le Tribunal international pour le Rwanda à la recherche et au jugement des personnes accusées d'avoir commis des violations graves du droit international humanitaire. » De plus on impose aux États de répondre « sans retard à toute demande d'assistance ou à toute ordonnance émanant d'une Chambre de première instance et concernant, sans s'y limiter : a) L'identification et la recherche des personnes; b) La réunion des témoignages et la production des preuves; c) L'expédition des documents; d) L'arrestation ou la détention des personnes; e) Le transfert ou la traduction de l'accusé devant le Tribunal international pour le Rwanda. »¹⁹³ L'article 29 du *Statut du TPIY* prévoit les mêmes obligations.¹⁹⁴

¹⁹¹ *Statut de Rome*, *supra* note 13 à l'art. 87(7).

¹⁹² *Kreb Claus et Kimberly Prost dans Otto Triffterer Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2e éd, Baden Baden : C.H. Beck, Hart et Nomos, 2008 à la p. 1514 [Claus et Prost]

¹⁹³ *Statut du TPIR*, *supra* note 60.

¹⁹⁴ *Statut du TPIY*, *supra* note 82.

La mise en perspective des outils de coopération de la CPI avec ceux des juridictions ad hoc révèle des différences importantes. Il serait logique de déduire que le pouvoir d'action de la Cour est, sur ce point, très inférieur à celui des TPI. Par contre ce n'est pas le texte de ces statuts qui confirme le pouvoir des TPI mais la forme de leur création. Il ne faut pas oublier que celle-ci entraîne une urgence et une quasi-universalité de leur pouvoir.

En dehors des dispositions relatives à la remise de l'accusé, la CPI peut transmettre par écrit de nombreuses mesures d'assistance judiciaire. Les articles 88 et 93(1) du *SR* imposent sur les États parties l'obligation d'adopter des lois de mise en œuvre pour les formes de coopération visées par l'article 93 (1) (a) à (k) du *SR*. C'est seulement dans le cas de l'article 93 (1)(l) du *SR* (qui prévoit « Toute autre forme d'assistance non interdite par la législation de l'État ») que les dispositions contraires du droit national peuvent poser un obstacle à la coopération.¹⁹⁵

L'obligation de coopération des États avec la Cour souffre de nombreuses exceptions qui ne sont pas sans affecter l'efficacité du système. Ces exceptions reflètent les voix moins favorables à la création de la CPI au moment des travaux préparatoires. Compte tenu de ce contexte, le risque que des oppositions étatiques à la coopération soient nombreuses est ainsi très élevé.

On peut prendre l'exemple des demandes de coopération qui pourra porter atteinte à la sécurité nationale. L'article 72 du *SR* vise la protection de renseignements touchant la sécurité nationale. Le paragraphe 2 de cet article prévoit que cette protection « s'applique également lorsqu'une personne qui a été invitée à fournir des renseignements ou des éléments de preuve a refusé de le faire ou en a référé à l'État au motif que leur divulgation porterait atteinte aux intérêts d'un État en matière de sécurité nationale et lorsque cet État confirme qu'à son avis la divulgation de ces renseignements porterait atteinte aux intérêts de sa sécurité

¹⁹⁵ *Statut de Rome*, *supra* note 13 à l'art. 88, 98(1) et 93.

nationale. »¹⁹⁶ L'État Partie pourrait donc dans certaines circonstances rejeter une demande d'assistance judiciaire uniquement au vu des intérêts de sa sécurité nationale.¹⁹⁷

Cette restriction à l'obligation de coopération est une inclusion à laquelle la France mais surtout les États-Unis se sont montrés extrêmement favorables malgré le risque d'entrave évident du bon fonctionnement de la Cour. Le risque étant que les États fassent de l'argument de la sécurité nationale une objection régulière aux demandes d'assistances de la Cour. La proposition britannique était de laisser à la Cour le soin d'apprécier le bien-fondé d'une exception de sécurité nationale. Ceci aurait permis de trouver un équilibre entre les revendications étatiques et la position de la CPI. Malheureusement ceci n'a pas été retenue de manière intégrale, notamment grâce à l'opposition américaine notamment¹⁹⁸.

La CPI, tout comme les autres juridictions pénales internationales, est une institution judiciaire indépendante et autonome du point de vue organisationnel mais, elle n'exerce pas son autorité sur un territoire où elle possède une souveraineté exclusive. Par conséquent, conformément au principe de la souveraineté des États, elle n'est en principe pas habilitée à procéder elle-même à des investigations sur le territoire d'un État sans son autorisation¹⁹⁹. Ce sujet fut très sensible et difficile à résoudre lors de la Conférence de Rome. La doctrine a par contre répété que le pouvoir d'agir de la Cour est complètement dépendant sur cette obligation:

« [...] if the States refuse to cooperate, the Court must – to borrow once more the words used by Anotonio Cassese – turn out te be utterly impotent. For this simple reason, the issue of cooperation goes to the heart of fair and expedient proceedings before the Court. At the same time, the law on cooperation raises sensitive issues of State sovereignty and individual rights.

¹⁹⁶ *Ibid.* à l'art. 72 para 2.

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ M.P. Scharf, « Results of the Rome Conference for an International criminal court », A.S.I.L. Insights, n° 20, 1998, en ligne: <<http://www.asil.org/insigh23.cfm>>

¹⁹⁹ Sauf dans les cas des exceptions prévues aux articles 57 et 99 du *Statut de Rome*, *supra* note 13.

Against the background it is readily explicable why Part 9 was amongst the Parts of the *Statute* where consensus was most difficult to achieve and why the finalization of an unbracketed text was only achieved just before the conference came to a close. »²⁰⁰

Naturellement, la question de coopération a été vue comme une restriction importante à la souveraineté étatique. Par contre on peut affirmer qu'elle est une restriction cruciale et logiquement inhérente au fonctionnement de la CPI.

Selon Cassese, la coopération avec la CPI est un modèle verticale en opposition au modèle horizontal qui est la coopération inter-étatique. Lors des négociations à la conférence de Rome, les deux positions qui s'affrontaient étaient : le respect de la souveraineté étatique et donc le modèle horizontal retrouvé dans les traités de l'ONU. De l'autre côté du spectre, on insistait que le seul modèle de coopération qui peut respecter l'esprit et la lettre et du *Statut* est le vertical. L'explication derrière cet affrontement s'explique comme suit :

« The opposed camp started from the assumption that only a cooperation régime that is essentially distinct from traditional inter-state concepts in that it attaches greater weight to the community interest in an international criminal prosecution, fully corresponded to the specific Relationship between States Parties and the Court. This basic controversy is clearly reflected in the different terminology and substantive options in the draft Statute's version of Part 9. As a matter of terminology the options 'extradition', 'Surrender' , 'transfer' run throughout the text. And with respect to the crucial question of the degree of rigidity of the obligations to cooperate a list of grounds for refusal contrasts with the option to exclude any such ground. The final outcome of the negotiations on Part 9 must be seen in the light of the said controversy. »²⁰¹ (nos soulignés)

²⁰⁰ Kerb Claus, Kimberly Prost et Peter Wilkiitzki dans Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2e éd, Baden Baden : C.H. Beck, Hart et Nomos, 2008 à la p. 1504 [Claus, Prost et Wilkiitzki]

²⁰¹ *Ibid.* aux pp. 1508-1509.

Tel que précisé plus haut, suivant les exceptions prévues dans le *SR*, il est clair que le résultat des négociations a misé vers une obligation générale qui laissait place à l'interprétation selon le contexte de chaque demande d'assistance.

2.1.3.2 Rôle du Conseil de sécurité

Le pouvoir de saisine du Conseil de sécurité a des conséquences au-delà de la sphère conventionnelle. Ce pouvoir de renvoi du Conseil de sécurité réside dans les dispositions pertinentes de la Charte des Nations Unies (Articles 39 de la *Charte des Nations Unies*). Ce pouvoir justifie, à lui seul, l'existence d'une obligation de coopération de tous les membres des Nations Unies lorsqu'une situation est déférée à la CPI en vertu de l'article 13 b) du *SR*. On voit donc une obligation plus générale de coopération en surplus de l'obligation dans le *SR*.

À l'inverse des ordres juridiques internes, les juridictions internationales ne disposent pas de moyens afin d'assurer l'exécution de leurs décisions. Les juridictions pénales internationales sont dépendentes en grande mesure du soutien des États pour l'accomplissement de leur mission.

L'article 87 paragraphe (7) du *SR* indique que: « [s]i un État partie n'accède pas à une demande de coopération de la Cour contrairement à ce que prévoit le présent *Statut*, et l'empêche ainsi d'exercer les fonctions et les pouvoirs que lui confère le présent *Statut*, la Cour peut en prendre acte et en référer à l'Assemblée des États parties ou au Conseil de sécurité lorsque c'est celui-ci qui l'a saisie». ²⁰²

Donc, malgré l'obligation de coopération qui ressort de l'article 86 du *SR*, la C.P.I. réserve un rôle au Conseil de sécurité ou à l'Assemblée des États en la matière. Ceci tant à démontrer que l'obligation à l'article 86 n'était pas assez contraignante.

²⁰² *Statut de Rome*, supra note 13 à l'art. 87.

Dans le prolongement de cet article, la Cour peut référer le manquement d'un État tiers, lorsque l'assistance de celui-ci est requis pour « prêter son assistance [...] sur la base d'un arrangement ad hoc ou d'un accord conclu avec cet État ou sur toute autre base appropriée ». ²⁰³

L'impression qui se dégage de l'examen de ces dispositions est que ces insuffisances reliés à une véritable obligation de coopération des États, ne pourrait être remédiés que si le Conseil de sécurité saisit la Cour sur le fondement de l'article 41 de l'ONU. Si on scrute le modèle des TPI, la réalité est que le Conseil de Sécurité a imposé une obligation générale aux États de coopérer avec les juridictions pénales internationales. ²⁰⁴ L'intervention du Conseil en matière de coopération a le potentiel de rapprocher la CPI du modèle des autres TPI et rend donc le refus des États plus difficile.

Les scénarios de non-coopération prévus à l'article 87 (7) du SR exigent des procédures différentes qui peuvent toutefois se recouvrir partiellement.

Le premier scénario exigerait une réponse formelle, comprenant certains éléments publics, dans la mesure où il résulte d'une décision formelle de la Cour signalant le cas à l'Assemblée. Dans le *Rapport sur les Procédures de l'Assemblée concernant la non-coopération* ²⁰⁵, on indique qu'en fonction des particularités de l'espèce, il y aurait peut-être lieu dans un premier temps de réagir de manière informelle et urgente, préalablement à une réaction formelle, notamment lorsqu'il est encore possible d'obtenir une coopération. Le deuxième scénario exigerait une réponse urgente mais totalement informelle, au niveau diplomatique et politique. ²⁰⁶

En fonction des circonstances, la question pourrait exiger ou ne pas exiger une action urgente de l'Assemblée en vue d'obtenir une coopération. À titre d'exemple,

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ *Résolution 827, supra note 81.*

²⁰⁵ *Rapport sur les Procédures de l'Assemblée concernant la non-coopération, infra note 341.*

²⁰⁶ *Ibid.*

le rapport explique qu'un scénario dans lequel il existe une demande d'arrestation et de remise d'une personne ²⁰⁷ suivant l'article 89 du *SR* serait un cas qui exigerait l'action urgente de l'Assemblée pour obtenir la coopération de l'État.²⁰⁸ L'article 89 prévoit à son premier paragraphe que « les États Parties répondent à toute demande d'arrestation et de remise conformément aux dispositions du présent chapitre et aux procédures prévues par leur législation nationale. »²⁰⁹

Lorsque le cas n'a pas encore été signalé à l'Assemblée par la Cour, mais qu'il ne revêt pas non plus de caractère urgent, il semble qu'aucune procédure spécifique ne doive être adoptée. Dans une telle situation, il appartiendrait à la Cour de décider s'il convient ou pas de provoquer une action de l'Assemblée en la saisissant du dossier.²¹⁰

2.1.3.3 Conférence de Kampala

Il y a maintenant seize ans, une conférence rassemblant 160 États à Rome adopta le *Statut de la Cour pénale internationale*²¹¹. Quatre années plus tard, le *Statut* entra en vigueur. La Cour fonctionne maintenant depuis douze ans. Une Conférence de révision qui avait été initialement prévue par le *Statut de Rome* s'est tenue à Kampala du 31 mai au 11 juin 2010.

En 2012, l'honorable Philippe Kirsch, ancien Juge et premier président de la CPI a résumé les tenants de cette conférence dans son texte, *La Cour Pénale*

²⁰⁷ Voir, par exemple, les décisions suivantes rendues par la Chambre préliminaire I : « *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 ; « *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

²⁰⁸ Rapport sur les Procédures de l'Assemblée concernant la non-coopération, *infra* note 341.

²⁰⁹ *Statut de Rome*, *supra* note 13 à l'art. 89.

²¹⁰ Rapport sur les Procédures de l'Assemblée concernant la non-coopération, *infra* note 341.

²¹¹ *Statut de Rome*, *supra* note 13.

Internationale : De Rome à Kampala.²¹² Selon Kirsch, outre les consensus prises par les États, il existait également de nombreuses attentes de leur part, notamment, que les États puissent soumettre à la Cour des situations impliquant d'autres États mais non celles les concernant directement ; que le renvoi d'une situation par le Conseil de sécurité demeure exceptionnel ; que la CPI puisse se trouver dans la position du Tribunal de Nuremberg en étant saisie au terme d'un conflit de situations où elle disposerait de preuves et de témoins facilement accessibles.²¹³

De 2003 à 2012, sept situations ont été déférées à la Cour: la République démocratique du Congo (RDC)²¹⁴, le Côte d'Ivoire (sur la base de l'art. 12(3)), l'Ouganda, la République centrafricaine²¹⁵, le Darfour-Soudan²¹⁶, la Jamahiriya Arabe Libyenne et le Mali.²¹⁷ Le Conseil de sécurité en a déféré deux, celle du Darfour et celle de la Libye.²¹⁸ Dans le dossier du Darfour, les accusés incluent notamment un ministre du gouvernement soudanais et le Président Al-Bashir lui-même²¹⁹.

Le Juge Kirsch soulève spécifiquement la problématique de l'exécution des mandats d'arrêts:

« Dix-sept mandats d'arrêt ont été délivrés par une Chambre préliminaire mais seulement cinq ont été exécutés. Cette situation, qui n'est bien

²¹² Philippe Kirsch, « La Cour Pénale Internationale : De Rome à Kampala », dans Julian Fernandez et Xavier Pacreau dir., *Commentaire du Statut de Rome de la CPI*, Paris : A. Pedone, 2012, pp.25-46 à la p.25. [Kirsch, De Rome à Kampala]

²¹³ *Ibid.* à la p. 30.

²¹⁴ *Situation en République Démocratique du Congo (Affaire le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo)*, Chambre préliminaire I, ICC-01/04-01/07, 10 février 2006 (Cour Pénale Internationale) [Situation en RDC, 10 février 2006]

²¹⁵ *Situation en République centrafricaine, (Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo)*, Affaire n°ICC-01/05-01/08-15, Chambre préliminaire III, 10 juin 2008 (Cour Pénale Internationale) (Situation Centreafricaine)

²¹⁶ *Situation au Darfour (Affaire le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir)*, Chambre préliminaire I, Mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, 4 mars 2009 (Cour Pénale Internationale) [Al Bashir, Mandat d'arrêt du 4 mars 2009]

²¹⁷ *Situation en Jamahiriya arabe libyenne (Le Procureur c. Muammar Mohammed Abu Minyar Kadhafi, Saif Al-Islam Kadhafi and Abdullah Al-Senussi)*, Chambre préliminaire I, Affaire no ICC-01/11, 27 juin 2011 (Cour Pénale Internationale)

²¹⁸ Al Bashir, Mandat d'arrêt du 4 mars 2009, *supra* note 216.

²¹⁹ *Ibid.*

évidemment pas satisfaisante, devra être corrigée si la Cour souhaite conserver son efficacité et sa crédibilité. »²²⁰

La question de l'efficacité des procédures est problématique pour l'honorable Juge Kirsch:

« La CPI est dans une situation tout à fait particulière qui a généré des obstacles qui lui sont propres, du moins pour le moment. La CPI attend toujours une situation comparable à celle du procès de Nuremberg ou même à celles dont ont été saisis les différents tribunaux spéciaux qui ont été créés depuis le début des années quatre-vingt-dix. La CPI a surtout eu à connaître de situations relatives à des conflits en cours, dans lesquelles les questions logistiques et de sécurité posent des problèmes considérables. [...] »²²¹ (nos soulignés)

Le Juge ajoute qu'une place primordiale est occupée par le principe de coopération avec la CPI. Il souligne des lacunes importantes dans le soutien de la CPI par les États membres. D'un point de vue pratique, les circonstances difficiles dans lesquelles la CPI doit exercer son activité la rendent vulnérable en raison de sa dépendance à l'égard des États.²²² Le nombre limité d'arrestations effectuées en est un exemple aveuglant."²²³

Sur le rôle du Conseil de sécurité, l'ensemble des États étaient d'accord pour dire que la CPI devait être une institution de nature exclusivement et strictement judiciaire. Kirsch explique que cette idée est née du principe que la CPI n'est pas assimilable aux autres TPI:

« Il ne devait y avoir aucun risque qu'elle devienne un organe politique. Au surplus, elle devrait être soumise à un ensemble de règles précises qui permettrait de s'assurer qu'elle agirait de façon aussi prévisible que possible. Cette volonté résultait en partie d'une position de principe mais découlait également du fait que, contrairement aux tribunaux ad hoc établis par le Conseil de sécurité et autres tribunaux spéciaux, la CPI ne se cantonnerait pas à intervenir confortablement dans le seul cadre de crimes passés, ni dans celui de situations ou de régions bien déterminées. Son champ d'action était

²²⁰ Kirsch, De Rome à Kampala, *supra* note 212 à la p.31.

²²¹ *Ibid.* à la p. 35-36.

²²² *Ibid.* à la p. 36.

²²³ *Ibid.*

tout à fait imprévisible. Les États estimèrent que les incertitudes relatives à l'exercice de sa compétence devaient être compensées par une prévisibilité plus grande de son comportement. »²²⁴

Le pouvoir du Conseil de sécurité de déférer « une situation » à la Cour est donc tributaire de la réalisation de l'une de trois conditions prévues à l'article 39 de la *Charte des Nations Unies*, soit de son constat d'une « menace contre la paix, rupture de la paix ou acte d'agression. »²²⁵ Un tel constat constitue la condition préalable à l'intervention du Conseil de sécurité dans la procédure devant la C.P.I.

Cependant, ces trois composantes ne présentent pas la même importance dans l'articulation des rapports entre la justice pénale internationale et le maintien de la paix. En effet, les situations de menace contre la paix constituent l'essentiel de ses motifs d'action.

L'intervention du Conseil de sécurité est souvent en réaction à une situation de menace contre la paix. C'est à ce titre, par exemple, que la *Résolution 827* du 25 mai 1993²²⁶ relative à la création du TPIY et la *Résolution 955* du 8 novembre 1994²²⁷ relative à la création de la TPIR ont vu le jour. Le préambule de la *Résolution 827* prévoit le suivant:

« Se déclarant une nouvelle fois gravement alarmé par les informations qui continuent de faire état de violations flagrantes et généralisées du droit humanitaire international sur le territoire de l'ex- Yougoslavie et spécialement dans la République de Bosnie-Herzégovine, particulièrement celles qui font état de tueries massives, de la détention et du viol massifs, organisés et systématiques des femmes et de la poursuite de la pratique du "nettoyage ethnique", notamment pour acquérir et conserver un territoire,

Constatant que cette situation continue de constituer une menace à la paix et à la sécurité internationales,

²²⁴ *Ibid.* à la p. 29.

²²⁵ *Charte des Nations Unies*, *supra* note 8 à l'art. 39.

²²⁶ *Résolution 827*, *supra* note 81.

²²⁷ *Résolution 955*, *supra* note 11.

Résolu à mettre fin à de tels crimes et à prendre des mesures efficaces pour que les personnes qui en portent la responsabilité soient poursuivies en justice, »²²⁸

Le préambule de la *Résolution 955* se lit comme suit:

« Se déclarant de nouveau gravement alarmé par les informations selon lesquelles des actes de génocide et d'autres violations flagrantes, généralisées et systématiques du droit international humanitaire ont été commises au Rwanda,

Constatant que cette situation continue de faire peser une menace sur la paix et la sécurité internationales,

Résolu à mettre fin à de tels crimes et à prendre des mesures efficaces pour que les personnes qui en sont responsables soient traduites en justice, »²²⁹

Ne dérogeant pas à sa pratique, le Conseil de sécurité a emprunté la même voie pour qualifier la situation génocidaire au Soudan afin de la déférer à la CPI par sa *Résolution 1593* en 2005:

« Constatant que la situation au Soudan continue de faire peser une menace sur la paix et la sécurité internationales,

Agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies,

1. Décide de déférer au Procureur de la Cour pénale internationale la situation au Darfour depuis le 1er juillet 2002; »²³⁰

L'argument de l'utilisation antérieure du Chapitre VII pour des cas plus extrêmes que le déclenchement de la compétence de la CPI, pèse très fortement dans la recherche d'une source de légalité au pouvoir de saisine du Conseil de Sécurité. Il s'ensuit que ce pouvoir ancré au texte de l'article 41, impose certaines obligations aux États. Il établit un régime juridique opposable à tous.²³¹

²²⁸ *Résolution 827, supra* note 81.

²²⁹ *Résolution 955, supra* note 11.

²³⁰ *Résolution 1593, supra* note 25.

²³¹ *Charte des Nations Unies, supra* note 8 à l'art. 41.

La CPI instituée pour permettre le jugement des auteurs de violations graves du droit international humanitaire, trouve son caractère coercitif dans les obligations des États sous la Charte des Nations unies, notamment en matière de maintien de la paix, et sous le régime du *SR*.

Pour la situation du Darfour, la concrétisation de la saisine constitue un précédent important. La *Résolution 1593* du 31 mars 2005 défère la situation du Darfour à la CPI. Devant une volonté de la communauté internationale de mettre le Président Omar Al Bashir en face de sa responsabilité, le risque d'une politisation du fonctionnement de la CPI est donc bien présent lorsque la saisine est le fait du Conseil de sécurité. D'ailleurs, au moment de transférer la situation au Darfour, la Chine et les États-Unis ont montré leurs réticences en s'abstenant lors de l'adoption de la *Résolution 1593*.²³² L'intention américaine d'utiliser le Conseil de sécurité pour contrôler la Cour²³³ est très claire au moment de l'adoption de la résolution en question. On a affirmé que : « en déférant la situation au Darfour à la C.P.I. le Conseil de sécurité exercera un ferme contrôle politique du processus »²³⁴.

La saisine de la CPI par le Conseil de Sécurité est susceptible d'écarter l'applicabilité de certaines dispositions conventionnelles²³⁵ du *Statut de Rome* régissant en général les pouvoirs juridictionnels de la CPI. La saisine par le Conseil de sécurité n'est donc pas une opération sans conséquences. Elle influe sur le régime juridique mis en place par le *Statut de Rome* et traduit une certaine forme d'impuissance de la Cour.

²³² Florian Aumond, « La situation au Darfour déferée à la CPI – Retour sur une résolution « historique » du Conseil de sécurité » (2008) *Revue Générale de Droit International Public*, à la p. 128.

²³³ Il faut préciser qu'après avoir signé le traité de Rome le 31 décembre 2000, les États-Unis ont manifesté leur intention de ne pas devenir partie au traité dont l'entrée en vigueur était imminente avec le dépôt du soixantième instrument de ratification le 11 avril 2002. Une Cour mondiale soutenue dans le monde entier : Les États Unis et la CPI, Coalition pour la Cour Pénale Internationale, en ligne : « <http://www.iccnw.org/?mod=usaicc&lang=fr> »

²³⁴ *Résolution 1593*, *supra* note 25 à la p. 3.

²³⁵ Voir par exemple l'article 12 (2) du *Statut de Rome*, *supra* note 13, qui prévoit que: « la Cour peut exercer sa compétence si l'un des États suivants ou les deux sont Parties au présent Statut ou ont accepté la compétence de la Cour conformément au paragraphe 3 : a) L'État sur le territoire duquel le comportement en cause a eu lieu ou, si le crime a été commis à bord d'un navire ou d'un aéronef, l'État du pavillon ou l'État d'immatriculation ; b) L'État dont la personne accusée du crime est un ressortissant. »

Malgré son indépendance déclarée par son Statut, la CPI a certainement un appui fondamentale du Conseil de sécurité dans certains cas.

2.2 Interprétation du Statut

Afin de cibler et mieux comprendre la volonté des États Parties lors de la rédaction et l'adoption des dispositions du *SR* et plus particulièrement, les articles 98 et 27 du *SR*, il faudra analyser les principes d'interprétation applicable au *SR*.

2.2.1 Principes d'interprétation

L'interprétation du texte du *Statut de Rome* repose sur trois éléments qui doivent être pris en considération: Les règles de la *Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne)*; le caractère pénale du texte du *Statut de Rome* ; et finalement la nécessité d'une interprétation non-rigide et boiteuse du texte compte tenu du contexte internationale de ces règles pénales.²³⁶

Dans le domaine des règles plus spécifiques au *Statut de Rome*, il faut tout d'abord retenir que seule la définition des crimes doit s'interpréter restrictivement.²³⁷ Or, la définition des crimes ne concerne que quatre articles du *Statut*. Le *Statut de Rome* instituant la Cour pénale internationale est à la fois un traité de codification du droit international pénal et un traité instituant une juridiction pénale à vocation universelle permanente. De plus, le *Statut de Rome* est rédigé en six langues différentes.

Le *SR* n'est pas silencieux sur les règles d'interprétation. L'article 21 du *SR* prévoit que :

« 1. La Cour applique :

²³⁶ Philippe Currat, « L'interprétation du *Statut de Rome* », (2007) 20.1 RQDI 137 à la p. 139 [Currat]

²³⁷ Currat à la p. 140.

- a) En premier lieu, le présent Statut, les éléments des crimes et le Règlement de procédure et de preuve ;
 - b) En second lieu, selon qu'il convient, les traités applicables et les principes et règles du droit international, y compris les principes établis du droit international des conflits armés ;
 - c) À défaut, les principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde, y compris, selon qu'il convient, les lois nationales des États sous la juridiction desquels tomberait normalement le crime, si ces principes ne sont pas incompatibles avec le présent Statut ni avec le droit international et les règles et normes internationales reconnues.
2. La Cour peut appliquer les principes et règles de droit tels qu'elle les a interprétés dans ses décisions antérieures.
 3. L'application et l'interprétation du droit prévues au présent article doivent être compatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnus [...] »²³⁸ (nos soulignés)

La fonction de l'interprétation consiste alors à dégager non seulement le sens exact du *contenu* de la règle de droit applicable mais aussi *l'intention* des rédacteurs. L'exercice n'est pas de proposer une interprétation de toutes les dispositions du *Statut*, mais simplement de tenter de découvrir les enjeux que soulève l'interprétation d'un tel traité international face à la pratique étatique. L'idée fondamentale des règles sur l'interprétation des traités en droit international est qu'elle a pour but la recherche de la volonté des États parties.²³⁹

Toutefois, ceci ne saurait suffire dans le cadre du *Statut de Rome*. En effet, celui-ci est un traité singulier dont le caractère pénal des règles qu'il contient impose une retenue particulière pour maintenir l'interprétation dans les limites strictes du principe de la légalité : il faut avant tout sauvegarder les libertés fondamentales de tous et chacun et interpréter strictement leurs restrictions ainsi que déterminer d'une manière restrictive les comportements interdits sous la menace des peines prévues dans le *Statut*. En ce sens, les règles habituelles de l'interprétation des

²³⁸ *Statut de Rome*, *supra* note 13 à l'art. 21. Voir aussi les articles 9, 22 et 119 du *Statut de Rome*, *supra* note 13.

²³⁹ Currat, *supra* note 236 à la p. 140.

traités internationaux doivent être complétés par des règles plus spécifiques au droit pénal.²⁴⁰

Regardons donc le premier élément qui est basé sur le principe que le *Statut de Rome* est un traité international. On se doit donc de l'interpréter selon les règles de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* de 1969²⁴¹. Ces règles, de caractère largement coutumier, ont été codifiées aux articles 31 à 33 de ladite *Convention*. C'est justement le parcours que la CPI a choisi dès ses premières décisions²⁴².

Selon la *Convention de Vienne* : « un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et son but ».²⁴³ Le texte du *Statut* est indissociable de son contexte. Celui-ci comprend,

« outre le texte, préambule et annexes:

a) Tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité;

b) Tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité. »²⁴⁴

Le texte est l'objet même de l'interprétation et de plus, se trouve à être l'élément qui reflète le mieux les intentions des parties au traité.²⁴⁵ Le texte du *Statut* est rédigé en six langues, qui sont l'anglais, l'arabe, le chinois, l'espagnol, le français et le russe et donc le texte du *Statut* inclut ces versions.²⁴⁶

²⁴⁰ *Ibid.* à la p. 140.

²⁴¹ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 1155 R.T.N.U. 331 (23 mai 1969) [*Convention sur le droit des traités*] Voir Cassese, *International Criminal Law*, *supra* note 176 à la p.26.

²⁴² *Situation en République démocratique du Congo, (Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo)*, Affaire n°ICC-01/04-01/06-803, Chambre préliminaire I, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007 au para. 601. (Cour Pénale Internationale).

²⁴³ *Convention sur le droit des traités*, *supra* note 241 à l'art. 31(1).

²⁴⁴ *Ibid.* à l'art. 31(2).

²⁴⁵ Currat, *supra* note 236 à la p. 140.

²⁴⁶ *Statut de Rome*, *supra* note 13 à l'art. 128. ; *Convention sur le droit des traités*, *supra* note 241 à l'art. 33.

L'article 32 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* ajoute à ces éléments des moyens additionnelles d'interprétation :

« Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 :

1. a) Laisse le sens ambigu ou obscur; ou
2. b) Conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable. »²⁴⁷

En générale, les travaux préparatoires sont souvent difficiles d'accès, sinon confidentiels, et, en raison des particularités des procédures des négociations internationales, peu probants²⁴⁸. Les travaux préparatoires du *Statut de Rome* n'ont pas fait l'objet d'une publication systématique car la plupart ont simplement été enregistrés comme des documents des Nations Unies. Ils sont découverts surtout par les citations que les auteurs présents à Rome en font dans des ouvrages et Commentaires.²⁴⁹

Les travaux préparatoires du *Statut de Rome* sont aussi volumineux. À ces travaux ayant aboutis au projet de *Statut* de 1994, il faut ajouter ceux du Comité préparatoire pour une CPI de 1996 à 1998 avant la Conférence diplomatique de Rome.²⁵⁰ Néanmoins, ces outils indispensables nous éclaire sur les compromis délicats atteints dans le *Statut* et peuvent donc servir d'indices sur le choix d'une formulation des différentes dispositions.

²⁴⁷ *Convention sur le droit des traités*, *supra* note 241 à l'art. 32.

²⁴⁸ Currat, *supra* note 236 à la p. 143.

²⁴⁹ Voir Antonio Cassese, Paola Gaeta et John R. W. D. Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford : Oxford University Press, 2002. Voir Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2e éd, Baden Baden : C.H. Beck, Hart et Nomos, 2008; Lee, *The Rome Statute*, *supra* note 175.

²⁵⁰ Lee, *The Rome Statute*, *supra* note 175 aux pp. 7 à 20.

Par ailleurs, le *Statut de Rome* impose une interprétation conforme aux droits de l'homme²⁵¹, autre type particulier de traités internationaux qui, à l'inverse, sont d'interprétation large, ayant pour but la protection des libertés fondamentales à l'image du droit pénal.²⁵²

Au niveau de la méthode d'interprétation du *Statut*, la Cour Internationale de Justice nous explique qu'il faut « interpréter les mots d'après leur sens naturel et ordinaire dans le contexte où ils figurent »²⁵³. La clarté apparente d'une disposition ne doit cependant pas conduire à une interprétation vide de toute logique et la méthode précédente sera écartée si elle conduit à un résultat « déraisonnable ou absurde »²⁵⁴. La Cour International de Justice nous a rappelé à maintes occasions ce principe :

« La Cour fait observer que l'interprétation du sens naturel et ordinaire des termes n'est pas une règle absolue et qu'on ne saurait lui accorder crédit lorsqu'elle aboutit à un résultat incompatible avec l'esprit, l'objet et le contexte à interpréter. »²⁵⁵.

Le préambule du *Statut* souligne en effet ce que les États avaient à l'esprit, notamment « que des millions d'enfants, de femmes et d'hommes ont été victimes d'atrocités qui défient l'imagination et heurtent profondément la conscience humaine », « reconnaissant que des crimes d'une telle gravité menacent la paix, la sécurité et le bien-être du monde », « que les crimes les plus graves, qui touchent l'ensemble de la communauté internationale, ne sauraient rester impunis », « déterminés à mettre un terme à l'impunité de ceux qui les commettent et à concourir à la prévention de nouveaux crimes », « résolus à garantir durablement le respect de la justice internationale et sa mise en œuvre. »²⁵⁶

²⁵¹ *Statut de Rome*, supra note 13 à l'art. 21(3).

²⁵² Currat, supra note 236 à la p. 138.

²⁵³ *Cambodge c. Thaïlande*, Exceptions préliminaires, 1961 C.I.J. rec.17 (Cour International de Justice) à la p. 32.

²⁵⁴ Currat, supra note 236 à la p.144.

²⁵⁵ *Éthiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud*, Exceptions préliminaires (1962) C.I.J. rec.319 (Cour Internationale de Justice) à la p. 336.

²⁵⁶ *Statut de Rome*, supra note 13 au Preamble.

Ce qui nous amène au deuxième élément: le caractère pénale du texte du *Statut de Rome*. L'interprétation du *Statut* doit se faire selon les règles pénales. Il convient en effet de constater que le droit international pénal nous amène d'un droit inter-étatique fondé sur la souveraineté des États, vers un droit supra-étatique, basé sur le respect de valeurs supérieures à l'État, qui vise notamment la protection des individus vivant sous l'autorité nationale²⁵⁷.

Dans l'affaire Tadic, la Chambre d'appel du TPIY a jugé que lorsque le texte du *Statut du TPIY* est ambigu, une disposition devra être interprétée à la lumière et en conformité du droit coutumier:

« En cas de doute, et chaque fois que le contraire ne ressort pas du texte d'une disposition statutaire ou conventionnelle, cette disposition doit être interprétée à la lumière du droit international coutumier et conformément à ce dernier. En ce qui concerne le *Statut*, on peut présumer que le Conseil de sécurité entendait rester dans les limites des règles générales du droit international chaque fois qu'il ne s'en est pas explicitement ou implicitement écarté. »²⁵⁸

Il ne faut par contre pas perdre de vue que le *Statut du TPIY* n'était pas un traité inter-étatique tel que le *Statut de Rome*. Il est le fruit d'une résolution du Conseil de sécurité. La création du *Statut de Rome*, par contre, a été précédée de travaux, négociations et plusieurs débats sur l'ensemble de l'œuvre.

Finalement, le dernier élément à considérer est la nécessité d'une interprétation non-rigide et boiteuse du texte compte tenu du contexte internationale de ces règles pénales. La responsabilité et même l'obligation de la CPI est d'appliquer le *Statut de Rome* et les instruments qui s'y rapportent tels qu'ils sont rédigés et non tels que les juges, le Procureur, les États, les ONG ou les universitaires souhaiteraient qu'ils soient rédigés. À un certain moment, le texte doit être appliqué à des situations concrètes et la Cour doit lui attribuer un sens pour accomplir ses fonctions. En

²⁵⁷ Currat, *supra* note 236 à la p.163.

²⁵⁸ *Le Procureur c. Dusko Tadić*, IT-94-1-T, jugement et opinion, Chambre de première instance, 7 mai 1997 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie) aux para. 287.

raison du nombre élevé de difficultés liées à l'interprétation de ses instruments constitutifs, la Cour doit bien évidemment s'efforcer de parvenir à élaborer une procédure fonctionnelle tout en conciliant des dispositions ambiguës ou des contradictions apparentes, mais toujours dans le respect des principes définis par le Conférence de Rome. La crédibilité de la justice internationale dépend en grande partie de cela.²⁵⁹

2.2.2 Rédaction des articles 27 et 98 du *Statut de Rome* et la volonté des États : Quelles étaient les intentions des États ?

Le *Statut de Rome* déclare que les règles en droit international ou national qui créent des immunités pour protéger des individus de poursuites criminelles sont sans effet devant la CPI. Au regard de la construction d'une juridiction pénale internationale permanente, maintenir une telle exception à la mise en œuvre de la responsabilité individuelle reviendrait à lui renier toute effectivité, en protégeant les plus hauts responsables des crimes de droit international. Les États ont donc consigné ce principe par la rédaction de l'art. 27 du *SR*.

C'est en ce sens que le premier alinéa de l'article 27 du *Statut de Rome* pose comme principe que le Statut « s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle »²⁶⁰, et ainsi, que la qualité officielle ne peut être reconnue comme motif d'exonération de la responsabilité pénale ou de diminution de la peine pour les crimes reconnus par le *Statut*²⁶¹. Cette notion de qualité officielle permet de distinguer celui qui peut légalement représenter l'autorité publique de celui qui agit en qualité purement privée ou qui n'agit pas pour le compte de l'État. En ce sens, après la cessation de ses fonctions, l'individu ne peut non plus voir sa responsabilité engagée pour de tels actes, puisqu'ils ne lui sont pas

²⁵⁹ Kirsch, *De Rome à Kampala*, *supra* note 212 à la p.30.

²⁶⁰ *Statut de Rome*, *supra* note 13 à l'art. 27(1).

²⁶¹ *Ibid* à l'art. 27 (2).

directement imputables.

L'article 98 paragraphe 1 vient s'ajouter comme disposition en matière de coopération et d'assistance à la lumière du principe de la renonciation à l'immunité. Elle prévoit que « la Cour ne peut poursuivre l'exécution d'une demande de remise ou d'assistance qui contraindrait l'État requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en droit international en matière d'immunité 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. »²⁶²

Quant à la portée et à l'étendue de l'article 98 paragraphe 1, deux interprétations sont possibles. La première consiste à penser que les « *État tiers* » qui sont visés par cet article ne concernent pas seulement les États non parties mais inclut aussi les États Parties. Cette interprétation de l'article 98 (1) du *SR* neutraliserait donc l'effet voulu par l'article 27 paragraphe 2 puisque la renonciation de cet « *État tiers* » serait alors la condition *sine qua non* à l'accomplissement d'une demande d'assistance judiciaire faite par la Cour et prendrait de ce fait la forme d'une restriction aux obligations générales et spécifiques de coopération contenues dans le *Statut de Rome*.

La deuxième interprétation consiste au contraire à considérer que les « *États tiers* » visés par l'article 98 paragraphe 1 ne concernent que les États non parties au *Statut de Rome*. Cette dernière interprétation a pour effet de rendre le principe contenu dans l'article 27 paragraphe 2 effectif puisqu'elle obligerait alors l'État requis à exécuter une demande de coopération faite par la Cour sans avoir à obtenir préalablement l'accord de l'« *État tiers* » dans tous les cas où cet État est également Partie au *Statut*.²⁶³

Il est vrai qu'à la lumière de l'article 27, les États ont renoncé à l'immunité.

²⁶² *Ibid* à l'art. 98(1).

²⁶³ Claus et Prost, *supra* note 192 à la p.1606.

Broomhall est d'avis que toute renonciation nécessaire ou spécifique par les États membres à invoquer l'immunité vis-à-vis la Cour est déjà clairement indiquée à l'article 27:

« Article 27(2) clearly limits immunity with respect to *the Court's* exercise of jurisdiction. The State Party of which, for example an accused is Head of State may therefore not claim immunity before the ICC or allow any immunities to intrude between its own authorities and the ICC-related requests that they are obliged to fulfill. »²⁶⁴

Selon Broomhall, cette interprétation respecterait l'esprit du *Statut*. Elle est basée sur le principe que la ratification du *Statut de Rome* a pour effet d'annuler les immunités entre les États membres dans le contexte des demandes d'assistances par la CPI.²⁶⁵ Une telle interprétation n'équivaut pas aussi strictement pour les États non-membres.

Sur la source de cette divergence entre les articles 27 et 98 paragraphe 1 du *SR*, certains auteurs indiquent que celle-ci est le résultat de l'historique de la rédaction du *Statut de Rome*.²⁶⁶ La rédaction de l'article 98 n'a pas été une tâche facile. Les articles 98 et 27 du *SR* ont été rédigés chacun par un groupe de rédaction distinct et il semblerait qu'il n'y a pas eu de coopération entre les deux groupes de rédaction.²⁶⁷ Dans sa contribution à l'ouvrage de Roy S. Lee, *The making of the Rome Statute*, Per Saland relate le contexte de rédaction de l'article 27 du *SR* :

« The Principle provided for in this article was uncontested throughout the discussions, and it was relatively easy to agree on its formulation. Mexico had some objections concerning the language in paragraph 2 but withdrew its reservations. Spain also had some problems. The Drafting Committee made some changes to the paragraph after its adoption in the working group. »²⁶⁸

²⁶⁴ Bruce Broomhall, *International Justice and The international Criminal Court : Between Sovereignty and the rule of law*, Oxford, Oxford University Press, 2003 à la p. 141[Broomhall]

²⁶⁵ *Ibid.* à la p. 145.

²⁶⁶ Per Saland, *International Criminal Law Principles*, dans Lee, *The Rome Statute*, *supra* note 175 à la p.202 n. 25.

²⁶⁷ *Ibid.*

²⁶⁸ *Ibid.*

Dans sa note de bas de page, l'auteur a par contre pris le temps d'ajouter :

« It is difficult to determine how this article relates to Article 98, paragraph 1, which deals with cooperation with respect to waiver of immunity. That article, which was proposed and negotiated only in Rome, was discussed by another working group. It seems that there may be a contradiction between the two articles, at least if « the third State » mentioned in Article 98 is interpreted to mean not only a non-party State but also a party to the Rome Statute. »²⁶⁹

Dans son ouvrage, *The Statute of the international Criminal Court, A Documentary History*, M. Cherif Bassiouni reitere cette preoccupation dans une note de bas de page qui refere au texte de l'article 27 du SR:

« Further discussion of paragraph 2 would be required in connection with international judicial cooperation. »²⁷⁰

Dans leur contribution à l'ouvrage de Triffterer, Claus Kreb et Kimberly Prost expliquent que la notion d'immunité n'était pas mentionnée spécifiquement lors des négociations. À cet égard, les auteurs spécifient que le sujet des immunités a été discuté avec réticence et brièvement par certaines délégations:

« On the insistence of some [...] delegations and without there being time for sufficiently thorough discussion in the course of the Rome Conference, a provision on possibly conflicting immunities was included.

[...]

The solution found in article 98 is a rather complex one. It was recognized to be both impossible in the time available and undesirable to set up a list of those international obligations regarding immunities.

[...]

This article 98 places an obligation on the court not to put a state in the position of having to violate its international obligations with respect to immunities. To the extent necessary to avoid the creation of conflicting

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ Cherif Bassiouni, *The Statute of the international Criminal Court, A Documentary History*, 1998, à la p.142.

international obligations, the court is obliged to seek cooperation from the third or sending State, before pursuing the request.»²⁷¹

La question qui se pose est donc, quelle était l'intention des délégations lors de la rédaction de l'article 98(1) à la lumière du texte de l'article 27 ? La question de la compatibilité des deux règles ancrée dans les articles 27 et le premier paragraphe de l'article 98 s'est largement posée en doctrine.

Dans son ouvrage, *An Introduction to the International Criminal Court*, professeur William Schabas explique que traditionnellement, les immunités avaient deux formes: Les États par l'entremise de leur constitution ou législations nationales prévoient que leurs chefs d'État et/ou autres dirigeants gouvernementaux sont protégés par l'immunité; deuxièmement, sous le droit international coutumier et les traités internationaux, les chefs d'États et diplomates ne peuvent être poursuivis par les tribunaux des autres États.²⁷² En ce qui concerne cette dernière forme, Schabas spécifie que l'article 98 du SR prévoit l'exception de l'immunité diplomatique et deuxièmement, elle prévoit l'exception de violations des autres obligations internationales.

Dans *Commentary on the Rome Statute of the international criminal court*²⁷³, Kress et Prost expliquent l'absence d'immunité spécifiée à ce deuxième alinéa. Les auteurs confirment que les règles auxquelles fait référence l'article 27 du SR incluent notamment la *Convention de Vienne sur les immunités diplomatiques*. Ce sont surtout les conventions qui s'attachent à la qualité officielle de la personne concernée. Par contre la nature de l'immunité à accorder reste ambiguë sous la structure de l'article :

²⁷¹ Claus et Prost, *supra* note 192 à la p.1603.

²⁷² William A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, 2^e éd., Cambridge : Cambridge University Press, 2004 à la p. 80 [Schabas, *An introduction to the ICC*]

²⁷³ Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observers' Notes, Article by Article*. Baden-Baden: Nomos, 1999 à la p. 781.

« But here again, the structure of article 27 permits the court to leave open in its finding [...] the question of what kind of immunity or special procedural regulation may be applicable; because all of them are for the court equally irrelevant and , therefore, not material to the findings and the sentence. »²⁷⁴

En commentant l'article 98, certains auteurs notent que dans la pratique courante de la CPI, l'article 98 pourrait empêcher la cour de l'exercice de sa juridiction sur un chef d'État. ²⁷⁵ Andreas L. Paulus, de son côté, insiste que de plus, l'article 98 reste ambigu sur plusieurs autres questions qui touchent l'invocation de l'immunité contre les poursuites devant la CPI²⁷⁶.

« Under paragraph 1, the 'Court may not proceed with a request for surrender or assistance which would require the requested State to act inconsistently with its obligations under international law with respect to the state or diplomatic immunity of a person or property of a third State', without the third state's cooperation. But it remains silent on when international law thus provides. »²⁷⁷

Dans sa contribution doctrinale à l'ouvrage *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*²⁷⁸ , professeur Paola Gaeta plaide que la CPI exclut toute forme d'immunité que ce soit sous le droit international ou le droit national d'un État membre. Gaeta discute de deux valeurs en conflits : la poursuite criminelle de crimes sérieux d'un côté et la protection de la souveraineté étatique et relations

²⁷⁴ *Ibid.* à la p. 791.

²⁷⁵ Claus et Prost, *supra* note 192 aux pp. 1607-1610.

²⁷⁶ Andreas L. Paulus, *Legalist Groundwork for the International Criminal Court: Commentaries on the Statute of the International Criminal Court*, (2003)14 EJIL, pp. 843-860 à la p.856 [Paulus]

²⁷⁷ *Ibid.*

²⁷⁸ Paola Gaeta 'Official Capacity and Immunity', dans Antonio Cassese, Paola Gaeta et John R. W. D. Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford : Oxford University Press, 2002 aux pp. 975-978 [Gaeta]

inter-étatiques de l'autre côté.²⁷⁹ C'est d'ailleurs le coeur du débat sur l'ambiguïté à l'article 98 du SR.

Il semblerait donc qu'au début des travaux préparatoires, les délégations n'avaient aucune objection à l'idée d'exclure la possibilité d'invoquer l'immunité devant la CPI. Ainsi, dès le mois de mai 1996, le Comité préparatoire concluait que « *compte tenu des précédents des autres tribunaux – Nuremberg, Tokyo, Yougoslavie, Rwanda – les délégations étaient favorables à l'idée d'exclure du statut toute possibilité d'invoquer la qualité officielle de chef d'État ou de gouvernement ou de haut fonctionnaire d'un gouvernement, cette qualité ne devant pas exonérer un accusé de sa responsabilité pénale* »²⁸⁰. L'article 98 paragraphe 1 du SR semble être une disposition qui a été incluse pour que les États acceptent de renoncer à l'immunité par l'inclusion de l'article 27 du SR. On peut se demander si elle devait servir de porte de sortie pour les États devant des demandes d'assistances de la Cour. Le prochain chapitre illustre ce point en prenant le cas d'Omar Al Bashir en exemple.

²⁷⁹ *Ibid.* à la p. 986.

²⁸⁰ Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale, *Résumé des travaux du Comité préparatoire au cours de la période allant du 25 mars au 12 avril 1996*, 7 mai 1996, U.N. doc. A/AC.249/1, p. 26, § 90 [Comité préparatoire, Travaux de 1996]

CHAPITRE 3

LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE ET LA SITUATION DU PRÉSIDENT OMAR AL BASHIR

3.1 La situation du Darfour devant la CPI

L'histoire du Soudan et de la CPI commence le 26 mai 2004, soit plus d'une année après l'éclatement des premières violences à large échelle au Darfour, lorsque le Conseil de Sécurité des Nations Unies manifeste sa grave préoccupation sur la détérioration de la situation humanitaire et les nombreuses violations des droits de l'homme dans cette région. En 2004, les Nations Unies adoptèrent la résolution 1564²⁸¹ pour la mise en place d'une commission d'enquête sur le Darfour. Antonio Cassese, ancien Président du TPI pour l'ex-Yougoslavie est alors placé à sa tête. Le 25 janvier 2005, il présente au Secrétariat Général un rapport établissant la responsabilité des forces gouvernementales et des milices dans les exécutions, actes de tortures et viols perpétrés au Darfour²⁸².

Le transfert du cas à la CPI est alors demandé. Le Soudan, non signataire du *SR* rejette en conséquence toute autorité de la CPI ainsi que toute coopération avec elle. La saisine de la CPI ne peut dès lors se faire que selon la troisième voie, c'est-à-dire sur demande du Conseil de Sécurité de l'ONU en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, pouvant ainsi mettre en cause les ressortissants d'un État n'ayant pas ratifié le *Statut de Rome* ou traité d'un crime commis sur son territoire.

²⁸¹ Conseil de sécurité, *Résolution 1564* (2004) Doc. Off. NU S/RES/1564 (2004) [*Résolution 1564*]

²⁸² Conseil de sécurité, Rapport de la Commission internationale d'enquête sur le Darfour au Secrétaire général Rapport établi en application de la résolution 1564 (2004) du Conseil de sécurité, en date du 18 septembre 2004, S/2005/60, 1^{er} février 2005.

La résolution 1593, adoptée le 31 mars 2005²⁸³ par le Conseil de Sécurité, défère définitivement la situation du Darfour à la CPI et impose la compétence de la Cour, malgré le refus du gouvernement soudanais.

Le Président soudanais ne peut donc prétendre à l'immunité devant la CPI: l'article 27 du *SR* prévoit une responsabilité pénale possible pour tous, y compris le cas d'un chef d'État en exercice.²⁸⁴ Par contre le Soudan n'ayant jamais ratifié le *Statut de Rome*, la Cour ne pouvait se saisir elle-même de la situation au Darfour. La CPI a dû donc attendre l'intervention du Conseil de sécurité des Nations Unies en date du 31 mars 2005 pour entamer le processus.²⁸⁵ Le 4 mars 2009, la CPI a délivré un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Al Bashir,²⁸⁶ le président en exercice d'un État non-partie au *Statut de Rome*, à savoir le Soudan.

On verra dans les prochaines sections que le cas de Al Bashir est un précédent et un acte important dans l'histoire récente de la CPI au sein du droit pénal international.

3.1.1. Les procédures devant la CPI

La Commission internationale d'enquête sur le Darfour a été établie en application de la *Résolution 1564* du Conseil de sécurité. Dans le rapport qu'elle a présenté à l'ONU en 2005, elle a recommandé le renvoi de la situation à la CPI.²⁸⁷

À la suite du renvoi adressé par le Conseil de sécurité, le procureur de la CPI a conclu que les conditions fixées dans le *Statut* pour l'ouverture d'une enquête

²⁸³ *Résolution 1593*, *supra* note 25.

²⁸⁴ La *Résolution 1593* prévoit que : « Agissant en vertu du Chapitre VII de la *Charte des Nations Unies*, 1. *Décide* de déférer au Procureur de la Cour pénale internationale la situation au Darfour depuis le 1er juillet 2002; 2. *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 [...] »

²⁸⁵ *Résolution 1593*, *supra* note 25 au par. 1.

²⁸⁶ *Al Bashir*, Décision de la CPI du 4 mars 2009, *supra* note 216.

²⁸⁷ *Résolution 1593*, *supra* note 25.

étaient réunies, et a décidé d'ouvrir une enquête le 6 juin 2005.²⁸⁸ Le 14 juillet 2008, le Procureur a déposé une requête aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre du Président soudanais Omar Hassan Al Bashir.²⁸⁹

La Chambre préliminaire I a déclaré qu'il y a des motifs raisonnables de croire que :

« De mars 2003 au 14 juillet 2008 [...] le Darfour a connu un conflit armé ne présentant pas un caractère international, qui a opposé de manière prolongée le gouvernement soudanais et plusieurs groupes armés organisés, en particulier le Mouvement/Armée de libération du Soudan (M/ALS) et le Mouvement pour la justice et l'égalité (MJE).

Peu après l'attaque de l'aéroport d'El Fasher en avril 2003, Omar Hassan Al Bashir et d'autres dirigeants politiques et militaires soudanais de haut rang ont adopté un plan commun visant à mener une campagne anti-insurrectionnelle contre le M/ALS, le MJE et d'autres groupes armés s'opposant au gouvernement soudanais au Darfour.

Une composante centrale de cette campagne consistait à attaquer illégalement la partie de la population civile du Darfour, appartenant principalement aux groupes four, massalit et zaghawa, qui était considérée comme proche des groupes armés organisés s'opposant au gouvernement soudanais au Darfour. »²⁹⁰ (nos soulignés)

Au cours de cette campagne anti-insurrectionnelle, les forces du gouvernement soudanais auraient commis « des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre et des crimes de génocide, et en particulier :

1. Elles auraient mené de nombreuses attaques illégales, suivies par des actes systématiques de pillage de villes et de villages principalement peuplés de civils appartenant aux groupes four, massalit et zaghawa ;

²⁸⁸ *Al Bashir*, Décision de la CPI du 4 mars 2009, *supra* note 216.

²⁸⁹ *Ibid.*

²⁹⁰ *Ibid.*

2. Elles auraient fait subir des actes de meurtre ainsi que des actes d'extermination à des milliers de civils appartenant principalement aux groupes four, massalit et zaghawa ;
3. Elles auraient fait subir des actes de viol à des milliers de civils de sexe féminin appartenant principalement à ces groupes ;
4. Elles auraient fait subir des actes de transfert forcé à des centaines de milliers de civils appartenant principalement à ces groupes ;
5. Elles auraient fait subir des actes de torture à des civils appartenant principalement à ces groupes ; et
6. Elles auraient, dans l'ensemble de la région du Darfour, à certaines occasions, contaminé les puits et les pompes à eau des villes et des villages principalement peuplés de membres des groupes four, massalit et zaghawa qu'elles attaquaient ; et encouragé des membres d'autres tribus, alliées du Gouvernement soudanais, à s'installer dans les villages et sur les terres où vivaient précédemment principalement des membres des groupes four, massalit et zaghawa.²⁹¹

Sur la reponsabilité pénale pour ces crimes, la Chambre préliminaire de la CPI s'est clairement prononcée. Elle a conclu avoir des motifs raisonnables de croire que : « Omar Hassan Al Bashir, dans la mesure où il était en droit et en fait le Président de l'État du Soudan et le commandant en chef des Forces armées soudanaises pendant toute la période concernée par la requête de l'Accusation, a joué un rôle essentiel dans la coordination de l'élaboration et de la mise en œuvre du plan commun. [...] Omar Hassan Al Bashir a également [...] exercé un contrôle total sur toutes les branches de « l'appareil d'État » du Soudan. »²⁹²

Suite à cette conclusion, la prochaine procédure qui incombe à la Cour est celle de la délivrance d'un mandat d'arrêt contre les accusés. Le 4 mars 2009, la Chambre préliminaire I a délivré un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Al Bashir

²⁹¹ *Ibid.*

²⁹² *Ibid.*

pour des crimes de guerre et des crimes contre l'Humanité.²⁹³ Le 6 juillet 2009, le Procureur a interjeté appel contre la décision en ce que la Cour avait décidé de ne pas délivrer de mandat d'arrêt à raison de la charge de génocide.²⁹⁴ La Chambre d'appel a renvoyé la situation devant la Chambre préliminaire afin qu'elle puisse statuer à nouveau sur la question de savoir si le mandat d'arrêt devrait être élargi de façon à couvrir cette charge.²⁹⁵

Le 12 juillet 2010, indiquant que Al Bashir a agi avec l'intention spécifique de détruire, en partie, les groupes ethniques des Four, Masalit et Zaghawa, la Chambre a délivré un second mandat d'arrêt contre Omar Hassan Ahmad Al Bashir, considérant qu'il y a des motifs raisonnables de croire en sa responsabilité pénale pour trois chefs de génocide à l'encontre de ces trois groupes ethniques.²⁹⁶

Suite à ces mandats d'arrêts, il ne restait que leur exécution et donc l'arrestation d'Omar Al Bashir. C'est à partir de ce moment que l'application des articles 27 et 98 du *SR* trouve toute leur pertinence. Les réactions des États membres et les États non-membres du *Statut* aux demandes d'assistance de la Cour seront analysés dans les prochaines sections afin d'examiner la problématique sur le niveau de la pratique.

M. Al Bashir avait laissé entendre le 16 septembre 2013 qu'il envisageait de se rendre au siège des Nations Unies à New York afin de s'adresser à l'Assemblée générale. Le 18 septembre 2013, la CPI rendait une décision dans laquelle elle invitait les États-Unis, un État non partie au *Statut de Rome*, à procéder à l'arrestation d'Omar Al Bashir si celui-ci se rendait sur leur territoire.²⁹⁷

²⁹³ *Ibid.*

²⁹⁴ Al Bashir, Décision de la CPI du 9 avril 2014, *supra* note 23. Dans cette décision, la cour reprend les procédures depuis les premiers mandats d'arrêt à l'encontre de Al Bashir.

²⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ Al Bashir, Décision de la CPI du 18 September 2013, *supra* note 28.

La CPI nous rappelle dans sa décision que le *Statut de Rome* ne lie aucunement les États non-parties et elle ne saurait leur imposer une obligation de coopérer.²⁹⁸ Les États-Unis n'avaient donc aucunement l'obligation de coopérer avec la CPI si Al Bashir s'était rendu sur leur territoire. Cela dit, la CPI a rappelé que la situation était déférée par le Conseil de sécurité des Nations Unies et donc la *Résolution 1593* pourrait créer une obligation autonome de coopérer. La Cour a fait une distinction importante entre l'obligation créée par le *SR* et celle créée par une résolution du Conseil de sécurité:

« The *Statute* of this Court is an international treaty. Therefore, it is only with the State's consent that the *Statute* can impose obligations on a non-State Party. Thus, non-States Parties may decide to cooperate with the Court on an ad hoc basis, as foreseen in article 87(5)(a) of the *Statute*. This principle may be altered by the SC which may, by means of a resolution adopted under Chapter VII of the UN Charter, create an obligation to cooperate with the Court on those UN member States which are not members of the *Statute*. In such a case, the obligation to cooperate stems directly from the UN Charter.

Accordingly, the United States, as a non-State Party to the *Statute*, has no obligations vis-à-vis the Court arising from the *Statute*. The Chamber notes, however, that the situation in Darfur was referred to the Court by the SC and that SC Resolution 1593 (2005), while recognizing that States not party to the Rome *Statute* have no obligation under the *Statute*, "urge[d] all States and concerned regional and other international organizations to cooperate fully" with the Court. »²⁹⁹

La Cour est toujours dans un mode d'invitation et non d'imposition d'une obligation de coopération mais se permet de mettre l'accent non pas sur ses propres pouvoirs mais sur les pouvoirs du Conseil de sécurité. En effet, elle ne déguise pas sa faiblesse en tant qu'une juridiction sans mécanisme d'exécution :

« The Chamber wishes to point out that the ICC has no enforcement mechanism and thus relies on the States' cooperation, without

²⁹⁸ La *Résolution 1593*, *supra* note 25 prévoit 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, [...] »

²⁹⁹ *Al Bashir, Décision de la CPI du 18 September 2013, supra* note 28.

which it cannot fulfil its mandate and contribute to ending impunity. »³⁰⁰

En tant qu'État non-partie au *Statut de Rome*, les États-Unis n'avaient donc aucunement l'obligation de coopérer avec la CPI si Omar Al Bashir s'était rendu sur le territoire américain. C'est pourquoi la CPI, s'est contentée d'inviter les États-Unis à coopérer avec elle et ne lui a pas ordonné de coopérer. Cette utilisation de langage non-obligeant et peu urgent démontre la paralysie de la Cour à exécuter le mandat. Il ne faut pas perdre de vue qu'il s'agit seulement d'une demande de coopération sans plus.

Cela dit, la CPI a rappelé avec raison que, la situation au Darfour ayant été déférée par le Conseil de sécurité des Nations Unies, la *Résolution 1593* pourrait créer une obligation autonome de coopérer qui incomberait alors aux États non-parties au *Statut de Rome*. Une question se pose donc sur la nature de l'obligation créée par la *Résolution 1593* quant aux États non-membres du *Statut de Rome*.

Suite à cette décision, le 26 février 2014, la Cour a reçu un avis qu'il était possible qu'Omar Al Bashir se rende en République démocratique du Congo (« RDC ») afin de participer à un sommet devant se tenir les 26 et 27 février 2014.³⁰¹ Le Procureur avait donc demandé à la Chambre de faire le nécessaire pour s'assurer que les mandats d'arrêt à l'encontre d'Al Bashir seraient exécutés.³⁰² Le 26 février 2014, la Cour rend la décision dans laquelle elle demande notamment à la RDC, en tant que État partie, de procéder immédiatement à l'arrestation de M. Al Bashir.³⁰³ Le 3 mars 2014, la Chambre a reçu notification que la visite d'Al Bashir avait eu lieu et les autorités de la RDC avaient confirmé qu'il avait quitté le pays dans la matinée du 27 février 2014.³⁰⁴ La Cour a conclut que la RDC « n'a pas coopéré avec la Cour en

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ *Al Bashir, Décision de la CPI du 9 avril 2014, supra* note 23 au para. 5.

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ *Ibid.*

³⁰⁴ *Ibid* au para 10. La Cour fait l'analyse des articles 86, 98 et 27.

refusant délibérément de procéder à l'arrestation et à la remise d'Al Bashir, empêchant ainsi la CPI d'exercer les fonctions et les pouvoirs que le *Statut* lui confère »³⁰⁵ et a référé sa décision au Conseil de sécurité.

3.1.2. La Decision de la Chambre Preliminare en avril 2014

Le 9 avril 2014, la Chambre Préliminaire reprend et analyse les articles 86, 98, et 27 du *SR* dans une décision importante et surtout pertinente considérant qu'elle vise le non respect des dispositions du *Statut* par un État membre du *Statut de Rome*.

La RDC soutient que les demandes d'arrestation et de remise d'Omar Al Bashir n'ont pas été exécutées en raison de contraintes temporelles et légales.³⁰⁶ Elle indique que la présence d'un chef d'État étranger sur son territoire l'a placée « dans une situation complexe, ambiguë et importante »³⁰⁷ compte tenu du fait que la RDC est un État partie au *Statut* et est également membre de l'Union africaine. De plus, le peu de temps écoulé entre l'arrivée d'Omar Al Bashir le soir du 25 février 2014, la réception de la Décision du 26 février 2014, et le départ prématuré de l'intéressé le matin suivant ont fait qu'il n'était pas matériellement possible de prendre une décision comportant autant « d'implications légales, diplomatiques, politiques et sécuritaires ». ³⁰⁸

La décision de la Chambre préliminaire en date du 9 avril 2014 condamne la RDC pour manquement à son obligation d'arrêter et de transférer Omar Al-Bashir à La Haye.³⁰⁹ La RDC a fait valoir qu'elle n'était pas tenue d'exécuter la demande d'arrestation et de transfert d'Omar Al-Bashir sur la base de l'article 98 (1) du *Statut de Rome* car dans le cadre de cette disposition, la Cour peut uniquement émettre une demande d'assistance ou de coopération d'un État membre après avoir obtenu une

³⁰⁵ *Ibid.* au para 7.

³⁰⁶ *Ibid.* au para 12.

³⁰⁷ *Ibid.*

³⁰⁸ *Ibid.*

³⁰⁹ *Ibid.* au para. 32.

renonciation aux immunités de la part de l'État-tiers concerné.³¹⁰ Étant donné que la Cour n'a pas obtenu la levée des immunités de la part du Soudan, la RDC a affirmé qu'elle n'avait pas à se conformer à la demande de la Cour.³¹¹ La RDC reconnaît qu'elle avait l'obligation internationale d'arrêter Al Bashir, toutefois, elle estime que cette obligation internationale était subordonnée à l'application de l'article 98(1) du *SR* sur la levée d'immunité.³¹²

La Chambre, tout en prenant note des explications fournies, a toutefois estimé que les arguments mis en avant par la RDC ne peuvent être retenus. L'argument de la RDC a été rejeté par la Chambre préliminaire aux motifs que la prescription de l'article 98 (1) était assurée par la résolution pertinente du Conseil de sécurité en vertu de laquelle ce dernier « a implicitement renoncé à l'immunité accordée à Omar Al-Bashir en vertu du droit international »³¹³. En conséquence, la RDC qui était tenue d'arrêter et de transférer Omar Al-Bashir a violé son obligation en tant qu'État partie au *Statut de Rome*. La Cour retient donc l'interprétation des mots *État tiers* de l'article 98 (1) du *SR* comme faisant référence à un État non membre du Statut :

« Étant donné que les immunités dont jouit Omar Al Bashir constituent un obstacle procédural [...], y compris par le biais de la levée des immunités. Toute autre interprétation viderait de son sens la décision du Conseil de sécurité exigeant que le Soudan « coop[ère] pleinement » et « apport[e] toute l'assistance nécessaire [à la Cour] ». C'est pourquoi la « coopération de cet État tiers [le Soudan] en vue de la levée de l'immunité », telle que requise à la dernière phrase de l'article 98-1 du Statut, était déjà exigée au paragraphe 2 de la résolution 1593 (2005). Par ce paragraphe, le Conseil de sécurité avait implicitement levé les immunités dont jouissait Omar Al Bashir. »³¹⁴ (nos soulignés)

De plus, la RDC a souligné qu'Omar Al Bashir est un chef d'État membre de l'Union africaine (« UA ») et que cette dernière a décidé dans une récente décision adoptée

³¹⁰ *Ibid* au para. 17.

³¹¹ *Ibid.*

³¹² *Ibid.* au para. 18.

³¹³ *Ibid.* au para. 29.

³¹⁴ *Ibid.*

le 12 octobre 2013 qu'aucune poursuite ne doit être engagée devant un tribunal international contre un chef d'État ou de Gouvernement en exercice durant son mandat.³¹⁵ Selon la RDC, la demande d'arrestation d'Omar Al Bashir était devenue incompatible avec ses obligations internationales envers l'UA en plus des contraintes de la levée de l'immunité par le Soudan.³¹⁶

Quant à la Cour, elle fait référence aux articles 27 et 98 du *SR* et explique le droit des immunités en cause comme suit :

« Le droit international garantit ces immunités personnelles pour permettre aux chefs d'État en exercice de s'acquitter efficacement de leurs fonctions. L'article 27-2 du *Statut* prévoit explicitement, pour ce qui est des chefs d'État, une exception à l'immunité personnelle de poursuites devant une juridiction pénale internationale. D'après cet article, l'existence, en vertu du droit international, d'immunités personnelles qui s'attachent généralement à la qualité officielle d'une personne « n'empêch[e] pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne.

La question à l'examen consiste toutefois à déterminer la portée de cette disposition, et à savoir si une telle exception permettant la levée des immunités personnelles s'applique à tous les chefs d'État, y compris à ceux des États non parties au *Statut* (États tiers), ou si elle se limite à ceux des États ayant adhéré au *Statut*. [...] L'exception à l'exercice par la Cour de sa compétence que prévoit l'article 27-2 du *Statut* devrait, en principe, se limiter aux États parties qui ont accepté cette compétence.

Ainsi, lorsque la Cour est amenée, dans l'exercice de sa compétence, à poursuivre le chef d'un État non partie, la question des immunités personnelles peut valablement se poser. La solution envisagée par le *Statut* pour résoudre un tel conflit se trouve à l'article 98-1, qui prévoit que la Cour doit s'assurer de la coopération de l'État tiers aux fins de la renonciation ou de la levée de l'immunité du chef de cet État. Cette démarche a pour but d'éviter à l'État requis d'agir de façon incompatible avec ses obligations internationales en matière d'immunités attachées au chef d'un État non partie. »³¹⁷ (nos soulignés)

³¹⁵ *Décision de l'Union Africaine*, Ext/Assembly/AU/Dec.1, le 12 octobre 2013, en ligne : <http://www.au.int/en>. Voir la section 3.2 pour une discussion détaillée de cette position de l'UA.

³¹⁶ Al Bashir, *Décision de la CPI* du 9 avril 2014, *supra* note 23 au para. 19.

³¹⁷ *Ibid.* aux paras. 25 à 27.

Pour la Cour, il doit nécessairement avoir une levée de l'immunité par l'État non-Partie au *Statut* afin de permettre l'État requis d'agir en conformité avec la disposition 98(1). La prochaine étape est beaucoup plus complexe. Qu'est ce qui constitue une levée de l'immunité? Est-ce qu'elle doit être implicite ou explicite? Selon sa décision, la Cour élimine la problématique de la levée de l'immunité par le Soudan en se référant aux pouvoirs du Conseil de sécurité. Tel que cité ci-haut, voici l'extrait qui nous concerne :

« Étant donné que les immunités dont jouit Omar Al Bashir constituent un obstacle procédural au déclenchement de poursuites devant la Cour, la coopération envisagée dans la résolution susmentionnée a pour but d'éliminer tout obstacle de cet ordre, y compris par le biais de la levée des immunités.»³¹⁸ (nos soulignés)

L'obligation qui incombe à la RDC provient-elle de l'article 98 (1) du *SR* ou n'est elle pas plutôt le fruit de la Résolution du Conseil de sécurité? Il semblerait que la résolution est essentielle aux conclusions de la Cour :

« Dans son avis consultatif sur la Namibie, la CIJ avait déclaré que « lorsque le Conseil de sécurité adopte une décision aux termes de l'article 25 conformément à la Charte, il incombe aux États membres de se conformer à cette décision [...]. Ne pas l'admettre serait priver cet organe principal des fonctions et pouvoirs essentiels qu'il tient de la Charte ». ³¹⁹

La Chambre a donc conclu que la RDC a non seulement ignoré les demandes de la Cour liées à son obligation de coopérer à l'arrestation et à la remise d'Omar Al Bashir conformément aux articles 86 et 89 du *SR* mais elle a mis l'accent sur le fait qu'elle a ignoré la *Résolution 1593* du Conseil de sécurité. Suivant ces conclusions, à chaque fois qu'un accusé d'un État tiers est sous mandat devant la CPI, le Conseil aurait son rôle à jouer pour imposer la levée de l'immunité à cet État. Il reste à voir

³¹⁸ *Ibid* au para. 29.

³¹⁹ CIJ, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) non-obstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Avis consultatif, 21 juin 1971, au par. 116.

si cette interprétation est conforme à la volonté des États membres du *Statut* lors de son adoption.

3.1.3. L'analyse

Contrairement aux résolutions instituant les Tribunaux *ad hoc*, la *Résolution 1593* impose une obligation de coopérer au Soudan sans en définir le véritable contenu. Selon la doctrine, lorsque le Conseil de sécurité décide de soumettre un État à l'obligation de coopérer avec la Cour, ce dernier devrait soit déclarer le *Statut de Rome* applicable *mutatis mutandis*, soit adopter un régime séparé.³²⁰

Donc, la question de savoir si le Soudan peut se voir imposer par la CPI l'obligation de lever l'immunité qu'il accorde à Al Bashir et de le remettre à la Cour doit être répondu par la négative. Le résultat de cette impasse devant laquelle se retrouve la CPI de façon systématique est qu'on est rendu près de 6 ans suivant l'émission du premier mandat d'arrêt contre Omar Al Bashir. La CPI se retrouve systématiquement devant le refus des États de se plier à sa demande d'exécution des mandats et on parle des États membres.³²¹

La professeure Paola Gaeta considère que le raisonnement suivi par la Chambre préliminaire est basé sur une interprétation erronée de l'article 98 (1) du *Statut de Rome*. Selon cette disposition, la Cour doit obtenir la coopération de l'État tiers quant à la levée des immunités³²². Dans le présent contexte, la Cour n'a pas obtenu la coopération du Soudan relative à la levée de l'immunité d'Omar Al-Bashir. Gaeta s'explique :

³²⁰ Göran Sluiter, « *Obtaining Cooperation from Sudan – Where is the Law ?* », (2008) 6 *JICJ* pp. 876-884 à la p. 877.

³²¹ Voir Situation en RDC, 10 février 2006, *supra* note 214; Situation Centreafricaine, *supra* note 215.

³²² *Statut de Rome*, *supra* note 13 à l'art. 98(1).

« The question here is not the existence of a legal obligation upon the third State to cooperate, but the actual cooperation that the Court must obtain from the third State to waive the immunity.

In addition, I do not see how the obligation of cooperation imposed on Sudan by the Security Council can modify the powers and competence of the Court, including the powers of the Court vis-à-vis member States in the matter of judicial cooperation.

[...]

The obligations set forth by the Security Council upon a UN member State with a binding decision under Chapter VII of the UN Charter cannot affect the rights and powers of another international organization, in this case the ICC, as they are regulated in the respective constitutive instrument of such other international organization. »³²³ (nos soulignés)

Il appert donc que seule une renonciation explicite à l'invoquant de l'immunité pourra rencontrer le fardeau de la Cour d'obtenir la levée de l'immunité sous l'article 98 (1):

« The decision of the Security Council on the obligation of Sudan to cooperate cannot relieve the Court from the necessity to implement a requirement for the correct exercise of a power as it is the case of Article 98 (1) of the Rome Statute. The Court has not obtained the cooperation of Sudan for the waiver of immunity of Al Bashir, as Article 98 (1) provides. To the best of my knowledge, the Court has not even attempted to obtain from Sudan such a waiver. The fact that Sudan would be legally obliged to comply with such a request – should the Court decide to submit one to Sudan – does not imply that the terms of Article 98 (1) are respected, should Sudan refuse to provide the waiver of immunities.

The fact that Sudan is obliged to cooperate with the Court is not deprived of sense if one recognizes that its head of State is protected by immunities under international law in the territory of foreign states. »³²⁴ (nos soulignés)

En opposition à cet argument, la Cour considère pourtant qu'à chaque fois que le Conseil de sécurité déclenche sa compétence, les États qui ne sont pas parties au

³²³ Paola Gaeta , « *The ICC Changes Its Mind on the Immunity from Arrest of President Al Bashir, But It Is Wrong Again* » 23 avril 2014, en ligne : <http://opiniojuris.org>

³²⁴ Paola Gaeta , « *The ICC Changes Its Mind on the Immunity from Arrest of President Al Bashir, But It Is Wrong Again* » 23 avril 2014, en ligne : <http://www.opiniojuris.org>

Statut de Rome se retrouvent liés à celui-ci par le renvoi du Conseil de sécurité. Par conséquent, le Soudan serait obligé d'accepter que la Cour exerce sa compétence conformément au *Statut de Rome*. Or, comme le met en avant la professeure Gaeta, le renvoi d'une situation à la Cour par le Conseil de sécurité ne constitue qu'une des conditions de l'exercice par la Cour de sa compétence pénale. Sa compétence demeure assujettie aux règles établis dans son *Statut* et non dans une résolution du Conseil de sécurité.

3.2. La réticence de l'Union Africaine

Le Soudan n'ayant pas ratifié le *Statut de Rome*, il n'est donc pas lié par ses dispositions qui aurait eu pour conséquence de retirer au Président Omar Al-Bashir son immunité personnelle. Le premier mandat d'arrêt délivré par la CPI à l'encontre du Président soudanais Omar Al-Bashir remonte au 4 mars 2009.³²⁵

Le 27 août 2010, la Chambre préliminaire I a informé le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies et l'Assemblée des États parties au *Statut de Rome* des visites de M. Al Bashir à la République Démocratique du Tchad et au Kenya, qui sont des États membres de l'ONU et des États parties au *Statut de Rome*, et ont donc l'obligation de coopérer avec la Cour et lui prêter assistance.³²⁶ Le 29 octobre 2010, le ministère des Affaires étrangères de la République du Kenya a envoyé au Greffier de la CPI une note verbale dans laquelle le Ministère l'informe que le gouvernement du Kenya n'est pas au courant d'une visite imminente par Omar Al Bashir.³²⁷

En raison du mandat d'arrêt émis par la CPI à l'encontre du Président soudanais en exercice, ce dernier se déplace sur le continent africain, ayant la certitude qu'aucun

³²⁵ Al Basir, Décision de la CPI du 9 avril 2014, *supra* note 23.

³²⁶ *Ibid.*

³²⁷ *Ibid.*

de ses homologues africains ne prendrait le risque de causer un incident diplomatique en le livrant à La Haye.³²⁸ Cependant, en vertu du Chapitre 9 du *Statut de Rome* relatif à la coopération des États, il existe bien une obligation pour les États parties de répondre aux mandats d'arrestation émis par la CPI lorsque la personne qui en est le sujet se trouve sur le territoire de cet État.

Il convient donc de comprendre et d'analyser successivement les raisons ayant poussé l'Union africaine à ne pas soutenir l'arrestation du président soudanais en exercice. Il incombe de vérifier si le refus de coopération de l'Union africaine avec la CPI relativement à l'arrestation d'Omar Al-Bashir résulte de l'incertitude liée aux termes de l'article 98 (1) du *Statut de Rome*.

La situation de la République du Tchad et de la République du Malawi

Dans ses décisions sur le refus de la République Démocratique du Malawi (« RDM ») et de la République Démocratique du Tchad (« RDT »), la Cour décide de référer l'affaire au Conseil de sécurité et à l'assemblée des États Parties car selon elle « la République du Malawi n'a pas accédé aux demandes de coopération contrairement aux dispositions du *Statut* et a ainsi empêché la Cour d'exercer ses fonctions et pouvoirs en vertu du présent *Statut*. »³²⁹

En ce qui concerne l'immunité des chefs d'État invoqué par rapport aux demandes d'arrestation et de remise à la Cour, la Chambre avait noté qu'il y a « une tension

³²⁸ Voir, par exemple, les décisions suivantes rendues par la Chambre préliminaire I : « *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 ; « *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 ; et « *Décision informant le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies et l'Assemblée des États Parties au Statut de Rome de la récente visite d'Omar Al Bashir à Djibouti*, 12 mai, ICC-02/05-01/09

³²⁹ *Décision en application de l'article 87(7) du Statut de Rome sur le défaut de la République du Tchad de satisfaire aux demandes de coopération émises par la Cour au sujet de l'arrestation et de la remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir* », ICC-02/05-01/09-140, 12 décembre 2011 (Cour Pénale Internationale) (Décision sur le défaut de la République du Tchad du 12 décembre 2011); *Décision en application de l'article 87(7) du Statut de Rome sur le défaut de la République du Malawi de satisfaire aux demandes de coopération émises par la Cour au sujet de l'arrestation et de la remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir* », ICC-02/05-01/09-140, 12 décembre 2011 (Cour Pénale Internationale) (Décision sur le défaut de la République du Malawi du 12 décembre 2011)

inhérente entre les articles 27 (2) et 98 (1) du *Statut* et la pertinence de l'immunité lorsque la Cour demande la coopération pour l'arrestation d'un chef d'État. »³³⁰ Par contre la Chambre a considéré que « le Malawi, et par extension l'Union Africaine, ne sont pas habilités à se référer à l'article 98 (1) du *Statut* pour justifier leur refus d'accéder aux demandes de coopération.»³³¹ La Cour s'explique comme suit :

« Comme expliqué plus haut, l'argument tiré de l'immunité des chefs d'États devant des juridictions internationales a été rejeté à maintes reprises depuis la Première Guerre mondiale³⁰

[...] le Statut a été ratifié par 120 États qui ont tous accepté que les immunités dont jouissent leurs plus hauts responsables en droit international leur soient retirées. Tous ces États ont renoncé à faire valoir ces immunités lorsqu'ils ont accepté le texte de l'article 27-2

[...] les États mentionnés ci-dessus ont ratifié le Statut et/ou s'en remettent à la Cour pour exercer « sa compétence à l'égard des personnes pour les crimes les plus graves ayant une portée internationale ». Il apparaît incohérent que le Malawi reconnaisse cette mission de la Cour et qu'il refuse ensuite de lui remettre un chef d'État poursuivi pour avoir orchestré la commission d'un génocide, de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Interpréter l'article 98-1 de façon à justifier la non-remise à la Cour d'Omar Al Bashir pour des raisons liées à son immunité entraverait le travail de celle-ci et plus généralement de la justice pénale internationale d'une façon totalement contraire au but du Statut ratifié par le Malawi. »³³²

En réponse de cette décision, dans un communiqué de presse, l'UA se prononce sur les décisions de la Chambre Préliminaire I de la CPI concernant le refus de la RDT et de la RDM de coopérer avec la CPI en vue de la remise de Al Bashir.³³³ Dans son communiqué du 9 janvier 2012, la Commission de l'Union Africaine se prononce comme suit:

« L'Union regrette vivement que la décision vise à:

1. (i) apparemment changer le droit international coutumier par rapport à l'immunité *ratione personae*;
2. (ii) rendre l'article 98 du *Statut de Rome* redondant, non opérationnel et absurde;

³³⁰ *Ibid.*

³³¹ Décision sur le défaut de la République du Malawi du 12 décembre 2011 au para. 38.

³³² *Ibid.* aux paras. 38 à 41.

³³³ Addis-Abeba, le 9 janvier 2012, Union Africaine, en ligne : <http://www.au.int/en/> (UA, le 9 janvier 2012)

(iii) Ne pas tenir compte de la question cruciale de la levée ou du maintien des immunités par le Conseil de sécurité conformément à la résolution NO 1593 (2005) qui a référé la situation du Darfour à la CPI, »³³⁴

De ce fait, la Commission de l'UA a souligné que l'article 27 (2) du *Statut* apparaît sous la partie du statut énonçant «les principes généraux du droit pénal» et en conséquence ne s'applique que dans le cas des relations entre la Cour et le suspect.³³⁵ En ce qui concerne les relations entre la Cour et les États, l'UA affirme que l'article 98 (1) impose la présente interprétation :

« Les États ne peuvent pas se dégager de leurs obligations juridiques internationales vis-à-vis des pays tiers en instituant un tribunal international. En effet, contrairement à l'affirmation de la Chambre préliminaire I de la CPI, l'article 98 (1) a été inclus dans le *Statut de Rome* instituant la CPI, tout en sachant que le statut ne préconise la levée d'une immunité que le droit international accorde à des fonctionnaires des États qui ne sont pas parties au *Statut de Rome*. C'est parce que les immunités des fonctionnaires de l'État sont des droits de l'État concerné et un traité ne lie que les parties au traité. Un traité ne peut pas priver les États non parties des droits qu'ils possèdent normalement. De ce fait, il convient de rappeler que l'immunité accordée aux hauts fonctionnaires en service, ratione personae, de juridiction pénale interne étrangère (et d'arrestation) est absolue et s'applique même lorsque le fonctionnaire est accusé d'avoir commis un crime international. »³³⁶ (nos soulignés)

La rédaction problématique de l'article 98(1) du *SR* à la lumière de l'article 27 du *SR* retrouve sa pertinence dans cette affirmation. Pour justifier sa position, l'UA s'appuie sur trois arguments. Premièrement, la décision de la CIJ dans l'*Affaire Mandat d'arrêt* où la CIJ a déclaré qu'elle n'a pas pu retrouver "qu'il existe en droit international coutumier une quelconque forme d'exception à la règle accordant l'immunité de juridiction pénale et d'inviolabilité aux Ministres des Affaires étrangères lorsqu'ils sont suspectés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité."³³⁷

³³⁴ *Ibid.*

³³⁵ *Ibid.*

³³⁶ *Ibid.*

³³⁷ *Affaire Mandat d'arrêt*, supra note 112 au para. 58; *Décision de l'Union Africaine*, Assembly / AU / Dec. 245 (XIII) 13e session ordinaire de la Conférence des Chefs d'État et de gouvernement, 1-3 juillet 2009, en ligne : <http://www.au.int/> (UA, 3 juillet 2009)

De plus, l'UA se base sur le fait que le Conseil de sécurité n'a pas levé l'immunité de Al Bashir. Une telle décision de levée d'immunité doit être explicite et ne peut se déduire implicitement par le simple renvoi d'une situation à la CPI ou le simple fait de demander à un État de coopérer avec la CPI.³³⁸ On revient donc à l'argument que l'immunité est absolue sauf dans certains cas spécifiques indiqués dans cette affaire et dans le cas de la CPI sauf en conformité du texte de l'article 98(1) du SR. La marge de manœuvre est minime.

Troisièmement, la RDT et la RDM étant des États membres de l'UA, ils ont l'obligation de se conformer aux décisions de l'Assemblée de l'UA.³³⁹ Or dans sa décision du mois de juillet 2009, elle a demandé aux États de ne pas coopérer avec la CPI relativement à la remise de Al Bashir en indiquant le suivant:

«Compte tenu du fait que la demande formulée par l'Union africaine n'a pas été prise en compte par le Conseil de Sécurité des Nations Unies, les États membres de l'UA ne coopéreront pas conformément aux dispositions de l'article 98 du *Statut de Rome* de la CPI relatives aux immunités dans l'arrestation et le transfert du Président Omar El Bashir du Soudan à la CPI».³⁴⁰

En réaction à cette position de l'UA, à sa dixième session, l'Assemblée des États Parties (« l'Assemblée des États») a adopté les « *Procédures de l'Assemblée concernant la non-coopération* »³⁴¹ Le 21 décembre 2011, la Résolution intitulée: ³⁴²

³³⁸ *Ibid.*

³³⁹ *Ibid.*

³⁴⁰ *Ibid.*

³⁴¹ Cour pénale internationale, « Strengthening the International Criminal Court and the Assembly of States Parties », Résolution ICC-ASP/10/Res.5 (le 21 décembre 2011); , Cour Pénale Internationale, Rapport du Bureau relatif au défaut de coopération, Assemblée des États Parties, ICC-ASP/11/29, Onzième session, La Haye, 1e novembre 2012 (Rapport sur les Procédures de l'Assemblée concernant la non-coopération)

³⁴² *Ibid.*

Strengthening the International Criminal Court and the Assembly of States Parties, invite les États-Parties à respecter leurs obligations sous le SR et surtout l'obligation de coopération:

« *Calls upon* States Parties to comply with their obligations under the Rome *Statute*, in particular the obligation to cooperate in accordance with Part 9, *encourages* cooperation between States Parties to the Rome *Statute* particularly in situations where it is being challenged, *further calls upon* States Parties to continue and strengthen their efforts to ensure full and effective cooperation with the Court in accordance with the *Statute*, in particular in the areas of implementing legislation, enforcement of Court decisions and execution of arrest warrants;

Encourages States Parties to express their political and diplomatic support to the Court;

Calls upon States Parties to give concrete expression in actions to the commitments made in the statements, declarations and pledges made at Kampala;

Recognizes the negative impact that the non-execution of Court requests can have on the ability of the Court to execute its mandate, *welcomes* the report of the Bureau on potential Assembly procedures relating to non-cooperation⁴ and *decides* to adopt the procedures annexed to the present resolution; »³⁴³

En vertu de cette résolution, le Bureau de l'Assemblée des États a soumis un rapport³⁴⁴ relatif au défaut de coopération pour examen par l'Assemblée qui réfère aux deux décisions rendues au titre de l'article 87(7) du *Statut de Rome* concernant la RDT et la RDM.³⁴⁵ Ces décisions ont été communiquées au Conseil de sécurité des Nations Unies et à l'Assemblée des États.

³⁴³ Rapport sur les Procédures de l'Assemblée concernant la non-coopération, *supra* note 341.

³⁴⁴ *Ibid.*

³⁴⁵ Décision sur le défaut de la République du Malawi du 12 décembre 2011 et Décision sur le défaut de la République du Tchad du 12 décembre 2011, *supra* note 329.

Dès la réception des décisions de la Cour, la Présidente de l'Assemblée des États a été informée par le Conseil de sécurité que les mesures du Conseil dépendaient de l'éventualité d'une action, initiée par l'un de ses membres, au sujet de cette question. L'établissement de contacts avec les représentants du Tchad s'est avéré difficile.³⁴⁶ Durant une réunion établie avec la Présidente de l'Assemblée, le Représentant permanent du Tchad a noté que son pays se conformait pleinement au droit international et coopérait avec la Cour.³⁴⁷ Il a également fait référence aux décisions prises par l'Union africaine sur cette question, en particulier celle qui stipule que les membres de l'Union africaine, en vertu des dispositions de l'article 98 du *Statut de Rome* concernant les immunités, ne coopéreront pas avec la Cour pour l'arrestation et la remise du Président soudanais Omar El Bashir.³⁴⁸ Le Bureau a enfin recommandé que l'Assemblée prenne acte de ces cas de non-coopération.³⁴⁹

³⁴⁶ Rapport sur les Procédures de l'Assemblée concernant la non-coopération, *supra* note 341.

³⁴⁷ *Ibid.*

³⁴⁸ *Ibid.*

³⁴⁹ *Ibid.*

Il faut noter qu'en janvier 2012, la Commission avait pris la peine de rappeler que les États membres de l'UA ont volontairement négocié le *Statut de Rome* et ont rejoint la CPI en vue de renforcer la lutte contre l'impunité. À ce sujet, la Commission ajoute:

« L'Union africaine va continuer à se battre contre l'impunité tel que le préconise l'article 4 de l'Acte constitutif et les décisions pertinentes de la Conférence et va s'opposer à toutes les décisions présomptueuses et égoïstes de la CPI ainsi qu'à toute prétention ou politique de deux poids deux mesures qui deviennent évidentes suite aux enquêtes, poursuites et décisions prises par la CPI concernant les situations en Afrique. [...] L'Union africaine estime que les questions relatives à la paix et à la justice doivent être traitées de manière globale et détaillée et entend poursuivre, en ce qui concerne le Soudan, les objectifs communs, mutuellement interdépendants et équitablement souhaitables de paix, de justice et de réconciliation. »³⁵⁰

De plus, une deuxième décision de l'Union Africaine datée du 12 octobre 2013 est venue compléter l'opposition de l'UA à la CPI. L'UA a confirmé qu'aucune « poursuite ne doit être engagée devant un tribunal international contre un chef d'État ou de gouvernement en exercice ou toute autre personne agissant ou habilitée à agir en cette qualité durant son mandat ». ³⁵¹

³⁵⁰ UA, le 9 janvier 2012, *supra* note 333.

³⁵¹ *Décision de l'Union Africaine, Ex/Assemblée/AU/Dec.1*, le 12 octobre 2013, en ligne : « <http://www.au.int/en> »

CONCLUSIONS

Le *Statut de Rome* reste une convention internationale adoptée et rédigée selon la volonté des États. Le rôle des États membres quant au respect des dispositions du Statut de Rome est donc essentiel. L'absence d'une convention internationale sur l'immunité impose et implique que les règles de l'immunité doivent être clairement établies pour régner les relations internationales. On peut conclure que le texte des articles 98 et 27 du *SR* doit être suffisamment claire pour ne pas laisser place à l'ambiguïté qui peut servir à des objections de la part des États membres. L'interprétation qui respecte l'esprit et la logique du *Statut* consiste à confirmer que les "États tiers" visés par l'article 98 paragraphe 1 ne concernent que les États non parties au *Statut de Rome*.

1. Travaux de la Commission du droit international

La Commission du droit international travaille actuellement sur le sujet de l'immunité des chefs d'État.³⁵² La Commission a adopté provisoirement trois projets d'articles et les commentaires y relatifs à la même session.³⁵³ Dans son rapport sur la 66^e session, la Commission indique que : « L'essentiel des modifications proposées se limite à définir la notion du « représentant de l'État » qui bénéficierait de l'immunité de juridiction. »³⁵⁴

On définit le « représentant de l'État » comme « tout individu qui représente l'État ou qui exerce des fonctions étatiques. »³⁵⁵ « Les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères bénéficient de l'immunité *ratione personae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère. »³⁵⁶

Selon la Commission, définir la notion de représentant de l'État facilite la compréhension de l'un des éléments normatifs de l'immunité: les personnes qui

³⁵² Commission du droit internationale, AGNU, Doc. Off., 66^e session, Suppl. No. 10 (A/66/10), paras. 104-203.

³⁵³ *Ibid.* à la p.240.

³⁵⁴ *Ibid.*

³⁵⁵ *Ibid.*

³⁵⁶ *Ibid.*

bénéficient de celle-ci. La plupart des membres de la Commission estimaient utile d'avoir une définition du terme « représentant de l'État » aux fins du présent projet d'articles, car l'immunité de juridiction pénale étrangère s'applique à des personnes.³⁵⁷

Quant à la définition des « fonctions étatiques » qui tombent sous la protection de l'immunité, la Commission spécifie que ce sont les activités qui sont propres à l'État.³⁵⁸ Elle indique que « Cette expression recouvre les fonctions législatives, judiciaires, exécutives ou autres qui sont propres à l'État. La référence à l'exercice des fonctions étatiques définit plus précisément le lien qui doit exister entre le représentant et l'État, et permet de prendre suffisamment en considération le fait que l'immunité est accordée à l'individu dans l'intérêt de l'État. »³⁵⁹ Donc, on peut en déduire que la fonction exercée devra être délimité et définit par des fonctions qui sont accomplies dans l'intérêt de l'État et non contre son intérêt. Par conséquent, des crimes contre l'humanité commis par un chef d'État pourraient difficilement tomber sous le couvert de cette définition.

Malheureusement, la Commission continue ses explications sur la notion de « représentants d'État » en précisant que cette notion « ne fait pas référence au type d'actes couverts par l'immunité. En conséquence, les termes «représente» et «exerce des fonctions étatiques» ne sauraient être interprétés comme définissant d'une quelconque façon le champ d'application substantiel de l'immunité. De même, la définition de «représentant de l'État» ne saurait être interprétée comme impliquant une prise de position sur les exceptions à l'immunité. »³⁶⁰

On revient donc au point de départ. La Commission ne prend pas une position pour le moment sur les actes des « représentants d'État » qui seront couvert par

³⁵⁷ *Ibid.*

³⁵⁸ *Ibid.*

³⁵⁹ *Ibid.* à la p. 243.

³⁶⁰ *Ibid.* à la p. 244.

l'immunité. De plus, en ce qui concerne les exceptions à l'immunité, les conditions dans lesquelles le chef d'État, le chef de gouvernement ou le ministre des affaires étrangères bénéficient de l'immunité, la Commission indique que celle-ci seront traités dans des projets d'articles distincts.³⁶¹

2. Recommendations

Le Statut reste une convention internationale adoptée et rédigée selon la volonté des États : Le rôle des États membres au Statut est essentiel

Comment la CPI peut-elle jouer pleinement son rôle de juridiction internationale indépendante sans représenter la communauté internationale dans son ensemble ? La CPI engage 122 États membres du SR, mais des grandes puissances sur le plan international sont toujours non-membres du Statut. La Russie, les États-Unis, l'Inde et la Chine, notamment, brillent par leur absence.

Malgré l'importance grandissante des travaux de la Cour et du *Statut de Rome* sur la scène internationale, les défis restent considérables. Des mandats d'arrêt en attente d'exécution ont été délivrés contre 11 suspects et la coopération des États pour traduire ces personnes en justice demeure indispensable pour la Cour afin qu'elle puisse ainsi donner pleinement effet à son mandat.³⁶²

Absence d'une convention internationale sur l'immunité : Les règles de l'immunité doivent être clairement établies pour régner les relations internationales

Tel qu'envisagé par la Commission du droit international, une convention sur les immunités des chefs d'États et hauts fonctionnaires faciliterait le travail de la CPI.

À défaut d'une Convention internationale sur les immunités, l'*Affaire Pinochet* et l'*Affaire Mandat d'arrêt* nous indique qu'il n'existe pas, en droit international coutumier, d'exception à la règle consacrant l'immunité de juridiction et

³⁶¹ *Ibid.* à la p.245.

³⁶² Assemblée générale des NU, Soixante-sixième session, Rapport de la Cour pénale internationale, A/66/309, 19 août 2011.

l'inviolabilité des chefs d'États et de gouvernements en exercice lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité. On devra donc interpréter l'immunité des chefs d'État comme une immunité fonctionnelle qui est strictement attachée à une fonction légitime du Chef en exercice. Elle doit garantir la défense des intérêts de l'État à l'étranger, ainsi que le bon accomplissement des fonctions internationales.

Le texte des articles 98 et 27 du SR doit être clarifié

Visiblement, ces deux dispositions se prêtent à des interprétations différentes et problématiques par les États. L'interprétation qui respecte l'esprit et la logique du *Statut* consiste à confirmer que les "États tiers" visés par l'article 98 paragraphe 1 ne concernent que les États non parties au *Statut de Rome*. Cette dernière interprétation a pour effet de rendre le principe contenu dans l'article 27 paragraphe 2 effectif et non ambigu en ce qui concerne les États-Parties. Cette interprétation obligerait alors l'État-Partie requis à exécuter une demande de coopération faite par la Cour sans avoir à obtenir préalablement l'accord de l'«État tiers» qui est aussi un État-Partie. Cette lecture du texte est également conforme aux règles d'interprétation contenue dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités*.

Dans sa décision en 2002, *Affaire Mandat d'arrêt*, la Cour Internationale de Justice a reconnu qu'un ministre des affaires étrangères ne peut opposer l'immunité à la CPI dans un cas où elle aurait juridiction.³⁶³ Par contre, la cour a spécifié que l'article 27 du *SR* ne lui permettait pas de conclure que les chefs d'État ou autres hauts dirigeants n'étaient pas protégés par les immunités traditionnelles sous les normes du droit international coutumier devant les instances nationales.³⁶⁴ Il faudra clarifier si en acceptant le texte de l'article 27 du *SR*, les États-Parties ont explicitement renoncé à invoquer toute immunité non-seulement devant la CPI mais devant les autorités des autres États-Parties à la lumière du texte de l'article 98 (1) du *SR*.

³⁶³ *Ibid.*

³⁶⁴ *Affaire Mandat d'arrêt*, *supra* note 112 au para. 58.

De plus, les conditions de la levée de l'immunité par un État tiers doivent être clairement établies afin d'éviter des situations comme celle du Darfour et l'effet de la *Résolution 1593* du Conseil de sécurité. Les demandes et les décisions de la CPI doivent être précises et obligatoires surtout quant aux demandes d'une levée d'immunité ou de coopération en conformité avec son *Statut*.

La CPI ne peut se satisfaire de faire des recommandations aux États membres. Elle agit en vertu d'un *Statut* qui lui attribue des compétences et qui impose des obligations claires aux États membres. Elle doit explicitement imposer des procédures d'arrestations et de remises suite à des mandats d'arrestation. Ces procédures obligatoires devront être accompagnées d'échéanciers claires. La CPI exerce un pouvoir et n'est pas en négociations avec les États.

3. Observations finales

Au cours des vingt-un dernières années, de multiples tribunaux internationaux furent créés par l'Organisation des Nations unies. Qu'elles découlent d'une décision du Conseil de sécurité ou d'un règlement onusien, ces juridictions se virent chargées de juger les auteurs de génocide, crimes de guerre et crimes contre l'humanité commis lors de périodes bien déterminées et dans des zones géographiques clairement délimitées.

Cependant, le 1er juillet 2002, la Cour pénale internationale entra en fonction. Ce tribunal, installé à La Haye, siège de manière permanente et est compétent pour poursuivre, sur les territoires de ses États parties, les auteurs de violations du droit pénal international.

Pourtant, et en dépit de tous ces progrès tangibles, la justice pénale internationale ne s'est toujours pas imposée comme un instrument efficace et universel de protection des droits individuels et des libertés fondamentales. Soixante-huit ans

après le procès de Nuremberg, les crimes contre l'humanité, se multiplient et l'impunité perdure. De nombreux facteurs contribuent à empêcher l'émergence d'une justice pénale internationale réellement compétente et indépendante quels que soient les États ou les organisations incriminés et quel que soit le statut des personnes mises en accusation.

Depuis son adoption en 1998, le *Statut de Rome* de la CPI a été ratifié par 122 États à travers le monde. La méthode de création de la CPI est sans précédent dans le sens où ce sont les États eux-mêmes qui ont créé la CPI au moyen d'un traité international, en veillant à ce que la Cour reflète largement les aspirations et les objectifs de la communauté internationale.³⁶⁵ Malheureusement, de nombreux États n'ont toujours pas ratifié le *Statut de Rome*. L'Afrique est la région la plus représentée parmi les États parties à la CPI, tandis que l'Asie centrale et le Moyen-Orient restent sous-représentés.³⁶⁶

Plusieurs États rejettent, pour différentes raisons, l'idée d'un tribunal pénal international permanent et compétent pour juger les auteurs quel que soit leur titre de fonction. Or seuls les crimes commis sur le territoire des États ayant ratifié le *Statut de Rome* ou par l'un de leurs ressortissants entrent dans le champ de compétence de la CPI, si le renvoi d'un État non-partie (art. 12(3)) ou du Conseil de sécurité ne sont pas en jeu.

La CPI est compétente pour les crimes de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et, après formulation d'une définition, le crime d'agression³⁶⁷. Il y a trois manières de soumettre une affaire à la CPI.³⁶⁸ Premièrement, les États parties peuvent déférer à la Cour une situation donnée.³⁶⁹ Deuxièmement, le Procureur peut

³⁶⁵ Coopération avec la Cour pénale internationale (CPI) et universalité de cette instance, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, Assemblée parlementaire, Conseil de l'Europe, Doc. 11722, 3 octobre 2008.

³⁶⁶ Pour la liste des ratifications par pays et par région du monde, veuillez consulter le site de la Cour pénale internationale en ligne : <<http://www.icc-cpi.int>>

³⁶⁷ *Statut de Rome*, *supra* note 13 à l'art. art 5.

³⁶⁸ *Ibid.* à l'art. 13.

³⁶⁹ *Ibid.* à l'art. 14.

ouvrir une enquête de sa propre initiative, sous réserve de l'autorisation des juges de la CPI³⁷⁰. Troisièmement, une affaire peut être déférée à la CPI par le Conseil de sécurité des Nations Unies agissant en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, indépendamment de toutes considérations de nationalité ou de territorialité.

Contrairement au TPIY et au TPIR, qui prévalent sur les juridictions nationales, la CPI dispose d'une compétence qui est complémentaire des juridictions nationales. Le principe de complémentarité est le résultat d'un « subtil équilibre » entre la souveraineté des États et la justice internationale, qui repose sur la conviction que les systèmes pénaux nationaux sont mieux à même de poursuivre efficacement les crimes internationaux³⁷¹. Bien que le *Statut* ne donne pas de définition précise de la notion de « complémentarité », le message du Préambule est clair en ce qu'il rappelle « qu'il est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux. »³⁷² Au cœur du principe de complémentarité, il y a le « manque de volonté » ou l'« incapacité » de l'État de poursuivre des crimes internationaux.³⁷³

Il convient de faire remarquer que la formulation de l'article 17 du *SR* suggère que l'intention des rédacteurs était clairement d'attribuer à la Cour un rôle subsidiaire par rapport aux juridictions pénales nationales. Il en résulte que le régime juridictionnel de la CPI est limité à des situations bien déterminées.

La coopération constitue un élément fondamental sur lequel repose l'ensemble du système de la CPI. L'article 86 du *Statut de Rome* rappelle expressément l'obligation générale des États parties de « coopérer pleinement avec la Cour dans les enquêtes et poursuites qu'elle mène pour les crimes relevant de sa compétence ». Les États se

³⁷⁰ *Ibid.* à l'art. 15. Dans le cadre de ces deux mécanismes, la compétence est limitée : 1) aux ressortissants d'un État partie ; 2) aux crimes commis sur le territoire d'un État partie ; ou 3) aux ressortissants d'un État non partie qui accepte la compétence de la Cour ou aux crimes commis sur le territoire d'un tel État.

³⁷¹ Coopération avec la Cour pénale internationale (CPI) et universalité de cette instance, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, Assemblée parlementaire, Conseil de l'Europe, Doc. 11722, 3 octobre 2008.

³⁷² *Statut de Rome*, *supra* note 13 au Preambule.

³⁷³ *Ibid.* à l'art. 17.

doivent de coopérer avec la Cour Pénale Internationale pour lui permettre d'accomplir son but ultime, qui est de mettre fin à l'immunité.

La CPI est non seulement habilitée à adresser des demandes de coopération aux États parties mais elle peut également « inviter tout État non partie à prêter son assistance sur la base d'un arrangement ad hoc ou d'un accord conclu avec cet État... ». ³⁷⁴ Pour assurer une telle coopération, la CPI s'est activement impliquée dans la sensibilisation de la communauté internationale relative à des affaires spécifiques tout en tenant compte de facteurs comme le contexte des opérations, les groupes cibles, tel les victimes, le gouvernement en pouvoir et les groupes d'oppositions, etc. Bien qu'il incombe à la Cour d'avoir recours à cette sensibilisation, les États se sont engagés formellement à coopérer avec la Cour et donc sont dans une position idoine pour l'assister dans sa mission.

Privée, elle aussi, d'une force coercitive, la Cour dépend du bon vouloir des États, pour mener à bien ses investigations et exécuter ses décisions. Par contre, la CPI ne peut pas contraindre un État à lui remettre un inculpé, d'autant plus quand ce dernier est chef de l'État et jouit du soutien de nombre de ses homologues, présidents. Ainsi, le président soudanais Omar Al Bashir, bien que visé par deux mandats d'arrêt internationaux, se déplace dans de nombreuses capitales africaines. Il faut dire que la décision de la CPI de poursuivre le chef de l'État en exercice du Soudan provoqua une grande animosité de l'UA qui condamna avec force la décision de la CPI et annonça son refus d'obéir aux injonctions du tribunal.

La CPI fut installée en tant que juridiction ultime, n'intervenant et ne se déclarant compétente que lorsque les tribunaux nationaux refuseraient ou se montreraient incapables de poursuivre les auteurs présumés de génocide, crimes de guerre et crimes contre l'humanité.

³⁷⁴ *Ibid.* à l'art. 87(5)(a).

Plusieurs États parties de la CPI ont adapté leurs législations afin d'y introduire ce principe de « *compétence universelle* », permettant ainsi à leurs tribunaux d'engager des poursuites dans les cas de graves violations du droit humanitaire international. Cela permit l'arrestation, le 16 octobre 1998 à Londres, sur demande de la justice espagnole de l'ancien président chilien Augusto Pinochet. L'innovation majeure de *l'Affaire Pinochet* réside dans le fait que sa conduite, bien qu'officielle, constituait un crime qui imposait une restriction limitée des immunités en matière pénale.

En effet, c'est le caractère à ce point attentatoire à la dignité et aux valeurs juridiques de la société internationale qui justifie que son instigateur perde toute immunité et ceci malgré sa qualité officielle d'ancien représentant d'un État. Lors du procès du Tribunal de Nuremberg, on avait souligné que « la protection que le droit international assure aux représentants de l'État ne saurait s'appliquer à des actes criminels. »³⁷⁵

Dans *l'Affaire Mandat d'arrêt*, la CIJ a rappelé qu'il est essentiel de respecter la coutume internationale actuellement reconnue concernant l'immunité des chefs d'États. Par contre, si l'Immunité doit être respectée au 21^e siècle, car elle est la garante du bon fonctionnement des États et de la communauté internationale, elle devrait aussi être levée dans les situations qui ne respectent pas la raison d'être de l'immunité.

La question est donc de déterminer si certains crimes internationaux, tels que le génocide, les actes de torture, la prise d'otages ou le terrorisme, peuvent constituer une exception au principe de l'immunité absolue d'un chef d'État. On peut dire que telle était non seulement l'intention de la communauté internationale à Rome mais que cela était le but de la création de cette institution pénale permanente qui devait mettre fin à l'impunité des criminels les plus dangereux et les plus difficiles à atteindre.

³⁷⁵ Procès des grands criminels de guerre, *supra* note 5.

ANNEXE

LES DISPOSITIONS EN CAUSE

STATUT DE ROME

Préambule

Les États Parties au présent *Statut*,

Conscients que tous les peuples sont unis par des liens étroits et que leurs cultures forment un patrimoine commun, et soucieux du fait que cette mosaïque délicate puisse être brisée à tout moment,

Ayant à l'esprit qu'au cours de ce siècle, des millions d'enfants, de femmes et d'hommes ont été victimes d'atrocités qui défient l'imagination et heurtent profondément la conscience humaine,

Reconnaissant que des crimes d'une telle gravité menacent la paix, la sécurité et le bien-être du monde,

Affirmant que les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis et que leur répression doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national et par le renforcement de la coopération internationale,

Déterminés à mettre un terme à l'impunité des auteurs de ces crimes et à concourir ainsi à la prévention de nouveaux crimes,

Rappelant qu'il est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux,

Réaffirmant les buts et principes de la Charte des Nations Unies et, en particulier, que tous les États doivent s'abstenir de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies,

Soulignant à cet égard que rien dans le présent *Statut* ne peut être interprété comme autorisant un État Partie à intervenir dans un conflit armé ou dans les affaires intérieures d'un autre État,

Déterminés, à ces fins et dans l'intérêt des générations présentes et futures, à créer une cour pénale internationale permanente et indépendante reliée au système des Nations Unies, ayant compétence à l'égard des crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale,

Soulignant que la cour pénale internationale dont le présent *Statut* porte création est complémentaire des juridictions pénales nationales, Résolus à garantir durablement le respect de la justice internationale et sa mise en oeuvre,

Article 5

Crimes relevant de la compétence de la Cour

1. La compétence de la Cour est limitée aux crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale. En vertu du présent *Statut*, la Cour a compétence à l'égard des crimes suivants :
 - a) Le crime de génocide ;
 - b) Les crimes contre l'humanité ;
 - c) Les crimes de guerre ;
 - d) Le crime d'agression.
2. La Cour exercera sa compétence à l'égard du crime d'agression quand une disposition aura été adoptée conformément aux articles 121 et 123, qui définira ce crime et fixera les conditions de l'exercice de la compétence de la Cour à son égard. Cette disposition devra être compatible avec les dispositions pertinentes de la Charte des Nations Unies.

Article 21

Droit applicable

1. La Cour applique :

- a) En premier lieu, le présent *Statut*, les éléments des crimes et le Règlement de procédure et de preuve ;
 - b) En second lieu, selon qu'il convient, les traités applicables et les principes et règles du droit international, y compris les principes établis du droit international des conflits armés ;
 - c) À défaut, les principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde, y compris, selon qu'il convient, les lois nationales des États sous la juridiction desquels tomberait normalement le crime, si ces principes ne sont pas incompatibles avec le présent *Statut* ni avec le droit international et les règles et normes internationales reconnues.
2. La Cour peut appliquer les principes et règles de droit tels qu'elle les a interprétés dans ses décisions antérieures.

3. L'application et l'interprétation du droit prévues au présent article doivent être compatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnus et exemptes de toute discrimination fondée sur des considérations telles que l'appartenance à l'un ou l'autre sexe tel que défini à l'article 7, paragraphe 3, l'âge, la race, la couleur, la langue, la religion ou la conviction, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale, ethnique ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre qualité.

Article 22

Nullum crimen sine lege

1. Une personne n'est responsable pénalement en vertu du présent *Statut* que si son comportement constitue, au moment où il se produit, un crime relevant de la compétence de la Cour.
2. La définition d'un crime est d'interprétation stricte et ne peut être étendue par analogie. En cas d'ambiguïté, elle est interprétée en faveur de la personne qui fait l'objet d'une enquête, de poursuites ou d'une condamnation.
3. Le présent article n'empêche pas qu'un comportement soit qualifié de crime au regard du droit international, indépendamment du présent *Statut*.

Article 23

Nulla poena sine lege

Une personne qui a été condamnée par la Cour ne peut être punie que conformément aux dispositions du présent *Statut*.

Article 24

Non-rétroactivité ratione personae

1. Nul n'est pénalement responsable, en vertu du présent *Statut*, pour un comportement antérieur à l'entrée en vigueur du *Statut*.
2. Si le droit applicable à une affaire est modifié avant le jugement définitif, c'est le droit le plus favorable à la personne faisant l'objet d'une enquête, de poursuites ou d'une condamnation qui s'applique.

Article 25

Responsabilité pénale individuelle

1. La Cour est compétente à l'égard des personnes physiques en vertu du présent *Statut*.
2. Quiconque commet un crime relevant de la compétence de la Cour est individuellement responsable et peut être puni conformément au présent *Statut*.

3. Aux termes du présent *Statut*, une personne est pénalement responsable et peut être punie pour un crime relevant de la compétence de la Cour si :
- a) Elle commet un tel crime, que ce soit individuellement, conjointement avec une autre personne ou par l'intermédiaire d'une autre personne, que cette autre personne soit ou non pénalement responsable ;
 - b) Elle ordonne, sollicite ou encourage la commission d'un tel crime, dès lors qu'il y a commission ou tentative de commission de ce crime ;
 - c) En vue de faciliter la commission d'un tel crime, elle apporte son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance à la commission ou à la tentative de commission de ce crime, y compris en fournissant les moyens de cette commission ;
 - d) Elle contribue de toute autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime par un groupe de personnes agissant de concert. Cette contribution doit être intentionnelle et, selon le cas :
 - i) Viser à faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe, si cette activité ou ce dessein comporte l'exécution d'un crime relevant de la compétence de la Cour ; ou
 - ii) Être faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime ;
 - e) S'agissant du crime de génocide, elle incite directement et publiquement autrui à le commettre ;
 - f) Elle tente de commettre un tel crime par des actes qui, par leur caractère substantiel, constituent un commencement d'exécution mais sans que le crime soit accompli en raison de circonstances indépendantes de sa volonté. Toutefois, la personne qui abandonne l'effort tendant à commettre le crime ou en empêche de quelque autre façon l'achèvement ne peut être punie en vertu du présent *Statut* pour sa tentative si elle a complètement et volontairement renoncé au dessein criminel.

4. Aucune disposition du présent *Statut* relative à la responsabilité pénale des individus n'affecte la responsabilité des États en droit international.

Article 26

Incompétence à l'égard des personnes de moins de 18 ans

La Cour n'a pas compétence à l'égard d'une personne qui était âgée de moins de 18 ans au moment de la commission prétendue d'un crime.

Article 27

Défaut de pertinence de la qualité officielle

1. Le présent *Statut* s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle. En particulier, la qualité officielle de chef d'État ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent d'un État, n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale au regard du présent *Statut*, pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine.
2. Les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne.

Article 28

Responsabilité des chefs militaires et autres supérieurs hiérarchiques

Outre les autres motifs de responsabilité pénale au regard du présent *Statut* pour des crimes relevant de la compétence de la Cour :

a) Un chef militaire ou une personne faisant effectivement fonction de chef militaire est pénalement responsable des crimes relevant de la compétence de la Cour commis par des forces placées sous son commandement et son contrôle effectifs, ou sous son autorité et son contrôle effectifs, selon le cas, lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces forces dans les cas où :

i) Ce chef militaire ou cette personne savait, ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir, que ces forces commettaient ou allaient commettre ces crimes ; et

ii) Ce chef militaire ou cette personne n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites ;

b) En ce qui concerne les relations entre supérieur hiérarchique et subordonnés non décrites au paragraphe a), le supérieur hiérarchique est pénalement responsable des crimes relevant de la compétence de la Cour commis par des subordonnés placés sous son autorité et son contrôle effectifs, lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces subordonnés dans les cas où :

i) Le supérieur hiérarchique savait que ces subordonnés commettaient ou allaient commettre ces crimes ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement ;

ii) Ces crimes étaient liés à des activités relevant de sa responsabilité et de son contrôle effectifs ; et

iii) Le supérieur hiérarchique n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites.

Article 86

Obligation générale de coopérer

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

Article 87

Demandes de coopération : dispositions générales

1. a) La Cour est habilitée à adresser des demandes de coopération aux États Parties. Ces demandes sont transmises par la voie diplomatique ou toute autre voie appropriée que chaque État Partie choisit au moment de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation du présent *Statut* ou de l'adhésion à celui-ci. Toute modification ultérieure du choix de la voie de transmission est faite par chaque État Partie conformément au Règlement de procédure et de preuve.
- b) S'il y a lieu, et sans préjudice des dispositions de l'alinéa a), les demandes peuvent être également transmises par l'Organisation internationale de police criminelle (INTERPOL) ou par toute organisation régionale compétente.
2. Les demandes de coopération et les pièces justificatives y afférentes sont soit rédigées dans une langue officielle de l'État requis ou accompagnées d'une traduction dans cette langue, soit rédigées dans l'une des langues de travail de la Cour ou accompagnées d'une traduction dans l'une de ces langues, selon le choix fait par l'État requis au moment de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation du présent *Statut* ou de l'adhésion à celui-ci. Toute modification ultérieure de ce choix est faite conformément au Règlement de procédure et de preuve.
3. L'État requis respecte le caractère confidentiel des demandes de coopération et des pièces justificatives y afférentes, sauf dans la mesure où leur divulgation est nécessaire pour donner suite à la demande.
4. En ce qui concerne les demandes d'assistance présentées au titre du présent chapitre, la Cour peut prendre, notamment en matière de protection des renseignements, les mesures qui peuvent être nécessaires pour garantir la sécurité et le bien-être physique ou psychologique des victimes, des témoins potentiels et des membres de leur famille. La Cour peut demander que tout

renseignement fourni au titre du présent chapitre soit communiqué et traité de telle sorte que soient préservés la sécurité et le bien-être physique ou psychologique des victimes, des témoins potentiels et des membres de leur famille.

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

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

- 2 La Cour peut demander des renseignements ou des documents à toute organisation intergouvernementale. Elle peut également solliciter d'autres formes de coopération et d'assistance dont elle est convenue avec une organisation intergouvernementale et qui sont conformes aux compétences ou au mandat de celle-ci.
- 3 Si un État Partie n'accède pas à une demande de coopération de la Cour contrairement à ce que prévoit le présent *Statut*, et l'empêche ainsi d'exercer les fonctions et les pouvoirs que lui confère le présent *Statut*, la Cour peut en prendre acte et en référer à l'Assemblée des États Parties ou au Conseil de sécurité lorsque c'est celui-ci qui l'a saisie.

Article 88

Procédures disponibles selon la législation nationale

Les États Parties veillent à prévoir dans leur législation nationale les procédures qui permettent la réalisation de toutes les formes de coopération visées dans le présent chapitre.

Article 89

Remise de certaines personnes à la cour

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

prévu à l'article 20, l'État requis consulte immédiatement la Cour pour savoir s'il y a eu en l'espèce une décision sur la recevabilité. S'il a été décidé que l'affaire est recevable, l'État requis donne suite à la demande. Si la décision sur la recevabilité est pendante, l'État requis peut différer l'exécution de la demande jusqu'à ce que la Cour ait statué.

3. a) Les États Parties autorisent le transport à travers leur territoire, conformément aux procédures prévues par leur législation nationale, de toute personne transférée à la Cour par un autre État, sauf dans le cas où le transit par leur territoire gênerait ou retarderait la remise.

b) Une demande de transit est transmise par la Cour conformément à l'article 87. Elle contient :

- i) Le signalement de la personne transportée ;
- ii) Un bref exposé des faits et de leur qualification juridique ; et
- iii) Le mandat d'arrêt et de remise ;

c) La personne transportée reste détenue pendant le transit.

d) Aucune autorisation n'est nécessaire si la personne est transportée par voie aérienne et si aucun atterrissage n'est prévu sur le territoire de l'État de transit.

e) Si un atterrissage imprévu a lieu sur le territoire de l'État de transit, celui-ci peut exiger de la Cour la présentation d'une demande de transit dans les formes prescrites à l'alinéa b). L'État de transit place la personne transportée en détention jusqu'à la réception de la demande de transit et l'accomplissement effectif du transit. Toutefois, la détention au titre du présent alinéa ne peut se prolonger au-delà de 96 heures après l'atterrissage imprévu si la demande n'est pas reçue dans ce délai.

4. Si la personne réclamée fait l'objet de poursuites ou exécute une peine dans l'État requis pour un crime différent de celui pour lequel sa remise à la Cour est demandée, cet État, après avoir décidé d'accéder à la demande de la Cour, consulte celle-ci.

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

b) Si, ayant conclu avec la Cour un arrangement ad hoc ou un accord, un État non partie au présent *Statut* n'apporte pas l'assistance qui lui est demandée en vertu de cet arrangement ou de cet accord, la Cour peut en informer

l'Assemblée des États Parties, ou le Conseil de sécurité lorsque c'est celui-ci qui l'a saisie.

6. La Cour peut demander des renseignements ou des documents à toute organisation intergouvernementale. Elle peut également solliciter d'autres formes de coopération et d'assistance dont elle est convenue avec une organisation intergouvernementale et qui sont conformes aux compétences ou au mandat de celle-ci.
7. Si un État Partie n'accède pas à une demande de coopération de la Cour contrairement à ce que prévoit le présent *Statut*, et l'empêche ainsi d'exercer les fonctions et les pouvoirs que lui confère le présent *Statut*, la Cour peut en prendre acte et en référer à l'Assemblée des États Parties ou au Conseil de sécurité lorsque c'est celui-ci qui l'a saisie.

Article 98

Coopération en relation avec la renonciation à l'immunité et le consentement à la remise

1. La Cour ne peut poursuivre l'exécution d'une demande de remise ou d'assistance qui contraindrait l'État requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en droit international en matière d'immunité des États ou d'immunité diplomatique d'une personne ou de biens d'un État tiers, à moins d'obtenir au préalable la coopération de cet État tiers en vue de la levée de l'immunité.
2. La Cour ne peut poursuivre l'exécution d'une demande de remise qui contraindrait l'État requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en vertu d'accords internationaux selon lesquels le consentement de l'État d'envoi est nécessaire pour que soit remise à la Cour une personne relevant de cet État, à moins que la Cour ne puisse au préalable obtenir la coopération de l'État d'envoi pour qu'il consente à la remise.

BIBLIOGRAPHIE

MONOGRAPHS

Antonio Cassese, Paola Gaeta et John R. W. D. Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford : Oxford University Press, 2002.

Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford : Oxford University Press, 2003.

Bruce Broomhall, *International Justice and The international Criminal Court: Between Sovereignty and the rule of law*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

Dominic McGoldrick, Peter Rowe et Éric Donnelly, *The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues*, Oxford, Portland Oregon : Hart Publishing 2004.

Knut Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge, Cambridge: University Press, 2003.

Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, Oxford : Oxford University Press, 2001.

Lon L. Fuller, *The morality of law*, New Haven : Yale University Press, 1969.

Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2e éd, Baden Baden : C.H. Beck, Hart et Nomos, 2008.

Otto Triffterer, "Implications of ratification and implementation processes", dans "The Rome Statute and Domestic Legal Orders", Baden Baden: Verlag C.H. Beck et Nomos, 2000.

Pierre Truche, *Juger les crimes contre l'humanité, 20 ans après le procès Barbie*, École normale supérieure Lettres et sciences humaines, Vol. 1, Lyon : ENS Éditions, 2009.

Robert Cryer, Darryl Robinson et Elizabeth Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge : Cambridge University Press, 2007.

Roy S. Lee, *The International Criminal Court : The Making of the Rome Statute*, The Hague, London, Boston : Kluwer Law International, 1999.

Stephen J. Toope et Jutta Brunnée, *Legitimacy and legality in international law: An interactional account*, Cambridge Studies in international and comparative law, 2010.

William A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, 2^e éd., Cambridge : Cambridge University Press, 2004.

ARTICLES DE REVUES SCIENTIFIQUES ET D'OUVRAGE COLLECTIFS

Andreas L. Paulus, "Legalist Groundwork for the International Criminal Court: Commentaries on the Statute of the International Criminal Court", (2003)14 *EJIL*, pp. 843-860.

Antonio Cassese, « Confirmation des principes de droit international reconnus par le Statut du Tribunal de Nuremberg » United Nations Audiovisual Library of International Law, Nations Unies 2009.

Antoine Garapon et Joël Hubrecht, « La justice pénale internationale entre la balance et le sablier – Réflexions sur le procès Milosevic » (2002) *Esprit* 186, pp. 33 et s.

Cherif Bassiouni, « From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court » (1997) 10 *Harv. Hum. Rts. J.* p. 11.

Dino Rinoldi et Nicoletta Parisi, « International co-operation and judicial assistance between the International Criminal Court and States parties » dans Flavia Lattanzi et William Schabas, *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, Il sirente, 2000, pp. 339-390.

Doucet G. "La responsabilité pénale des dirigeants en exercice", *Actualité et Droit International*, janvier 2001.

Éric David, *Le Tribunal international pénale pour l'ex-Yougoslavie*, 1992 2 *R.B.D.I.* pp. 565-598.

Fichet I. et Boyle D. "Le jugement de la Chambre des Lords dans l'Affaire Pinochet: un commentaire", *Actualité et Droit International*, décembre 1998.

Forcade Olivier « Nuremberg et Tokyo : le droit introuvable » dans *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*. (1996) avril-juin N°50, pp. 126- 128.

G. Petrequin "*Le crime contre l'humanité: Histoire d'une prise de conscience*"(1994) Paris, Le monde juif , p. 80.

Göran Sluiter, « *Obtaining Cooperation from Sudan – Where is the Law ?* », (2008) 6 *JICJ* pp. 876-884 à la p. 877.

H. Donnedieu de Vabres, « *Le procès de Nuremberg devant les principes modernes de droit pénal international* » (1947) 70 *R.C.A.D.I.*, pp. 477-582.

H-L. Kieser "*La question arménienne et la Suisse (1896-1923)*" (1999) Chronos Velag, Zurich, p.35.

Jacques B. Mbokani, « *La Cour Pénale internationale : Une Cour contre les africains ou une cour attentive à la souffrance des victimes africaines?* » (2007) 26.2 *Revue Québécoise de DI* 47.

Lucile Abassade, « *À propos de l’Affaire Pinochet* » Rapport droit interne et droit international ou européen, Université Paris Ouest, 2007.

Maria Luisa Cesoni et Damien Scalia, « *Juridictions Pénales Internationales et Conseil de sécurité : Une justice Politisée* », (2012) 25.2 *RQDI* 37.

Markus Benzing "*The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight against Impunity* » , *Max Planck Yearbook Un Law* (2003) Vol. 7, pp. 591-632.

Mireille Delmas-Marty, « *La responsabilité pénale en échec prescription, amnistie, immunités* » dans Antonio Cassese et Mireille Delmas-Marty, dir., *Crimes internationaux et juridictions nationales*, Paris , 2001, 371.

M.P. Scharf, « *Results of the Rome Conference for an International criminal court* », *A.S.I.L. Insights*, n° 20, 1998, en ligne : « <http://www.asil.org/insigh23.cfm> ».

Muxarat A. "*Immunité de l'ex-chef d'État et compétence universelle: quelques réflexions et propos de l’Affaire Pinochet*", *Actualité et Droit International*, décembre 1998.

Mochochoko P., « *International cooperation and judicial assistance* », dans Roy S. Lee, *The International Criminal Court : The making of the Rome statute*, The Hague, London, Boston : Kluwer law international, 1999, pp. 305-317.

Mohammed AYAT, « *Immunité des chefs d'État en exercice et justice pénale internationale* », dans *Livre noir – Terrorisme et responsabilité pénale internationale*, Paris : Éd. S.O.S. Attentats 2002.

Nicole Dalpe, « *L’Affaire Pinochet* » Institut Québécoise des Hautes Etudes Internationales, Université laval (1999) Bulletin No 40.

Paola Gaeta , « *The ICC Changes Its Mind on the Immunity from Arrest of President Al Bashir, But It Is Wrong Again* » 23 avril 2014, en ligne : « <http://opiniojuris.org> ».

Pierre Jolicoeur « *Le procès de Milosevic : le début d'une saga judiciaire* », (2002) 3, Points de mire, Centre d'études des politiques étrangères et de sécurité, en ligne : « <http://www.er.uqam.ca> »

Philippe Kirsch et Daryl Robinson “Sécurité Humaine et Puissance de la Persuasion: La Conférence de Rome sur la Cour Pénale Internationale” (1999) 12.1 RQDI 125.

Philippe Currat, « *L’interprétation du Statut de Rome* », (2007) 20.1 RQDI 137.

Philippe Kirsch, « *La Cour pénale internationale face à la souveraineté des États* », dans Antonio Cassese et M. Delmas-Marty, dir, *Juridictions internationales et crimes internationaux*, Paris : PUF, 2002, pp. 31-37.

Philippe Kirsch, « *La Cour Pénale Internationale : De Rome à Kampala* », dans Julian Fernandez et Xavier Pacreau dir., *Commentaire du Statut de Rome de la CPI*, Paris : A. Pedone, 2012, pp.25-46.

Saland, “*International Criminal Law Principles*”, dans Roy S. Lee, *The International Criminal Court : The Making of the Rome Statute*, The Hague, London, Boston : Kluwer Law International, 1999 202.

Sévane Garibian, “*Génocide arménien et conceptualisation du crime contre l'humanité : de l'intervention pour cause d'humanité à l'intervention pour violation des lois de l'humanité*” (2003) no. 177 – 178 Revue d'Histoire de la Shoah, p. 274-294.

Swart B. et Sluiter G., « *The International Criminal Court and international criminal cooperation* », dans Herman Von Hebel, Johan Lammers et Julian Schukking, *Reflections on the International Criminal Court*, The Hague : TMC AsserPress, 1999,

pp. 91-127.

Téléphore Ondo, *Réflexions sur la responsabilité Pénale internationale du Chef d'État Africain*, RTDH, Université De Reims, 2005.

William A. Schabas, « *Le tribunal spécial pour le Liban fait-il partie de la catégorie de certaines juridictions pénales internationales ?* », (2007) Hors-Série Revue québécoise de DI 119.

CONVENTIONS ET TRAITÉS INTERNATIONAUX ET RÉGIONAUX

Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire, Londres, R.T.N.U., 82, pp.281-301 (8 août 1945).

Convention de Genève du 12 août 1949 pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, (1950) 75 R.T.N.U. 31.

Convention de Genève du 12 août 1949 pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, (1950) 75 R.T.N.U. 85.

Convention de Genève du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre, (1950) 75 R.T.N.U. 135.

Convention de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, (1950) 75 R.T.N.U. 171.

Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, (18 avril 1961) 500 R.T.N.U.95.

Convention de Vienne sur le droit des traités, (23 mai 1969) 1155 R.T.N.U. 331.

Convention de Vienne sur les relations consulaires, (24 avril 1963) R.T.N.U. 596, p.261.

Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, Rés. AG 217 (III), Doc. off AG NU, 3e sess., supp. no 13, Doc. NU A/810 (1948) 71.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171, R.T. Cano 1976 no 47, 6 I.L.M. 368.

Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, 9 décembre

1948, R.T.N.U. 78, p.277.

Affirmation of the Principles of International Law, recognized by the Charter of the Nüremberg Tribunal, Doc. NU. A/RES/1-95, (1946).

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, R.T.N.U. 1465, p. 85., Doc. NU A/39/51 (1984).

Convention de New York sur les missions spéciales, R.T.N.U. 1400, p. 231. (8 décembre 1969)

Convention de Rome, portant Statut de la Cour pénale internationale. Doc. Off. NU. A/CONF/183/9), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale* entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2002, 2187 U.N.T.S. 90 (1998) 37 I.L.M. 999.

Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, (1977) 1125 R.T.N.U. 3;

Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, (1977), 1125 R.T.N.U. 609.

Principes du droit international consacrés par le Statut du tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal, 1950, en ligne : « <http://www.icrc.org/dih.nsf/full/390> ».

Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 2187 R.T.N.U. 3 (17 juillet 1998).

Statut du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie, Doc. Off. Conseil de sécurité NU S/RES/827, 3217^e séance (22 février 1993)

Statut du Tribunal pénal pour le Rwanda, Doc. Off. Conseil de sécurité NU S/RES/955, 3453^e séance (8 novembre 1994)

Statut du tribunal spécial pour la Sierra Leone, Doc. Off. Conseil de sécurité NU S/RES/1315 , Conseil de sécurité 2178 R.T.N.U. 161 (16 janvier 2002)

DOCUMENTS DES NATIONS UNIES

Conseil de sécurité, *Résolution 1593 (2005)*, Doc. Off. NU S/RES/1593 (2005).

Conseil de sécurité, *Résolution 1497 (2003)*, Doc. Off. NU/S/RES/1497 (2003).

Conseil de sécurité, *Résolution 1487 (2003)*, Doc. Off. NU/S/RES/1487 (2003).

Conseil de sécurité, *Résolution 1422 (2002)*, Doc. Off. NU/S/RES/1422 (2002).

Conseil de sécurité, *Résolution 808 (1993)*, Doc. Off. NU S/RES/827 (1993).

Conseil de Sécurité, *Résolution 955 (1994)*, Doc. Off. NU S/RES/955 (1994).

Conseil de sécurité, *Résolution 1564 (2004)* Doc. Off. NU S/RES/1564 (2004).

Charte des Nations Unies, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 no 7.

Commission du droit internationale, Assemblée générale, Doc. Off. 63^e sess. suppl. No. 10 (A/66/10), en ligne : « <http://legal.un.org> » .

Commission du droit internationale, Assemblée générale, Doc. Off. 68^e sess. suppl. No. 10 (A/68/10), en ligne : « <http://legal.un.org> » .

Commission du Droit international, Rapport sur la 66^e session par la rapporteuse spéciale, Doc. Off. sess. A/69/10, en ligne : « <http://legal.un.org> » .

Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale, *Résumé des travaux du Comité préparatoire au cours de la période allant du 25 mars au 12 avril 1996*, 7 mai 1996, Doc. Off. UN A/AC.249/1.

Cour Pénale Internationale, « *Procédures de l'Assemblée concernant la non-coopération* » (ICC-ASP/10/Res.5, annexe)

DOCUMENTS OFFICIELS

Assemblée de l'Union africaine, « *Décision sur la mise en oeuvre de la Décision Assembly/AU/Dec. 270 (XIV) relative à la deuxième réunion ministérielle sur le Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI)* », Doc. Assembly/AU/Dec. 296 (XV), Kampala, 27 juillet 2010.

Communiqué de presse sur les Décisions ICC-02/05-01/09-139 et ICC-02/05-01/09-140 des 12 et 13 décembre 2011, respectivement, de la Chambre préliminaire I de la Cour pénale internationale (CPI) relatives au prétendu refus de la République du Malawi et de la République du Tchad d'accéder aux demandes de coopération émises par la CPI dans le cadre de l'arrestation et de la remise du Président Omar Al Bashir de la République du Soudan, Addis-Abeba, le 9 janvier 2012, Union Africaine, en ligne : « <http://www.au.int/> »

Conseil de sécurité, Rapport de la Commission internationale d'enquête sur le Darfour au Secrétaire général Rapport établi en application de la résolution 1564 (2004) du Conseil de sécurité, en date du 18 septembre 2004, S/2005/60, 1^{er} février 2005.

Décision de l'Union Africaine, Assembly / AU / Dec. 245 (XIII) 13e session ordinaire de la Conférence des Chefs d'État et de gouvernement, 1-3 juillet 2009, en ligne : « <http://www.au.int/en> ».

Décision de l'Union Africaine, Ext/Assembly/AU/Dec.1, le 12 octobre 2013, en ligne : « <http://www.au.int/en> ».

La Cour pénale internationale, manuel de ratification et de mise en œuvre du Statut de Rome, Le Centre international pour la réforme du droit criminel et la politique en matière de justice pénale (CIRDC), 2^e édition, mars 2003.

Nations Unies, section À propos du Tribunal Pénal Internationale pour le Rwanda, Synthèse des procédures, en ligne : « <http://www.un.org/icty/index-f.html>. »

Nations Unies, *Rapport sur la situation des droits de l'homme au Rwanda*, Commission des droits de l'Homme, Conseil Économique et social, 51e session, NU E/CN.4/1995/7, 28 juin 1994.

Rapport du Bureau relatif au défaut de coopération, Cour Pénale Internationale, Assemblée des États Parties, ICC-ASP/11/29, Onzième session, La Haye, 1e novembre 2012.

Rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, « *Coopération avec la Cour pénale internationale et universalité de cette instance* », Assemblée Parlementaire, Conseil de l'Europe, Doc.11722, 3 octobre 2008.

« *Strengthening the International Criminal Court and the Assembly of States Parties* », Résolution ICC-ASP/10/Res.5 (le 21 décembre 2011);

JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

Affaire du détroit de Corfou (Albanie vs Gde Bretagne) CIJ, Rec. 1949 (Cour Internationale de Justice).

Affaire Nicaragua (USA vs Nicaragua) CIJ, Rec. 1986, (Cour Internationale de Justice) pp. 14-150.

Affaire Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique) C.I.J. 2002 (Cour Internationale de Justice), en ligne : « <http://www.icj-cij.org> ».

Cambodge c. Thaïlande, Exceptions préliminaires, 1961 C.I.J. rec.17 (Cour Internationale de Justice).

Décision en application de l'article 87(7) du Statut de Rome sur le défaut de la République du Malawi de satisfaire aux demandes de coopération émises par la Cour au sujet de l'arrestation et de la remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir », ICC-02/05-01/09-139, 12 décembre 2011 (Cour Pénale Internationale).

Décision en application de l'article 87(7) du Statut de Rome sur le défaut de la République du Tchad de satisfaire aux demandes de coopération émises par la Cour au sujet de l'arrestation et de la remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir », ICC-02/05-01/09-140, 13 décembre 2011 (Cour Pénale Internationale).

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 (Cour Pénale Internationale)

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 (Cour Pénale Internationale)

Décision informant le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies et l'Assemblée des États Parties au Statut de Rome de la récente visite d'Omar Al Bashir à Djibouti, 12 mai 2010, ICC-02/05-01/09 (Cour Pénale Internationale)

État d'Israël c. Eichmann, 1962, 36 ILR 277 (Cour suprême d'Israël).

Éthiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud, Exceptions préliminaires (1962) C.I.J. rec.319 (Cour Internationale de Justice).

Jugement du Tribunal Militaire de Nuremberg, The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany, Part 22 (22 août 1946 to 1e octobre 1946)

Jugment - Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet, Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division) , 24 mars 1999, en ligne : « <http://www.publications.parliament.uk> »

Le Procureur c. Dusko Tadić, IT-94-1-T, jugement et opinion, Chambre de première instance, 7 mai 1997 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie).

Le Procureur c. Dusko Tadić, affaire n° IT-94-1-A, Chambre d'appel, 15 juillet 1999 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie).

Le Procureur c. Muammar Mohammed Abu Minyar Kadhafi, Saif Al-Islam Kadhafi and Abdullah Al-Senussi, Affaire no ICC-01/11, Chambre préliminaire I, 27 juin 2011.

Situation en République démocratique du Congo, (Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo), Affaire n°ICC-01/04-01/06-803, Chambre préliminaire I, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007 (Cour Pénale Internationale).

Situation en République Démocratique du Congo (Affaire le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo), Chambre préliminaire I, ICC-01/04-01/07, 10 février 2006 (Cour Pénale Internationale).

Situation en République de Côte d'Ivoire, Affaire no ICC-02/11, Chambre préliminaire III, , 3 octobre 2011 (Cour Pénale Internationale).

Situation en République centrafricaine,(Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo), Affaire n°ICC-01/05-01/08-15, Chambre préliminaire III, 10 juin 2008 (Cour Pénale Internationale)

Situation en République du Kenya, Affaire n°ICC-01/09-3 et ses annexes, Bureau du Procureur, Request for authorization of an investigation pursuant to Article 15, 26 novembre 2009 (Cour Pénale Internationale)

Situation au Darfour (Affaire le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir), Chambre préliminaire I, Mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, 4 mars 2009 (Cour Pénale Internationale).

Situation au Darfour (Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir), Chambre Préliminaire II, ICC-02/05-01/09, 18 September 2013 (Cour Pénale Internationale).

Situation au Darfour (Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir), ICC-02/05-01/09, 9 avril 2014 (Cour Pénale Internationale).

Situation au Darfour (Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir), ICC-02/05-01/09, 3 juillet 2014 (Cour Pénale Internationale).