

Nouveaux développements relatifs à l'article 98-1 du *Statut de Rome*

Tiphaine Demaria

Special Issue, December 2017

Études de certains grands enjeux de la justice internationale pénale

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1056227ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1056227ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Demaria, T. (2017). Nouveaux développements relatifs à l'article 98-1 du *Statut de Rome*. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 125–141. <https://doi.org/10.7202/1056227ar>

Article abstract

Article 98-1 of the *Rome Statute* regulates the particular situation in which the International Criminal Court (ICC) requests that a Member state surrender an accused benefiting from immunities granted by a non-party state. In such a case, the Court must obtain beforehand the withdrawal of this protection by the third-party state. This provision – relatively technical – did not lead one to expect the legal battle undertaken since between the Court and several states about the Sudanese President, Omar Al Bashir. Al Bashir, subject to an arrest warrant since 2009, has not yet been arrested and turned over, despite being welcomed by ICC Member states in the context of his numerous diplomatic travels. Citing the above-mentioned provision, these states argue that, for lack of a waiver of immunity by the Republic of Sudan, they cannot comply with the Court's requests. In July 2017, a Pre-Trial Chamber inaugurated a third legal position justifying the turning over of President Al Bashir, notwithstanding the above-mentioned provision, based on Resolution 1593 (2005) of the Security Council. This article examines this legal *imbroglio*, and analyzes the reasons for which this third path should not, the author argues, constitute the last one.

NOUVEAUX DÉVELOPPEMENTS RELATIFS À L'ARTICLE 98-1 DU *STATUT DE ROME*

*Tiphaine Demaria**

L'article 98-1 du *Statut de Rome* régit la situation particulière dans laquelle la Cour pénale internationale requiert d'un État partie la remise d'un accusé disposant d'immunités émanant d'un État non partie. Dans ce cas, la Cour doit préalablement obtenir la levée de cette protection par l'État tiers. Cette disposition – relativement technique – ne laissait présager lors de son adoption la bataille judiciaire engagée depuis entre la Cour et de nombreux États à propos du Président soudanais, Omar Al Bashir. Ce dernier, soumis à un mandat d'arrêt depuis 2009, n'a toujours pas été arrêté et livré malgré son accueil par des États membres de la CPI lors de nombreux déplacements diplomatiques. Se fondant sur la disposition précitée, ces États avancent que, faute de renonciation à l'immunité par la République du Soudan, ils ne peuvent faire droit aux demandes de la Cour. En juillet 2017, une Chambre préliminaire a inauguré une troisième position juridique justifiant la remise du Président Al Bashir, nonobstant la disposition précitée, en se fondant sur la Résolution 1593 (2005) du Conseil de sécurité. Cet article examine cet *imbroglio* juridique, et analyse les raisons pour lesquelles cette troisième voie ne devrait, de l'avis de l'auteur, être la dernière.

Article 98-1 of the *Rome Statute* regulates the particular situation in which the International Criminal Court (ICC) requests that a Member state surrender an accused benefiting from immunities granted by a non-party state. In such a case, the Court must obtain beforehand the withdrawal of this protection by the third-party state. This provision – relatively technical – did not lead one to expect the legal battle undertaken since between the Court and several states about the Sudanese President, Omar Al Bashir. Al Bashir, subject to an arrest warrant since 2009, has not yet been arrested and turned over, despite being welcomed by ICC Member states in the context of his numerous diplomatic travels. Citing the above-mentioned provision, these states argue that, for lack of a waiver of immunity by the Republic of Sudan, they cannot comply with the Court's requests. In July 2017, a Pre-Trial Chamber inaugurated a third legal position justifying the turning over of President Al Bashir, notwithstanding the above-mentioned provision, based on Resolution 1593 (2005) of the Security Council. This article examines this legal *imbroglio*, and analyzes the reasons for which this third path should not, the author argues, constitute the last one.

El artículo 98 (1) del *Estatuto de Roma* rige la situación especial en que la Corte Penal Internacional exige a un Estado Parte que entregue a un acusado las inmunidades de un Estado no Parte. En este caso, el Tribunal primero debe obtener el levantamiento de esta protección por parte del tercer Estado. Esta disposición - relativamente técnica - dejaba presagiar en el momento de su adopción la batalla judicial voluntaria después entre la Corte y de numerosos Estados a propósito del Presidente sudanés, Omar Al Bashir. Este último, sometido a una orden de detención desde el 2009, no ha sido detenido ni entregado a pesar de su acogida por Estados miembro de la CPI en el momento de numerosos desplazamientos diplomáticos. Fundándose sobre la disposición precitada, estos Estados afirman que por falta de renuncia a la inmunidad por la República de Sudán, no pueden hacer justicia a las demandas de la Corte. En julio de 2017, una cámara preliminar inauguró la tercera posición jurídica que justificaba la entrega del Presidente Al Bashir, a pesar de la disposición precitada, fundándose sobre la Resolución 1593 (2005) del Consejo de seguridad. Este artículo examina este embrollo jurídico, y analiza las razones para las cuales esta tercera vía debería, de la opinión del autor, ser la última.

* Docteur en droit, membre du Centre d'études et de recherches internationales et communautaires (CERIC), CNRS – UMR DICE 7318, Aix-Marseille Université.

Le 6 juillet 2017, la deuxième Chambre préliminaire de la Cour pénale internationale (CPI) a rendu sa décision¹ au titre d'une procédure ouverte à l'encontre de la République d'Afrique du Sud sur la base de l'article 87 (7) du *Statut de Rome*². Sur ce fondement, et par une forme de jugement déclaratoire, la CPI peut :

[S]i un État Partie n'accède pas à une demande de coopération de la Cour [...], 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 saisie³.

Le contexte de cette décision est le suivant. Le 31 mars 2005, par la *Résolution 1593*, le Conseil de sécurité des Nations Unies a soumis au procureur de la CPI la situation au Darfour (Soudan), comme le lui autorise l'article 13 b) du *Statut de Rome*. Après l'ouverture de l'enquête, la première Chambre préliminaire a, en 2009 et 2010, diffusé deux mandats d'arrêt à l'encontre du chef d'État soudanais, Omar Al Bashir, pour crimes contre l'humanité, crimes de guerre puis crime de génocide⁴.

Le cœur de cette affaire réside dans la visite en Afrique du Sud du président de la République du Soudan à l'occasion d'un sommet de l'Union africaine en juin 2015. Celui-ci repartit libre de Johannesburg, malgré les demandes incessantes et catégoriques de la CPI tendant à ce qu'il soit arrêté et remis⁵ conformément aux obligations consignées dans le *Statut de Rome*. Plus largement, ce sont les facilités de déplacement du premier chef d'État en exercice poursuivi par la CPI qui sont en cause. En effet, depuis la diffusion des mandats d'arrêt, l'accusé a multiplié déplacements et entrevues diplomatiques, peu inquiété par ses hôtes, suscitant l'ire des organisations non gouvernementales de défense des droits humains et, d'une certaine manière, de la CPI elle-même. Une série de décisions à l'encontre du Malawi, du Tchad, de la République démocratique du Congo, du Nigéria, de l'Ouganda ou encore de Djibouti en application de la « procédure 87 (7) » a d'ores et déjà été rendue, constatant le manquement à leurs obligations de coopération à l'égard de la CPI dans des circonstances comparables.

¹ *Le Procureur c Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-302, Décision rendue en application de l'article 87-7 du *Statut de Rome* concernant la non-exécution par l'Afrique du Sud de la demande que lui avait adressée la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise d'Omar Al-Bashir (6 juillet 2017) (CPI, deuxième Chambre préliminaire), en ligne : CPI <www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/05-01/09-302&ln=fr> [Décision rendue en application de l'art. 87-7 du *Statut de Rome*].

² *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 RTNU 38544 à la p 3 (entrée en vigueur : 1er juillet 2002) [*Statut de Rome*].

³ *Ibid.*

⁴ Le premier mandat d'arrêt a été délivré le 4 mars 2009, il expose plusieurs chefs de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. (*Le Procureur c Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir (4 mars 2009) (CPI, deuxième Chambre préliminaire), en ligne : CPI <www.icc-cpi.int/pages/record.aspx?uri=639096>), Le second mandat, délivré le 12 juillet 2010 (*Le Procureur c Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Deuxième Mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir (12 juillet 2010) (CPI, deuxième Chambre préliminaire), en ligne : CPI <www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/05-01/09-95-tFRA>), ajoute à ces charges trois chefs de crimes de génocide.

⁵ *Le Procureur c Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-243, Rapport du Greffé sur les consultations tenues avec la République d'Afrique du Sud (17 juin 2015) (CPI, deuxième Chambre préliminaire), en ligne : CPI <www.icc-cpi.int/pages/record.aspx?uri=1998195>.

Il n'est d'ailleurs guère difficile de rattacher ces incidents au contexte plus général de défiance vis-à-vis de la CPI, d'autant que certaines chancelleries et organisations régionales (Union africaine, Ligue arabe) ont expressément apporté leur soutien au Président Al Bashir⁶. Or, en l'absence de moyens matériels propres et de procédure *in absentia*, l'obligation de coopération imposée aux États parties est centrale. Elle inclut, bien entendu, le devoir d'arrêter et de remettre un accusé à la demande de la Cour⁷ ou au minimum d'entrer en consultation selon la procédure prévue en cas de difficultés⁸. Cependant, la situation d'Omar Al Bashir est particulière, en tant que dirigeant en exercice d'un État non membre et titulaire à ce titre d'immunités internationales. L'article 98-1 du *Statut de Rome* établit dans cette configuration une exception à l'obligation de coopérer⁹. D'après discussions se sont engagées afin de déterminer si, oui ou non, cet article 98-1 est mobilisable à l'égard de l'accusé. L'objectif du présent article est d'explorer les trois chemins différents, contradictoires de surcroît, suivis par la CPI depuis 2011, pour en arriver à la conclusion selon laquelle Omar Al Bashir doit être arrêté et livré par les États parties au *Statut de Rome*. Après quelques remarques préliminaires sur les immunités du chef d'État et une présentation de l'article 98-1, l'analyse critique des deux premières voies précèdera l'examen de la décision du 6 juillet 2017 qui, innovante par son cheminement, peine pourtant à emporter la conviction.

L'immunité du chef d'État en exercice

Le chef d'État, ainsi que les hautes personnalités étatiques, jouissent en vertu du droit international d'un statut privilégié. La Cour internationale de justice (CIJ) a confirmé cet état du droit coutumier dans l'affaire *Yérodia* :

Il est clairement établi en droit international que 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 pénales¹⁰.

⁶ Pour l'Union africaine, voir la décision n° 13(XIII) du 3 juillet 2009, § 10: « *the AU Member States shall not cooperate pursuant to the provisions of Article 98 of the Rome Statute of the ICC relating to immunities, for the arrest and surrender of President Omar El Bashir of The Sudan* ». En ligne, < www.iccnw.org/documents/Arab_League_Summit_2009_-_SummaryFV.pdf >

⁷ Muriel Ubéda-Saillard, « Coopération avec les juridictions pénales internationales », dans Hervé Ascendio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet, dir, *Droit international pénal*, 2e éd, Paris, Éditions Pedone, 2012 à la p 1152.

⁸ *Statut de Rome*, *supra* note 2, art 97.

⁹ Ou, plus précisément, proscrit à la Cour d'exiger la remise en l'absence de coopération de l'État tiers.

¹⁰ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c Belgique)*, [2002] CIJ Rec 21 à la p 21 [*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*].

La protection, fondamentale et fondatrice, joue un rôle primordial dans les relations internationales¹¹. Elle comprend tant l'immunité de juridiction *stricto sensu*, c'est-à-dire une restriction à l'exercice de la compétence juridictionnelle de l'État¹², que l'inviolabilité¹³, à savoir la prohibition de toute forme de contrainte, arrestation ou détention. Cette situation juridique, largement documentée¹⁴, n'appelle pas de remarques supplémentaires. Toutefois, la CIJ soulignait un peu plus loin que la personnalité protégée « peut faire l'objet de poursuites pénales devant certaines juridictions pénales internationales dès lors que celles-ci sont compétentes¹⁵ », notamment la CPI. En effet, l'article 27-2 du *Statut de Rome* précise que :

[L]es 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.

Ces immunités, qui d'ailleurs n'ont jamais protégé que de la compétence d'une juridiction interne, ne sont donc pas un obstacle à la compétence de la Cour, ni même à l'émission du mandat d'arrêt¹⁶. Cependant, la problématique soulevée par l'affaire *Al-Bashir* ne concerne pas tant la compétence juridictionnelle de la Cour (l'effet dit « vertical » de l'immunité) que la remise de l'accusé par les États parties, c'est-à-dire une relation horizontale entre ces derniers et le Soudan. La matière est régie par l'article 98-1 du *Statut de Rome*.

L'article 98-1 du Statut de Rome

L'État partie a l'obligation d'exécuter les demandes d'arrestation et de remise, et plus généralement de coopérer avec la Cour en conformité avec la partie IX du *Statut de Rome*. Cependant, ces obligations peuvent naturellement se confronter aux immunités¹⁷ accordées aux ressortissants d'État tiers en visite sur le territoire de l'État requis. La matière fut discutée jusqu'aux derniers jours de la conférence de Rome, pour aboutir à l'article 98-1 suivant :

¹¹ Voir l'affirmation de la CIJ à propos des immunités diplomatiques dans l'*Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (l'*Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (États-Unis d'Amérique c Iran), Ordonnance du 15 décembre 1979, [1979] CIJ rec 15 à la p 19.

¹² Jean Salmon, dir, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2000 à la p 559 [Salmon].

¹³ L'inviolabilité en la personne des chefs d'État est consacrée dans l'affaire *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (*Djibouti c France*), CIJ rec 199 à la p 238. Elle peut être conçue comme une forme « d'immunité », si bien que le vocable « immunités » désignera dans la présente contribution inviolabilité et immunité de juridiction pénale.

¹⁴ Voir le mémorandum préparé par le Secrétariat de la Commission du droit international des Nations Unies (Doc off AG NU, 60^e sess, 596^e séance, 2008, Doc NU A/CN.4/596 (2008) [A/CN.4/596].

¹⁵ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, supra note 10 à la p 25.

¹⁶ Paola Gaeta, « Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest? » (2009) 7 : 2 J Intl Crim Justice 315 à la p 332 [Gaeta].

¹⁷ La présente contribution n'examine que les immunités du chef d'État en exercice. Pour un commentaire plus général de l'article 98, voir C Kress et K Prost, « Article 98 » dans Otto Triffterer et Kai Ambos, dir, *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, 2^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2016 aux pp 2117–46 [Kress].

[L]a 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.

Objet de nombreux commentaires¹⁸, cette disposition favorise donc les immunités, car en cas de demande de remise ou d'assistance incompatible avec ces dernières, la Cour ne saurait en poursuivre l'exécution. Les juges de la CPI ont toutefois précisé la notion « d'État tiers » figurant dans la deuxième partie de la disposition, et conditionnant son champ d'application. Suivant le raisonnement de la Cour, l'article 27-2 excluant le bénéfice des immunités, les États parties sont supposés avoir renoncé à celles-ci vis-à-vis de leurs ressortissants en ratifiant le *Statut de Rome*¹⁹. Autrement dit, l'article 98-1 n'est pas opposable à la Cour dès lors que l'accusé dispose de la nationalité d'un État ayant ratifié le *Statut de Rome*²⁰. Ainsi, il n'est applicable qu'à une relation triangulaire entre la Cour, un État A partie et un État B non partie dont un ressortissant protégé fait l'objet de poursuites. Dans ce cas, l'État requis (l'État A) serait face à deux engagements contradictoires, le *Statut de Rome* lui imposant de violer les immunités d'un État tiers (l'État B) qui, en vertu de l'effet relatif des traités²¹, n'ont pas été reniées par la ratification du traité du 17 juillet 1998.

La problématique de l'affaire *Al Bashir* réside précisément dans la demande de coopération adressée à un État partie à propos de l'immunité issue d'un État non

¹⁸ Voir notamment Gaeta, *supra* note 16; Dire Tladi, « The ICC Decisions on Chad and Malawi » (2013) 11 J Intl Crim Justice 199; B Tranchant « Les immunités des États tiers devant la Cour pénale internationale » (2013) 117 : 3 RGDIP 633 [Tranchant]; Dapo Akande « The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir's Immunities » (2009) 7 : 2 J Intl Crim Justice 333 [Akande, The Legal Nature of Security Council Referrals]; A-L Chaumette « Commentaire de l'article 98 du Statut de la Cour pénale internationale », 2017, Université Paris Nanterre, en ligne <hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01483706>.

¹⁹ Décision rendue en application de l'art. 87-7 du *Statut de Rome*, *supra* note 1 au para 80. Voir aussi C Kress « The International Criminal Court and Immunities under International Law for States Not Party to the Court's Statute », dans Morten Bergsmo et Y Ling, dir, *State Sovereignty and International Criminal Law*, Pékin, Torkel Opsahl, 2012 à la p 238 où l'auteur affirme que « l'État tiers », au sens de l'article 98-1, est tout État autre que l'État requis, incluant donc les États parties. Cependant, l'acceptation de l'article 27 emporte renonciation au bénéfice d'immunités personnelles dans cette situation. En revanche, l'article 98-1 serait mobilisable par un État partie en ce qui concerne l'inviolabilité des locaux diplomatiques à laquelle il n'est pas renoncé dans l'article 27.

²⁰ *Le Procureur c Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-139, Decision Pursuant to Article 87 (7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir (12 décembre 2011) au para 18 (CPI, première Chambre préliminaire), en ligne : CPI <www.icc-cpi.int/pages/record.aspx?uri=1287184> [Decision Pursuant to Art. 87 (7) of the *Rome Statute*].

²¹ Ce principe (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*) est codifié à l'article 34 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* de 1969 : « [u]n traité ne crée ni obligations ni droits pour un État tiers sans son consentement » (*Convention de Vienne sur le droit des traités*, 29 mai 1969, 1155 RTNU 332 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980) [*Convention de Vienne*]).

partie, en l'occurrence le Soudan²². L'argument soulevé par l'Afrique du Sud²³, mais également à de nombreuses reprises auparavant, procède directement de cette disposition. C'est ici qu'interviennent diverses justifications tendant à écarter l'immunité qui, selon nous, ne clarifient pas la situation juridique de manière satisfaisante.

Le régime juridique applicable à cette question est flou, en raison des imprécisions de l'article 98-1 mais surtout de ses interprétations divergentes, doctrinales ou jurisprudentielles. La décision rendue à l'encontre de l'Afrique du Sud, loin de clarifier la situation, ajoute quelque confusion (III.). Avant de l'examiner, il convient de revenir sur les justifications – déjà incompatibles – apportées par la Cour précédemment. L'une confine à la suppression de tout effet immunitaire vis-à-vis des demandes de coopération de la CPI (I.); l'autre utilise la Résolution 1593 pour lever l'immunité au titre de l'article 98-1 (II.).

I. L'exception à l'immunité

Une première justification à la réaffirmation de l'obligation de coopération consiste, *in fine*, en la suppression de l'article 98-1. Il s'agit du raisonnement tenu par la première Chambre préliminaire dans l'affaire 87 (7) du 12 décembre 2011 à propos du Malawi²⁴ (et réitéré le lendemain à l'encontre du Tchad²⁵). Dans cette décision, dont l'assise factuelle est comparable – visite du Président Al Bashir lors du sommet du marché commun de l'Afrique orientale et australe (COMESA) en octobre 2011 – la Chambre a écarté l'applicabilité de l'immunité du président soudanais au motif suivant :

*The Chamber finds that customary international law creates an exception to Head of State immunity when international courts seek a Head of State's arrest for the commission of international crimes. There is no conflict between Malawi's obligations towards the Court and its obligations under customary international law; therefore, article 98(1) of the Statute does not apply*²⁶.

L'argument va ainsi : la coutume aurait cristallisé une exception à l'immunité des chefs d'État dès lors qu'ils seraient poursuivis par un tribunal international. Comme il n'existe aucune protection en vertu de cette exception,

²² Le Soudan a signé le Statut le 8 septembre 2000. Toutefois, il a indiqué au dépositaire, le 26 août 2008, qu'aucune ratification n'interviendrait. L'information est disponible en ligne, <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII10&chapter=18&clang=_en>.

²³ Voir les arguments de l'Afrique du Sud dans Decision Pursuant to Art. 87 (7) of the *Rome Statute*, *supra* note 20.

²⁴ *Ibid* aux para 37 et ss.

²⁵ *Le Procureur c Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-140, Décision rendue en application de l'article 87-7 du *Statut de Rome* concernant le refus de la République du Tchad d'accéder aux demandes de coopération délivrées par la Cour concernant l'arrestation et la remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir (13 décembre 2011) au para 13 (CPI, première Chambre préliminaire).

²⁶ Decision Pursuant to Art. 87 (7) of the *Rome Statute*, *supra* note 20 au para 43.

l'article 98-1 ne peut trouver à s'appliquer²⁷. En somme, toute action prise par un État sur instruction d'un tribunal international serait compatible avec le droit international des immunités.

On peut avoir des doutes sur l'existence d'une telle exception en droit international coutumier. En réalité, la motivation de la Cour et les précédents cités concernent, et à juste titre, la compétence des tribunaux internationaux (l'effet « vertical »). En revanche, il est difficile d'y trouver la justification de l'extension à l'effet « horizontal » (entre l'État A et l'État B). De fait, celui-ci ne concerne pas l'exercice de la compétence par la CPI (régie par l'article 27-2) mais les mesures d'autorité prises par les États au titre de cette coopération (article 98-1). En outre, cette solution s'inscrit laborieusement dans la structure du *Statut de Rome* car elle revient finalement à priver de tout effet l'article 98-1. En effet, les personnes accusées (*a fortiori* moins « protégées » que le chef d'État) ne pourront jamais bénéficier d'immunités. À suivre la Chambre, l'article 98-1 ne trouvera donc jamais application²⁸. Enfin, la pratique des États, qui est le support nécessaire à l'émergence d'une coutume modificative de cette ampleur (ou d'une adaptation informelle *via* la pratique subséquente)²⁹, nous paraît en inadéquation avec l'argument de la Chambre³⁰. Cette solution fort déraisonnable a été largement critiquée, et la Cour s'en est écartée, notamment dans la décision de la deuxième Chambre en juillet 2017³¹.

II. La levée implicite de l'immunité

Une approche différente fut adoptée dans une décision du 9 avril 2014 concernant la République démocratique du Congo (RDC). Contrairement à la décision susmentionnée, elle envisage l'application de l'article 98-1 aux relations entre la RDC

²⁷ Car, au sens de l'article 98-1, il est nécessaire d'être en présence d'obligations « qui lui incombent en droit international en matière d'immunité ».

²⁸ L'Union africaine a bien noté que cette conclusion rendait l'article 98 « *redundant, non-operational and meaningless* » dans un communiqué de presse du 9 janvier 2012 (Addis Ababa, Union Africaine, « Press Release No 002/2012 », Coalition for the International Criminal Court, en ligne : <www.iccnw.org/documents/PR-002-ICC_English_2012.pdf>).

²⁹ Dans l'avis sur la *Namibie*, la Cour souligne que la procédure (qui va à l'encontre de la lettre de la Charte) a été « généralement acceptée par les Membres des Nations Unies et constitue la preuve d'une pratique générale de l'organisation ». *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la Résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Avis consultatif, [1971] CIJ rec 9 à la p 22 [*Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie*].

³⁰ D'une part, car les précédents cités concernent l'effet vertical et qu'il est donc difficile d'en tirer des conséquences sur l'effet horizontal. D'autre part, la pratique de nombreux États (notamment membres de l'Union africaine) semble en contradiction avec la conclusion de la Cour (Tranchant, *supra* note 18 aux pp 651–56).

³¹ Décision rendue en application de l'art. 87-7 du *Statut de Rome*, *supra* note 1 au para 69. Voir aussi *Le Procureur c Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, CC-02/05-01/09-195, Décision relative à la coopération de la République Démocratique du Congo concernant l'arrestation et la remise d'Omar Al Bashir à la Cour (9 avril 2014) au para 25 (CPI, deuxième Chambre préliminaire) [Décision relative à la coopération de la République Démocratique du Congo concernant l'arrestation et la remise d'Omar Al Bashir à la Cour].

et le Soudan³². Toutefois, elle utilise la Résolution 1593 du Conseil de sécurité, soumettant la situation au procureur, pour considérer que celui-ci a levé l'immunité du Président Al Bashir. La coopération de l'État tiers (*i.e.* la renonciation) exigée dans la deuxième partie de l'article 98-1 était donc, pour la Chambre, déjà effective³³. Le raisonnement fut répété à l'occasion de deux décisions rendues contre l'Ouganda et Djibouti le 11 juillet 2016³⁴.

Cette « levée implicite », selon la formule de la Cour elle-même, reposait sur le passage suivant de la résolution du Conseil de sécurité :

[D]écide que le Gouvernement soudanais et toutes les autres parties au conflit du Darfour doivent coopérer pleinement avec la Cour et le Procureur et leur apporter toute l'assistance nécessaire conformément à la présente résolution et, tout en reconnaissant que le *Statut de Rome* n'impose aucune obligation aux États qui n'y sont pas parties, demande instamment à tous les États et à toutes les organisations régionales et internationales concernées de coopérer pleinement³⁵.

On peut admettre que, par son pouvoir tiré de la *Charte des Nations Unies*, le Conseil dispose de la faculté de lever une immunité internationale *via* le couple des articles 25 et 103³⁶. Le problème, manifeste à la lecture du passage susmentionné, est que précisément le Conseil n'impose que de « coopérer pleinement » et d'apporter « l'assistance nécessaire » aux organes de la CPI. Il est donc entendu que pour conférer à la résolution l'effet escompté (la levée de l'immunité d'Omar Al Bashir) il est nécessaire de procéder à son interprétation. Autrement dit, en l'absence de levée *eo nomine* par le Conseil, il faut préciser le sens et la portée de l'utilisation du terme « coopération³⁷ ». Plus précisément encore, il est indispensable d'interpréter ce terme de sorte qu'il entre en conflit avec les immunités d'Omar Al Bashir, car l'article 103, pour pouvoir déployer ses effets et l'emporter sur une autre obligation, doit être en situation de « conflit ». La Cour est plus sibylline. Elle souligne simplement que : (1) le Soudan « doit coopérer », (2) l'immunité est un obstacle procédural au

³² Décision relative à la coopération de la République Démocratique du Congo concernant l'arrestation et la remise d'Omar Al Bashir à la Cour, *supra* note 31 au para 27.

³³ *Ibid* au para 29 : « La coopération de cet État tiers en vue de la levée de l'immunité, telle que requise à la dernière phrase de l'article 98-1 du *Statut de Rome*, était déjà exigée au paragraphe 2 de la Résolution 1593. Par ce paragraphe, le Conseil de sécurité avait implicitement levé les immunités donc jouissait Omar Al Bashir en vertu du droit international [...] ».

³⁴ *Le Procureur c Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-267, Décision prenant acte de la non-exécution par la République de l'Ouganda de la demande d'arrestation et de remise d'Omar Al Bashir à la Cour et renvoyant la question au Conseil de sécurité de l'ONU et à l'Assemblée des États parties au *Statut de Rome* (11 juillet 2016) aux paras 11–13 (CPI, deuxième Chambre préliminaire).

³⁵ Résolution 1593, Rés CS 1593, Doc off CS UN, 5158^e séance, supp n° 1, Doc NU S/RES/1593 (2005) au para 2 [Résolution 1593].

³⁶ En réalité, et cette idée a son importance, le processus de ce paragraphe est plutôt celui de la création d'une obligation pesant sur l'État (visant à ce qu'il renonce à un droit, c'est-à-dire l'immunité de ses ressortissants) plutôt que la suppression du droit lui-même.

³⁷ Voir Dapo Akande « The Effect of Security Council Resolutions and Domestic Proceedings on State Obligations to Cooperate with the ICC » 10 *J Intl Crim Justice* 306.

déclenchement des poursuites devant la Cour³⁸, (3) le Conseil de sécurité a donc levé l'immunité car « (t)oute autre interprétation viderait de son sens la décision du Conseil de sécurité³⁹ ».

Le cadre général de l'interprétation des résolutions fut formulé par la CIJ dans l'avis sur la Namibie de 1971, en ce que l'interprète doit recourir :

[Aux] termes de la résolution à interpréter, des débats qui ont précédé son adoption, des dispositions de la Charte invoquées et en général de tous les éléments qui pourraient aider à préciser les conséquences juridiques de la résolution du Conseil de sécurité⁴⁰.

Il est également possible de recourir aux techniques de la *Convention de Vienne* sur le droit des traités 1969. Dans l'avis sur l'indépendance du Kosovo⁴¹, la Cour de La Haye précise toutefois qu'il convient de s'attacher aux particularités des résolutions, quoique l'on ne sache précisément dans quelle mesure⁴². En tout état de cause, ces principes se rejoignent sur plusieurs points. Selon l'article 31 de la *Convention de Vienne*, les traités doivent être interprétés de bonne foi, suivant « le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ». Le langage de la résolution est donc la première chose que nous analyserons (A). Viendront ensuite, conformément à la méthodologie exposée par la CIJ, les débats ayant mené à son adoption (B), puis les autres éléments (l'objet et le but⁴³ et le droit international applicable) (C).

³⁸ Décision relative à la coopération de la République Démocratique du Congo concernant l'arrestation et la remise d'Omar Al Bashir à la Cour, *supra* note 31 au para 29. Précisons que si l'immunité est en effet un obstacle procédural devant les juridictions internes (*Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c Italie)*, [2012] CIJ rec 116 à la 124), elle n'est dans l'affaire *sub judice* qu'une protection à l'égard des actes d'autorité des États membres (la remise de l'accusé, qui contreviendra immanquablement celle-ci), et non à la compétence juridictionnelle de la CPI.

³⁹ Décision relative à la coopération de la République Démocratique du Congo concernant l'arrestation et la remise d'Omar Al Bashir à la Cour, *supra* note 31 au para 29.

⁴⁰ *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie*, *supra* note 29 à la p 53.

⁴¹ *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, *avis consultatif*, [2010] CIJ rec 337 à la p 442: « [I] est vrai que les règles relatives à l'interprétation des traités consacrées par les articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne* sur le droit des traités peuvent fournir certaines indications mais, compte tenu des différences qui existent entre les instruments conventionnels et les résolutions du Conseil de sécurité, d'autres éléments doivent aussi être pris en considération aux fins de l'interprétation de ces dernières [...]. Pour interpréter les résolutions du Conseil de sécurité, la Cour peut être amenée à examiner certaines déclarations faites par les représentants d'États membres du Conseil de sécurité à l'époque de leur adoption ou d'autres résolutions de ce dernier ayant trait à la même question, ainsi qu'à se pencher sur la pratique ultérieure des organes pertinents de l'Organisation des Nations Unies et des États à l'égard desquels les résolutions en question ont une incidence ».

⁴² Voir M Wood, « The Interpretation of Security Council Resolutions », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol 2, 1998 aux pp 73-95 [Wood].

⁴³ *Ibid* à la p 90 sur la recherche de l'objet et le but des résolutions.

A. Le recours aux termes utilisés

En « décidant » que le Soudan devait « coopérer pleinement » avec la CPI, le Conseil de sécurité a-t-il levé l'immunité d'Omar Al Bashir? Sur la base d'une interprétation littérale, et suivant le sens ordinaire, la réponse est négative⁴⁴. La Chambre le concède d'ailleurs en recourant à la notion de « levée implicite ». En effet, le terme « coopération » signifie « travailler conjointement⁴⁵ », ou « faire quelque chose conjointement avec quelqu'un⁴⁶ ». Rien n'indique ici que les immunités ont été directement envisagées. En outre, la structure textuelle désigne l'État soudanais comme destinataire de l'obligation de coopérer (et *arguendo* de renoncer à l'immunité). C'est donc à lui qu'il appartient de le faire, car il est l'obligé par la résolution. Il est fort concevable, en ce sens, de soutenir que le Soudan engage sa responsabilité internationale car viole ses obligations, mais il ne ressort pourtant pas du texte que l'immunité ait été levée par le Conseil.

B. Les débats ayant mené à l'adoption de la Résolution

Les débats ne conduisent pas à une conclusion claire en faveur de la levée. En réalité, la question de l'immunité de l'État n'est pas mentionnée dans les déclarations des représentants lors de l'adoption de la Résolution 1593⁴⁷. La pratique ultérieure, qui peut permettre d'éclairer l'intention du Conseil⁴⁸, est ici d'une aide limitée : de nombreuses prises de position de représentants soulignent le maintien de la protection immunitaire⁴⁹, même si l'on décèle certaines interventions en faveur de la remise du Président⁵⁰. En outre, malgré de régulières sollicitations du procureur⁵¹, le Conseil n'a pris aucune décision en ce sens. La résolution soumettant à la Cour la situation en Libye ne contient guère plus d'indices⁵².

⁴⁴ C'est également l'opinion du juge Perrin de Brichambaut dans son opinion minoritaire annexée à la Décision rendue en application de l'art. 87-7 du *Statut de Rome*, *supra* note 1 ICC-02/05-01/09, opinion minoritaire du juge Perrin de Brichambaut (13 juillet 2017) au para 67 (CPI), en ligne: CPI <www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2017_04548.PDF> [juge Perrin de Brichambaut].

⁴⁵ Salmon, *supra* note 12 à la p 268.

⁴⁶ Alain Rey, dir, *Dictionnaire historique de la langue française*, tome 1, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2010 à la p 841.

⁴⁷ Doc off CS NU, 60^e sess, 5158^e séance, Doc NU S/PV.5158 (2005). La représentante des États-Unis s'oppose à ce que la Cour exerce sa compétence à l'égard de ressortissant d'États qui ne sont pas parties au *Statut de Rome* (*ibid* à la p 3). Le représentant chinois regrette le déferrement de la situation au procureur sans l'assentiment du gouvernement soudanais (*ibid* à la p 6).

⁴⁸ Voir notamment C Denis « La Résolution 678 (1990) peut-elle légitimer les actions armées menées contre l'Iraq postérieurement à l'adoption de la Résolution 687 (1991)? » (1998) 2 RBDI 491.

⁴⁹ Doc off CS NU, 71^e sess, 7710^e séance, Doc NU S/ PV.7710 (2016), à la p 8 (Venezuela), à la p 12 (Égypte); Doc off CS NU, 70^e sess, 7478^e séance, S/PV.7478 (2015), aux pp 12–13 (Russie), à la p 15 (Venezuela); Doc off CS NU, 67^e sess, 6887^e séance, Doc NU S/PV.6887 (2012), à la p 17 (Russie).

⁵⁰ Doc off CS NU, 69^e sess, 7337^e séance, Doc NU S/ PV.7337 (2014), à la p 4 (Australie).

⁵¹ Un rapport semestriel est présenté au Conseil de sécurité par le procureur de la CPI. Le Conseil se contente souvent de réitérer, *ad litteram*, les termes de la résolution n'apportant ainsi aucun éclairage. Voir la déclaration du président du Conseil de sécurité du 16 juin 2008 (Doc off CS NU, 2008, 5912^e séance, Doc NU S/PRST/2008/21).

⁵² Le paragraphe opératif de la Résolution 1970 (2011) est sensiblement similaire au passage analysé.

C. Les autres éléments

L'argument principal des défenseurs de la thèse de la levée implicite réside dans la recherche de l'effet utile⁵³, voire l'interprétation « téléologique⁵⁴ » de la résolution. Le raisonnement est perceptible dans le court considérant de la Chambre lorsqu'elle affirme que « [t]oute autre interprétation viderait de son sens la décision du Conseil de sécurité⁵⁵ ». Il n'est guère contestable que, d'une part, l'objet de la résolution est la saisine de la CPI et que, d'autre part, son but réside dans la lutte contre l'impunité au Soudan⁵⁶. Cependant, et sans de plus amples explications, on peut se demander si la résolution est entièrement « vidée de son sens » en l'absence de levée des immunités. Le Conseil soumet une situation à la Cour, parmi d'autres mesures visant à rétablir une paix durable par le droit⁵⁷. S'il était su que certains hauts responsables pourraient être poursuivis⁵⁸, l'obligation de « coopérer pleinement » peut être entendue plus largement, et donc garder une utilité, car englobant l'aide matérielle du Soudan (rassemblement d'éléments de preuve, signification de documents, interrogatoires, perquisitions), mais encore des poursuites à l'encontre d'individus ne bénéficiant pas (ou plus) d'immunités personnelles⁵⁹. Ainsi, lors de l'adoption de la Résolution 1593, cinquante-et-un suspects étaient identifiés par la Commission d'enquête⁶⁰. La résolution peut donc conserver un effet utile en l'absence de levée des immunités du Président soudanais, la Cour exerçant alors sa compétence selon le *Statut de Rome*, l'article 98-2 compris.

⁵³ L'effet utile (*ut res magis valeat quam pereat*) est une règle d'interprétation (implicite dans l'article 31 de la *Convention de Vienne* de 1969) selon laquelle une disposition doit être interprétée de manière à connaître une application effective (Salmon, *supra* note 12 à la p 416).

⁵⁴ Selon la Cour internationale de Justice, la méthode téléologique consiste à « donner aux instruments leur effet maximum en vue d'assurer l'accomplissement de leur objectifs fondamentaux » (*Sud-Ouest africain (Libéria c Afrique du Sud)* [1966] CIJ rec 25 à la p 48).

⁵⁵ Décision relative à la coopération de la République Démocratique du Congo concernant l'arrestation et la remise d'Omar Al Bashir à la Cour, *supra* note 31 au para 29.

⁵⁶ Le représentant du Royaume-Uni, auteur du projet de résolution, déclarait que la saisine de la Cour « est le moyen le plus efficace et le plus efficient dont nous disposons pour lutter contre l'impunité et veiller à ce que justice soit faite dans l'intérêt du peuple du Darfour » (Doc off CS NU, 60^e sess, 5158^e séance, Doc NU S/PV.5158 (2005), à la p 7).

⁵⁷ Résolution 1593, *supra* note 35, le Conseil encourage ainsi « la création d'institutions auxquelles soient associées toutes les composantes de la société soudanaise, par exemple des commissions vérité et/ou réconciliation, qui serviraient de complément à l'action de la justice ».

⁵⁸ Le préambule de la résolution se réfère au rapport de la Commission internationale d'enquête sur le Darfour, rapport indiquant que « [c]ertains hauts fonctionnaires et certains membres des milices ont aussi été identifiés comme pouvant être responsables d'entreprises criminelles communes visant la perpétration de crimes de droit international » (Letter dated 31 January 2005 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council, Doc off CS NU, 2005, supp no^o 10, Doc NU S/2005/60 A au para 644).

⁵⁹ Dov Jacobs, « The Frog That Wanted to Be an Ox: the ICC's Approach to Immunities and Cooperation » dans Carsten Stahn, *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, Oxford University Press, 2015 à la p 295.

⁶⁰ Rapport précité du 1^{er} février 2005, § 644. À ce jour, six mandats d'arrêt ont été délivrés, aucun ne concernant, à notre connaissance, des personnes bénéficiant d'immunités *ratione personae* à l'exception d'Omar Al Bashir.

De surcroît, le droit international applicable, qui peut également servir à préciser la portée d'une résolution du Conseil de sécurité⁶¹, paraît conduire à la même solution. En effet, lorsqu'il est procédé à la détermination de la signification d'un terme utilisé par une résolution, il est raisonnable de présumer que son sens est conforme aux obligations internationales des États destinataires⁶²; ou, au moins, d'en tirer une présomption selon laquelle il n'a pas été dérogé à ces obligations. Or, il est très largement accepté que toute renonciation à l'immunité doit être expresse⁶³, y compris lorsqu'est en cause une résolution du Conseil⁶⁴. La brève analyse des variables interprétatives qui précède permet difficilement de se départir de cette présomption.

Bien qu'il n'existe jamais une seule et « exacte » interprétation, au vu de ces éléments, il semble périlleux d'entendre la Résolution 1593 comme levant, même implicitement, les immunités du Président Al Bashir. La Chambre a d'ailleurs réfuté cette lecture de la résolution dans sa décision de juillet 2017⁶⁵, en recourant à un troisième raisonnement novateur, procédant du *Statut de Rome* lui-même.

III. La levée indirecte de l'immunité

La levée « par ricochet » est utilisée très clairement dans la décision de juillet 2017. On y trouve des traces dans une décision de 2009⁶⁶, ainsi que dans des

⁶¹ Wood, *supra* note 42, à la p 92. Il s'agit d'une application, *mutatis mutandis*, de l'article 31 (3) c de la *Convention de Vienne*, *supra* note 21.

⁶² *Le Procureur c Tadic*, IT-94-1-A (15 juillet 1999) au para 296 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel). Dans le cadre des droits de l'homme, voir aussi *Al Jeddah c Royaume Uni*, n° 27021/08), [2011], IV CEDH 132 au para 102. Plus généralement sur cette présomption : Robert Kolb, « L'article 103 de la Charte des Nations Unies » (2013) 367 RCADI 125.

⁶³ L'affirmation renversant la présomption, selon laquelle rien n'indique que la levée doit être explicite dans la *Charte des Nations Unies* ou dans le *Statut de Rome* nous paraît donc discutable (Kress, *supra* note 17 à la p 2140). Le caractère nécessairement express (ou, au moins, certain) de la renonciation est appliqué aux immunités des chefs d'États, souvent par analogie avec la *Convention de Vienne* sur les relations diplomatiques, dans les affaires suivantes : Tribunal Fédéral suisse, 2 novembre 1989, *Ferdinand et Imelda Marcos*, *Swiss Review of International and European Law* 1991 aux pp 533 et ss; *Lafontant v Aristide*, [1994] 844 EDNY 128 (District Court de l'État de New York États-Unis). Pour plus de précisions, Voir le memorandum préparé par le Secrétariat de la Commission du droit international, A/CN.4/596, *supra* note 17 aux pp 172 et ss.

⁶⁴ La Cour de cassation française fut confrontée à la question de savoir si, par la Résolution 687 du Conseil de sécurité, qui exige de l'Irak qu'il « honore scrupuleusement toutes ses obligations au titre du service et du remboursement de sa dette extérieure » (Résolution 687, Doc off CS NU, 1991, supp n° 1, Doc NU S/RES/687(1991) au para 17 [Résolution 687]), l'immunité d'exécution avait été levée. Elle conclut par la négative dans un arrêt de la première Chambre civile du 25 avril 2006 (Cour de cassation française, 25 avril 2006, *État irakien c Soc Dumez GTM*, (2006) 1 *Revue critique de droit international privé* 113).

⁶⁵ La Chambre souligne dans un *obiter dictum* « qu'elle ne voit effectivement aucune 'renonciation' de ce type dans la résolution du Conseil de sécurité » (Décision rendue en application de l'art. 87-7 du *Statut de Rome*, *supra* note 1 au para 96).

⁶⁶ *Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, première Chambre préliminaire, décision du 4 mars 2009, doc. n° ICC-02/05-01/09-3, § 40.

contributions doctrinales⁶⁷, ce qui explique que des arguments – qui ne seront donc pas développés par la suite – aient été soulevés à son encontre avant même sa consécration par la Chambre⁶⁸.

L'argumentation des juges de la Cour dans cette décision de juillet 2017 prend un cheminement distinct des affaires relatives au Malawi et à la RDC. Elle consiste, en résumé, en les étapes suivantes : (1) la Résolution 1593 met le Soudan dans une situation analogue à celle d'un État partie (2) l'article 27-2 du *Statut de Rome* lui est donc opposable (absence d'effet vertical de l'immunité), (3) l'article 98-2 est ainsi inopposable à la Cour en raison de l'effet horizontal de l'article 27-2 (qui, rappelons-le, annihile l'article 98-2)⁶⁹. Cette séquence sera commentée en se concentrant sur la première étape (A), puis sur la connexion logique entre la deuxième et la troisième (B).

A. L'étape (1) : le Soudan est un État « quasi-partie »

L'étape (1) peut être brièvement commentée. En soumettant la situation à la Cour, le Conseil aurait transformé la République du Soudan en « partie », ou plutôt « quasi-partie ». On peut y voir une fiction, le Soudan étant considéré comme un État « quasi-partie », alors que la procédure prévue par l'article 125 (ratification, acceptation ou approbation du *Statut de Rome*) n'a pas été satisfaite. À ceci est associé un régime *sui generis*⁷⁰, car seuls certains articles paraissent s'appliquer à son égard (l'article 27 en particulier, mais non celui relatif au droit de vote à l'Assemblée des États parties, par exemple)⁷¹.

Si la finalité de ce procédé se dévoile aisément, sa justification est moins claire. Elle réside, pour la Chambre, dans la séquence suivante. D'une part, en déférant la situation *via* l'article 13 b), le Conseil aurait enclenché l'application du *Statut de Rome*, et donc la compétence de la Cour selon ses paramètres. D'autre part, la résolution aurait imposé une obligation de coopération au Soudan qui, elle aussi, devrait s'exercer conformément au *Statut de Rome*. Selon la Chambre, la réunion de ces deux éléments « a nécessairement pour effet [...] que le Soudan a des droits et devoirs analogues à ceux des États parties au *Statut de Rome*⁷² ». Si l'on s'accorde sur les deux prémisses, on peut toutefois s'interroger sur le caractère véritablement nécessaire de la conséquence prononcée. En effet, en quoi l'application du *Statut de Rome* conduit-il à considérer le Soudan comme dans une position analogue à celle d'un État partie? La différence entre État partie et État non partie est présente à la fois

⁶⁷ Akande, *The Legal Nature of Security Council Referrals*, *supra* note 18 à la p 342; Eric David, « La Cour pénale internationale » (2005) 313 RCADI 325 à la p 424.

⁶⁸ Notamment par Gaeta, *supra* note 16 à la p 324; W. Schabas, *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, OUP, 2016, 2^{ème} éd., p. 604; Dire Tladi, « The Duty on South Africa to Arrest and Surrender President Al-Bashir under South African and International Law: A Perspective from International Law » (2015) 13 J Intl Crim Justice 995 aux pp 1027-47.

⁶⁹ *Supra*, texte accompagnant les notes 20 à 22.

⁷⁰ Décision rendue en application de l'art. 87-7 du *Statut de Rome*, *supra* note 1 au para 83.

⁷¹ *Ibid* au para 90. Ce qui est concédé par la Cour, mais guère commenté par celle-ci.

⁷² *Ibid* au para 88.

dans le *Statut de Rome* et dans la Résolution 1593, pourquoi devrait-elle être abandonnée? Autrement dit, la Cour ne pourrait-elle exercer sa compétence conformément au *Statut de Rome* en préservant, finalement, l'article 98-1? Autant de questions, et de réponses, qui n'apparaissent pas dans l'analyse de la Chambre⁷³.

De surcroît, cette solution nécessite un curieux procédé : percevoir dans la résolution l'imposition d'un traité constitutif d'une organisation internationale par le Conseil de sécurité. Eu égard à la pratique de ce dernier⁷⁴, on pourrait espérer (au moins) une indication explicite. Et ceci d'autant qu'il paraît difficile de soutenir qu'il l'a fait en « connaissance de cause⁷⁵ », alors même que le régime proposé découle d'une interprétation bien postérieure à la résolution de 2005.

Cela étant, et en acceptant *arguendo* que le Soudan soit dans une situation analogue à celle d'un État partie, il reste fort discutabile d'y voir une levée indirecte de l'immunité.

B. La connexion entre les étapes (2) et (3) : l'effet horizontal de l'article 27-2

Sans insister sur cette remarquable situation, la décision nous paraît critiquable sur un autre point particulier, qui relève de la connexion logique entre les étapes (2) et (3) évoquées ci-dessus. Cette connexion est la suivante : dès lors qu'une situation est soumise par le Conseil, la Cour exerce sa compétence selon le *Statut de Rome*⁷⁶, ce qui inclut effectivement l'article 27-2. Si l'on se remémore désormais l'argumentation selon laquelle l'acceptation de l'article 27-2 par les États les privent de la possibilité d'invoquer les immunités dans le cadre de l'article 98-1⁷⁷, on pourrait en déduire que le Soudan ne peut plus bénéficier de cet article 98-1. Ainsi, selon la Chambre, comme le Soudan est dans une situation d'État « quasi-partie », l'immunité ne peut bénéficier à son Président en raison de l'effet « horizontal » de cet article 27-2, au même titre que toute relation entre deux États parties⁷⁸.

⁷³ Décision rendue en application de l'art. 87-7 du *Statut de Rome*, *supra* notel au para 56 (juge Perrin de Brichambaut, dissident).

⁷⁴ Le Conseil de sécurité est prudent à imposer le respect d'un traité *en tant que tel*. Il procède plus volontiers en reprenant la substance des obligations dans une résolution (le phénomène des résolutions dites « législatives »), soit en invitant « fermement » l'État à ratifier un traité (Résolution 687, *supra* note 64 au para 7); ou encore à respecter son engagement de l'appliquer provisoirement (Résolution 2118, Doc off CS NU, 2013, Doc NU S/RES/2118). Voir toutefois la Résolution 1718 (2006) décidant que la Corée du Nord doit « respecter strictement les obligations mises à la charge des Parties au Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires et les conditions que lui impose l'Accord de garantie » (Résolution 1718, Doc off CS NU, S/RES/1718 au para 6), mais suite à l'annonce de la dénonciation dudit traité.

⁷⁵ Décision rendue en application de l'art. 87-7 du *Statut de Rome*, *supra* note 1 au para 95.

⁷⁶ *Ibid* au para 85. Cette idée fut déjà utilisée par la Cour, par exemple pour appliquer l'article 95 du *Statut de Rome* à la Libye (*Le Procureur c Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11-163, Decision on the postponement of the execution of the request for surrender of Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to article 95 of the *Rome Statute* (1^{er} juin 2012) au para 30 (CPI, première Chambre préliminaire).

⁷⁷ *Supra* notes 19 à 21.

⁷⁸ Décision rendue en application de l'art. 87-7 du *Statut de Rome*, *supra* note 1 aux paras 91 et ss.

Or, cette conclusion est contestable. Pour la formuler différemment, elle consiste à tirer certaines conséquences juridiques de l'application de l'article 27-2 du *Statut de Rome* au Soudan. Pourtant, il ne nous paraît pas que la conséquence recherchée (l'inopposabilité de l'article 98-2 à la Cour) repose sur l'*applicabilité* de l'article 27. En effet, ladite conséquence repose sur une extension qui étend la renonciation verticale (qui est l'objet de l'article 27-2) à la relation horizontale (qui est l'objet de l'article 98-1). En réalité, selon la Cour elle-même, c'est bien la « ratification », « l'acceptation⁷⁹ » du *Statut de Rome* et de l'article 27-2 qui est le vecteur de cette extension. A supposer même que la République du Soudan soit un État quasi-partie, en l'absence d'une telle acceptation de l'article 27-2, il est ardu d'en justifier l'extension à l'article 98-1. Car cette extension ne découle pas *ipso jure* du statut formel d'État partie ou de l'exercice de la compétence en vertu du *Statut de Rome*, mais bien d'une renonciation indirecte opérée *via* l'approbation de l'article 27-2⁸⁰. Comme nous l'avons souligné (*supra*, II), on ne voit guère dans la Résolution 1593 ou dans le comportement du Soudan la levée verticale (27-2) qui pourrait être étendue à la relation horizontale (98-1).

Précision qu'il n'est pas ici question de nier que la Cour exerce sa compétence en vertu du *Statut de Rome*. L'article 27 comme la Partie IX sur la coopération restent le cadre juridique pertinent. En décidant la « pleine coopération » du Soudan, le Conseil lui a imposé la Partie IX (ce qui explique par exemple la décision 87(7) rendue à son encontre⁸¹). Cependant, la renonciation au bénéfice de l'article 98-1 ne paraît pas justifiée sur la base des éléments invoqués par la Cour, pour les raisons susévoquées.

Une dernière possibilité juridique fut rejetée par la Chambre dans la décision de juillet 2017⁸². Défendue par le juge Perrin de Brichambaut dans son opinion minoritaire, elle nie toute immunité en faveur d'Omar Al Bashir en raison de la nature du crime pour lequel il est poursuivi. Toute protection serait écartée *ab initio* en vertu de la Convention de 1948 contre le génocide⁸³, rendant les débats relatifs à l'article

⁷⁹ Decision Pursuant to Art. 87 (7) of the *Rome Statute*, *supra* note 20 au para 18: « *acceptance of article 27(2) of the Statute, implies waiver of immunities for the purposes of article 98(1) of the Statute with respect to proceedings conducted by the Court* »; Décision rendue en application de l'art. 87-7 du *Statut de Rome*, *supra* note 1 au para 76; Kress, *supra* note 17 à la p 2125.

⁸⁰ Ainsi le raisonnement que nous tenons ne serait pas transposable à l'acceptation de la compétence de la Cour par l'intermédiaire de l'article 12-3.

⁸¹ *Le Procureur c Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-227, Décision relative à la requête du procureur aux fins qu'il soit pris acte de la non-coopération de la République du Soudan (9 mars 2015) (CPI, deuxième Chambre préliminaire).

⁸² Décision rendue en application de l'art. 87-7 du *Statut de Rome*, *supra* note 1 au para 109.

⁸³ Juge Perrin de Brichambaut, *supra* note 44 aux paras 20 et ss. L'idée, à laquelle il n'est pas réellement répondu dans la décision, repose sur une renonciation à l'immunité *via* la ratification de la *Convention de 1948* et les obligations de prévention et de répression y afférentes.

98-1 superflus. Sans réelle surprise, la Chambre affirme, à la majorité, que cette Convention n'entre pas en conflit avec les immunités du chef d'État, suivant ainsi la solution à laquelle conduit l'affaire précitée du *Mandat d'arrêt*⁸⁴.

En gardant à l'esprit la distinction entre dimension verticale et horizontale de l'immunité, on peut conclure que, saisissant la CPI, le Conseil de sécurité n'a imposé au Soudan qu'une coopération « verticale ». Les immunités personnelles du chef d'État, sur le plan horizontal, restent opposables à la Cour conformément à l'article 98-1 du *Statut de Rome*. En choisissant la notion de « pleine coopération », ce n'est pas une faveur que le Conseil a accordée à la CPI⁸⁵. Reste cependant que la République du Soudan viole actuellement ses obligations internationales au titre de la Résolution 1593 en omettant de lever les immunités d'une part, et en s'abstenant de coopérer avec la Cour de manière effective d'autre part.

Face à ces réticences, on peut s'interroger sur la pertinence du recours à une interprétation très dynamique, adoptée sans l'unanimité des trois juges, aboutissant de surcroît à un second revirement de jurisprudence. En outre, ce procédé est manifestement mal accepté par les États visés, autant que son efficacité s'est révélée, en pratique, discutable. D'un autre côté, ceci intervient, peut-être, comme une forme de substitution à l'activité d'un Conseil de sécurité proche de l'amorphie sur cette question⁸⁶. En tout état de cause, on ne peut qu'espérer un point final à cette fâcheuse situation, qui en l'état devrait perdurer, car d'autres décisions sont à venir⁸⁷. Outre une nouvelle résolution du Conseil de sécurité, les moyens d'y remédier sont pourtant connus⁸⁸. La première solution serait d'interroger la Chambre d'appel⁸⁹. La seconde, peut-être plus satisfaisante dans le contexte de tension entre la Cour et certains États parties, serait d'interroger la Cour internationale de Justice pour un avis consultatif, que pourrait demander le Conseil de sécurité (qui est directement concerné) ou l'Assemblée générale⁹⁰. L'importance des questions posées (qui portent finalement

⁸⁴ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000, supra* note 10 à la p 24 « [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 ». On trouve des décisions de juridictions internes étendant cette solution au crime de génocide. Voir notamment Cour de cassation, 12 février 2003, *Affaire Sharon*, 42 ILM 604 No P.02.1139.F (Belgique).

⁸⁵ G Sluiter, « Obtaining Cooperation from Sudan - Where Is the Law » (2008), 6 J Intl Crim Justice 877.

⁸⁶ Une résolution du Conseil de sécurité selon laquelle les États parties au Statut de Rome ont l'obligation d'arrêter et de remettre, nonobstant leurs immunités, les personnes soumises à un mandat d'arrêt de la Cour relativement à la situation au Darfour, suffirait à mettre fin à cette situation.

⁸⁷ Une procédure 87 (7) est ouverte actuellement à l'encontre de la Jordanie à propos d'une visite du Président Al Bashir en mars 2017.

⁸⁸ Voir les commentaires de Dire Tadli et Max Du Plessi, « The ICC's immunity debate : a need for finality » (11 août 2017), en ligne : EJIL: Talk !: <www.ejiltalk.org/the-iccs-immunity-debate-the-need-for-finality/>.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ L'Assemblée générale peut, en principe, soumettre « toute question juridique » à la Cour (article 96 de la Charte). Cette dernière essaye néanmoins de rattacher la question posée à la compétence de l'Assemblée (par ex. *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, [2004] CIJ rec 121 à la p 145).

sur les pouvoirs du Conseil de sécurité) justifierait sans nul doute une telle décision⁹¹.

Le 11 décembre 2017, peu après la finalisation de la présente contribution, une nouvelle décision a été rendue par la deuxième Chambre préliminaire en application de l'article 87(7) du *Statut* dans l'affaire *Al Bashir*. Celle-ci, prononcée à l'encontre de la Jordanie à propos d'une situation factuelle comparable, reprend très substantiellement les arguments relatifs à l'article 98-1 utilisés dans l'affaire concernant l'Afrique du Sud⁹². Les opinions exprimées dans le présent article correspondent donc à la position actuelle de la Cour pénale internationale. Toutefois, deux développements peuvent être brièvement mentionnés. Le premier, c'est l'extension par la Chambre de sa solution aux immunités reposant sur un traité, qui était jusqu'ici limitée aux immunités coutumières⁹³. Si, finalement, cette extension ne devrait créer la surprise, rien dans le *Statut* ne s'y opposant, on notera que la Chambre refuse d'assimiler l'accord sur les privilèges et immunités de la Ligue des États arabes de 1953 à un traité relevant du second paragraphe de l'article 98. Le second, c'est l'enclenchement d'une procédure d'appel par la Jordanie. Toutefois, en l'absence de disposition spécifique à ce propos dans le *Statut de Rome*, le recours contre une décision prise sur la base de l'article 87(7) devrait reposer sur une autorisation de la Chambre préliminaire elle-même (« *leave for appeal* »)⁹⁴ qui, à ce jour, n'a pas été rendue.

⁹¹ La CIJ pourrait cependant, comme pour tout avis, se dérober en usant de son pouvoir discrétionnaire, des « *raisons impérieuses* » lui dictant de ne pas le rendre (*Jugements du tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco*, [1956] CIJ rec 44 à la p 86).

⁹² *Le Procureur c Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-309, Décision rendue en application de l'article 87-7 du *Statut de Rome* concernant la non-exécution par la Jordanie de la demande que lui avait adressée la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise d'Omar Al-Bashir (11 décembre 2017) (CPI, deuxième Chambre préliminaire), en ligne : CPI <www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2017_07364.PDF>, au para 33 et s.

⁹³ *Ibid* au para 32.

⁹⁴ En application de l'article 82-1 d) du *Statut*. La Chambre préliminaire V(B) a déjà octroyé un appel dans une procédure 87(7) dans l'affaire *Le Procureur c. Uhuru Muigai Kenyatta*, ICC-01/09-02/11-1004, *Decision on the Prosecution's request for leave of appeal* (9 mars 2015), en ligne : CPI <www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_02744.PDF>.