

**L'année 2017 et la mise en œuvre judiciaire du DIH : Regard
laconique sur les rebondissements en matière de répression
des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité**

Par

CLUB DIH-UNIGOM

Etude dirigée par

GOYON MAOMBI MILEMBA et OLIVIER BAHOZE BARAKA *

PLAN

1. *Introduction générale*
2. *CPI-UA : retrait collectif ou panafricanisme excessif ? (par Olivier BAHOZE BARAKA).*
3. *Affaire EL BESHIR, Des immunités d'un chef d'Etat à la compétence universelle de la CPI : entre une justice captive de la politique et une cour irrespectueuse du droit international (par Olivier BAHOZE BARAKA).*
 - *Présentation de l'arrêt de la Cour Suprême de la République Sudafricaine N°83145/2016 du 22 février 2017 (Analyse et traduit de l'Anglais par Antoine MWIBIRITSA HANGI)*
 - *Présentation de la décision de la Cour Pénal Internationale rendue en application de l'article 87(7) du Statut de Rome relative à la non-application par l'Afrique du Sud des requêtes aux fins d'arrestation et de remise à la Cour d'OMAR EL BASHIR (Traduite de l'Anglais et analysée par Olivier BAHOZE BARAKA).*
4. *Affaire HISSENE HABRE : une justice à bout des plus forts (par Frank MAJONI SHUKURU)*
5. *UKRAINE C. RUSSIE : la CIJ tranche (par MBAZI BEDA Grâce)*
6. *Conclusion générale*

* Chef de travaux et Assistant à la faculté de Droit de l'Université de Goma. Nous remercions le secrétaire de la Revue, CT Eric KATUSELE B. pour avoir eu la gentillesse de confier au Club DIH de l'UNIGOM une opportunité d'expression par le biais de la présente étude et pour ses conseils avisés qu'il n'a cessé de faire à notre endroit. Nous remercions également MBAZI Grace, Frank SHUKURU MAJONI, Antoine MWIBIRITSA HANGI, MUBALAMA Julien, SALAMA RUBAYI Rita, LAETITIA MAKUTA, Mussa MBUYA BRIBA et AKILIMALI NTWALI pour avoir participé constructivement aux travaux d'élaboration de cette étude.

INTRODUCTION GENERALE

Pour les juristes humanitaristes, l'année 2017 reste symbolique. A en croire l'énergie déployée par l'humanité dans son ensemble pour déférer devant la justice les délinquants internationaux les plus légendaires, un message sans ambiguïté est transmis : « *Plus jamais d'impunité ni de répit en faveur des auteurs des crimes les plus abjects* ».

Il est évident qu'en dépit du panachage qui caractérise la traque et crée des méthodes assez diversifiées des poursuites ; le combat pour sauver le peu qui reste de l'humanité, bien que loin d'être gagné n'est pas encore perdu.

Dans sa breveté cette étude a pour objet de faire un décryptage sur la mise en œuvre à tous les niveaux du DIH par l'activisme judiciaire. A l'internationale, le gouvernement de l'Ukraine a déposé au Greffe de la Cour Internationale de Justice (CIJ) une requête introductive d'instance contre la Fédération de Russie concernant des violations alléguées de la convention internationale du 9 décembre 1999 pour la répression du financement du terrorisme (CIRFT) et de la convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CIEDR). Requête sur laquelle la CIJ était convié de se prononcer, ou pour les moins prendre des contre-mesures, en date du 19 avril 2017 (V). Au niveau régional, le bras de fer entre UA et CPI a atteint un pic, au point de faire envisager un retrait collectif des Etats africains parties au statut de Rome (I). Ceci, après que soit constatée une incompatibilité entre l'obligation de coopérer et les obligations dues mutuellement entre Etats frères au sein de l'UA (II). Le dénouement de l'élastique affaire HISSEN HABRE devant les Chambres africaines extraordinaires cause des émules et rend l'espoir aux victimes des affres d'hier et d'aujourd'hui (III & IV) ce qui suscite l'optimisme de voir les forts rendre des comptes peu importe le temps que cela prendra.

Non-exhaustive, cette réflexion n'intègre pas des considérations d'ordre historique pour ne pas perdre sa spécificité. Néanmoins, l'analyse des affaires obéit à une méthodologie simple : après l'identification de l'affaire sur laquelle porte l'étude (A), s'en suit une présentation concise des prétentions des parties telles que discutées lors des débats (B), la reprise

intégrale du dispositif de l'arrêt (C), avant un commentaire des questions soulevées et une appréciation de la décision (D), pour conclure avec une observation à titre particulier (E).

I. CPI-UA : retrait collectif ou panafricanisme excessif ?

Par

OLIVIER BAHOZE BARAKA

Jamais la crise de confiance entre la CPI et l'Union africaine (UA) n'avait atteint un degré aussi caniculaire. Ces deux institutions vivent une étape tendue susceptible d'hypothéquer les maigres chances de coopérations qui existaient encore. Cet état de chose laisse libre court à toute sorte d'analyse. Parmi les motifs les plus évoqués à la base de cette méfiance, nombreux sont ceux qui avancent l'« afrocentrisme » de la CPI comme raison officielle justifiant la tentative de retrait des États africains². Dans le milieu africain il est de plus en plus soutenu que les frustrations naissent du fait de l'orientation prétendument « politique » et « néo colonialiste » de l'action de la CPI. Pour étayer cette affirmation, l'on s'appuie souvent au fait que les procédures ouvertes depuis 2004 dans huit Etats (l'Ouganda, la République démocratique du Congo, le Soudan, la République Centrafricaine, la République du Kenya, la Libye, la Côte d'Ivoire et le Mali) ne concernent que l'Afrique³.

D'autres fustigent le fait que les procédures en cours visant des Chefs d'Etat et de Gouvernement africains en exercice vont à contre sens des honneurs et immunités liées à la haute autorité qu'octroient leurs statuts respectifs. C'est d'ailleurs la position que semble défendre l'UA. Une pareille situation ne

² JEAN-BAPTISTE JEANGENE VILMER, « Union africaine versus Cour pénale internationale : répondre aux objections et sortir de la crise », *Études internationales*, vol. 45, n° 1, Institut québécois des hautes études internationales, 2014, p. 16. Voir aussi : Marie Nicolas, « Dossier la Cour pénale internationale et le retrait des Etats », in *liRCO*, Fondation Université de Limoge, 5 mai 2017, p. 58.

³ Il est vrai que les 23 affaires devant la CPI concernent des États Africains (Darfour : Bahar Idriss Abu Garda, Abdallah Banda, Ahmad Harun, Ali Kushayb ; Soudan : Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Abdel Raheem Muhammad Hussein ; Mali : Ahmad Al Faqi Al Mahdi ; Kenya : Walter Osapiri Barasa, Paul Gicheru, Philip Kipkoech, Uhuru Kenyatta ; Centrafrique : Jean-Pierre Bemba Gombo ; République démocratique du Congo : Germain Katanga, Thomas Lubanga Dyilo, Mathieu Ngudjolo Chui, Bosco Ntaganda ; Côte d'Ivoire : Laurent Gbagbo, Charles Blé Goudé ; Ouganda : Joseph Kony, Raska Lukwiya et Okot Odhiambo ; Rwanda : Callixte Mbarushimana, Sylvestre Mudacumura).

ne passe pas sans laisser des conséquences négatives sur la relation « CPI-AFRIQUE ».

De ce qui précède, nombreux sont les africains qui craignent qu'une Cour discriminatoire et raciste serait en apogée. Surtout parce que d'autres situations concernant des faits graves qui se sont déroulés ou qui se prolongent sur d'autres lieux restent, au moins officiellement, hors du champ d'action de la CPI⁴. Le sentiment de marginalisation de l'Afrique par la CPI se renforce chaque jour davantage suite aux poursuites successives engagées contre certains officiels africains⁵.

Les Africains indexent aussi un certain degré révoltant d'indifférence coupable de la part du Conseil de sécurité et de la CPI à l'égard de l'UA. Car non seulement, la Cour maintiendrait ses procédures en cours au mépris des diverses décisions de l'UA. Mais également, le Conseil de sécurité de l'ONU n'a jusque-là répondu positivement aux demandes de l'UA l'invitant à user du pouvoir lui reconnu par le Statut pour sursoir temporairement les poursuites ciblant certains officiels africains⁶. Ce qui a conduit l'organisation panafricaine à se radicaliser. Celle-ci s'est inscrite, à d'occasions réitérées, dans la logique de l'intangibilité des chefs d'Etat en

⁴ Les pays dans lesquels se sont déroulées des affaires d'une extrême sauvagerie comme la Syrie, l'Irak, la Birmanie, Israël pour ne citer que ceux-ci attirent moins l'attention de la CPI.

⁵ Il s'agit notamment de (1) Omar Hassan Al-Bashir, voir : *Le Procureur c Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-3-tFRA, Mandat d'arrêt (4 mars 2009) (Cour pénale internationale, Chambre préliminaire I), en ligne sur : CPI: <http://www.iccpi.int/iccdocs/doc/doc639085.pdf>. (2) d'Uhuru Kenyatta, voir : *Le Procureur c Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Mugai Kenyatta et Mohammed Hussein Ali*, ICC- 01/09-02/11, Decision on the confirmation of charges pursuant to article 61(7) (a) and (b) of the Rome Statute (23 janvier 2012) (Cour pénale internationale, Chambre préliminaire II), en ligne sur : CPI: <http://www.iccpi.int/iccdocs/doc/doc1314543.pdf>. Et (3) William Somoei Ruto, voir : *Le Procureur c William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11, Decision on the confirmation of charges pursuant to article 61(7) (a) and (b) of the Rome Statute (23 janvier 2012) (Cour pénale internationale, Chambre préliminaire II), en ligne sur : <http://www.iccpi.int/iccdocs/doc/doc1314535.pdf>.

⁶ Pareil pouvoir est prévu par l'article 16 du Statut de la CPI qui prévoit le sursis à enquêter ou à poursuivre. Cette disposition stipule qu' « Aucune enquête ni aucune poursuite ne peuvent être engagées ni menées en vertu du présent Statut pendant les douze mois qui suivent la date à laquelle le Conseil de sécurité a fait une demande en ce sens à la Cour dans une résolution adoptée en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies; la demande peut être renouvelée par le Conseil dans les mêmes conditions ».

exercice. Pour l'UA, ceux-ci ne devraient pas être poursuivis par la Cour dans la mesure où cela risquerait de « *saper la souveraineté, la stabilité et la paix* » des Etats membres de l'UA⁷.

Jusqu'ici, la position de l'UA à l'égard de l'action de la CPI s'est avérée pratiquement monotone. Elle considère l'activisme de la Cour comme une menace à la paix et à la sécurité de l'Afrique car constitutif d'une atteinte à la souveraineté et à l'Indépendance politico-judiciaire de l'Afrique. A titre illustratif, par rapport à la délivrance du mandat d'arrêt contre le colonel Kadhafi, l'UA s'est dite :

« préoccupée par la manière dont le procureur de la CPI gérait la situation en Libye et a soutenu que ce mandat d'arrêt compliquait sérieusement les efforts visant à trouver une solution politique négociée à la crise en Libye, et à traiter les questions d'impunité et de réconciliation de manière à prendre en compte l'intérêt mutuel des parties concernées »⁸.

Face aux poursuites à l'encontre d'Al Bashir, l'Union le considéra comme susceptibles de « sérieusement affecter les efforts en cours visant à faciliter le règlement rapide du conflit au Darfour et à promouvoir une paix durable et la réconciliation sur l'ensemble du Soudan »⁹.

A l'issue d'un sommet en 2013, le Premier ministre éthiopien, Hailemariam Desalegn avait dénoncé une «chasse raciale». Avant d'émettre un vœu que la cour « ne devrait pas pourchasser des Africains»¹⁰. En février 2014 à

⁷ Assembly/AU/Dec. 397 (XVIII), Décision sur le rapport intérimaire de la Commission sur la mise en œuvre des décisions de la Conférence sur la Cour pénale internationale, Doc. EX.CL/710 XX). Voir aussi G. M. MUSILA, « Africa Union and Evolution of International Criminal Justice in Africa: Challenges, Controversies and opportunities », Trust Africa Publication on International Criminal Justice in Africa, pp. 1-43. Pour le cas spécifique du Kenya, voir KAGUONGO, W., MUSILA, G. M., Judiciary Watch Report. Addressing Impunity and Options for Justice in Kenya: Mechanisms, Issues and Debates, The Kenyan Section of International Commission of Jurists, Konrad Adenauer Stiftung, vol. III, 2009.

⁸ Voir *Decision on the Implementation of the Assembly Decisions on the International Criminal Court*, Déc. AG UA 366(XVII), Doc off AG UA, 17e sess, supp n° 4, Doc EX.CL/670(XIX) (2011) au para 6.

⁹ Conseil de paix et de sécurité de l'UA, PSC/MIN/Comm(CXLII) Rev.1, Communiqué du 21 juillet 2009, §9.

¹⁰ EUGENIE BASTIE, « Pourquoi des États africains se retirent de la Cour pénale internationale », Publié le 26/10/2016 à 15:17. Disponible en intégralité dans MARIE

Addis-Abeba, l'UA a d'ailleurs promulgué un texte encourageant les pays africains à quitter la CPI. Texte voté à l'instigation du président kényan Uhuru Kenyatta, lui-même poursuivi par la CPI avant que les charges ne soient abandonnées en 2012.

Mise à part l'appel adressé par l'organisation panafricaine à ces Etats membres de cesser toute coopération avec la Cour dans l'exécution de ces mandats d'arrêts, l'activisme jugé excessif de la CPI sur le continent est à l'origine d'une fronde ouverte contre celle-ci. Il est fait état d'un refus d'exécution des mandats que la Cour émet par ceux-ci. Le Burundi, la Gambie et l'Afrique du Sud ont même annoncé leur retrait du statut de Rome. Ces trois cas sont loin d'être isolés. De plus en plus, les Etats africains parties au Statut soutiennent la solution du retrait collectif à l'égard de la CPI. La récente annonce d'un éventuel retrait collectif des 34 États africains signataires du statut de Rome était évoquée, fin janvier 2016, à Addis-Abeba.

Cependant, nous sommes d'avis, à la lumière des faits, que l'Afrique a une part de responsabilité dans ce climat répressif qui caractérise l'orientation de l'action de la CPI sur son territoire.

Premièrement, les Etats africains ont, en toute souveraineté adhéree à la CPI, en ratifiant sans réserve le statut de Rome¹¹. On peut même aller loin pour soutenir que sans l'Afrique le statut n'entrerait jamais en vigueur¹². Il est donc logique, qu'en vertu du principe *Pacta sunt servanda* ; le statut de Rome, comme tout traité en vigueur puisse *lier les parties* (parmi lesquelles les Etats africains) *et doit être par cet effet exécuté par elles de bonne foi*¹³. Ceci, dans la mesure où la répression doit être effectivement assurée non

NICOLAS, « Dossier la Cour pénale internationale et le retrait des Etats », op.cit., pp. 63-65.

¹¹ Sur les 54 Etats membre de l'UA ; 34 ont d'ores et déjà ratifié le statut de la CPI. Pour plus des précisions voir Document A/Conf. 183/9. Le Statut de Rome est entré en vigueur le 1er juillet 2002. Au 7 février 2014, 124 Etats sont parties au Statut de la CPI. Parmi eux, 34 sont des Etats d'Afrique, 18 sont des Etats d'Asie et du Pacifique, 18 sont des Etats d'Europe orientale, 27 sont des Etats d'Amérique Latine et des Caraïbes, et 25 sont des Etats d'Europe occidentale et autres Etats. Voir site de la CPI : www.icc-cpi.int.

¹² En effet, le tout premier Etat à ratifier le Statut de Rome est africain ; le Sénégal. Le soixantième Etat ayant occasionné l'entrée en vigueur du statut est aussi Africain ; la RDC.

¹³ Art. 26 *Convention de Vienne sur le droit des traités* conclue le 23 mai 1969.

seulement au niveau national et par le renforcement de la coopération internationale.

Par ailleurs, il est difficilement contestable de soutenir comme Jean Baptiste Jeangène VILMER que ce sont les Etats africains qui ont « africanisé » la CPI¹⁴. Car :

« L'afrocentrisme (de la CPI) s'explique également par des décisions subjectives. Sur les neuf situations africaines, le procureur ne s'est auto-saisi qu'une seule fois (Kenya) et seulement après que la Commission d'enquête kényane lui a envoyé des noms ; et le Conseil de sécurité des Nations unies n'a saisi la Cour que deux fois (Soudan et Libye), toujours avec le soutien des Etats africains au sein du Conseil. Dans tous les autres cas, ce sont des Etats africains qui ont saisi la Cour, espérant l'utiliser pour se débarrasser d'une opposition sur leur territoire»¹⁵.

Deuxièmement, il est anodin de rappeler que certains pessimistes semblent ignorer le caractère complémentaire de la CPI à l'égard des juridictions nationales des Etats parties au statut. Ainsi, la charge de poursuivre les auteurs des atrocités qui défient l'imagination et heurtent profondément la conscience humaine revient premièrement aux juridictions internes des Etats, car le juge national est seul compétent pour connaître les crimes internationaux.

En vertu de ce principe, les juridictions nationales ont la prééminence sur la Cour internationale, celle-ci ne devant se saisir d'un dossier que s'il est avéré que l'Etat concerné ne veut pas ou n'est pas en mesure de le faire lui-même. Ainsi, plus la primauté des juridictions nationales s'exercera, moins la

¹⁴ J-B. JEANGÈNE VILMER, « L'Afrique et la Cour pénale internationale (1/2) : une justice de « Blancs » ? », in *LE MONDE*, le 31/10/2016 à 18h00. Disponible sur : http://www.lemonde.fr/afrique/article/2016/10/31/l-afrique-et-la-cour-penale-internationale-1-2-une-justice-de-blancs_5023431_3212.html (Consulté le 04/06/2017 à 11:45')

¹⁵ Idem.

complémentarité de la CPI sera sollicitée¹⁶. En ce sens Olivier DE FROUVILLE parle de la juridiction nationale internationalisée¹⁷.

Si les Etats africains s'acquittent entièrement de leur devoir de soumettre à leurs juridictions criminelles respectives les responsables de crimes internationaux, la CPI ne peut plus rien poser comme acte de procédure¹⁸. Dans la mesure où ce n'est que lorsqu'un Etat prend une décision de ne pas poursuivre qui s'avère être un effet du manque de volonté ou de l'incapacité de celui-ci de mener véritablement à bien des poursuites, que la Cour pourra déclarer une affaire recevable devant elle¹⁹.

Bon nombre des Etats de l'UA se sont retrouvés dans l'une de ces deux situations. NYABIRUNGU rappelle que :

« La justice national en Afrique et particulièrement en RDC fait face à pas mal des défis, parmi lesquels les problèmes d'évasion, d'exécution des dommages-intérêts et celui de la protection des victimes et témoins. Cette situation ne peut permettre aux cours et tribunaux africains de donner les meilleurs d'eux-mêmes pour s'acquitter valablement de la mission qu'implique le principe de leur primauté. C'est lorsque celle-ci est mise à mal que la CPI, doit-être en mesure d'exercer sa compétence complémentaire »²⁰.

Parlant de la RDC, à titre particulier ; l'expérience à démontrer à quel niveau les difficultés de poursuivre les crimes graves conformément aux prescriptions du Statut de Rome en appelle à l'action de la CPI²¹. En effet,

¹⁶ NYABIRUNGU MWENE SONGA R. *Droit international pénal*, Ed. Droit et société, Kinshasa, 2013, p.191.

¹⁷ O. DE FOUVRILLE, *Droit international pénal : Sources, incriminations, responsabilités*, Paris, A. Pedone, 2012, p.26.

¹⁸ Cfr. §10 du préambule, les articles 1 et 17 du Statut de Rome.

¹⁹ Cette brèche est prévue par le statut à ses points 1 et 2 de l'article 17, ainsi; les affaires portées devant la cour qui font l'objet d'une enquête ou des poursuites de la part d'un Etat ayant compétence en l'espèce ne peuvent-être recevables que *si l'Etat en question n'ait de volonté ou soit est dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites*.

²⁰ NYABIRUNGU MWENE SONGA R., *Op. Cit.*, p.191.

²¹ Pour une analyse des décisions des juridictions militaires congolaises en application du Statut de Rome voir J. MBOKANI, *La jurisprudence congolaise en matière de crimes de droit international*, une étude d'OSISA, 2016, 404p. Voir aussi : Haut-commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, République démocratique du Congo, *Rapport du Projet Mapping concernant les violations les plus graves des*

l'Afrique devrait plutôt assainir son système judiciaire aux fins de se rendre viable et à la hauteur de ses obligations internationales. D'une part ; pour se mettre à l'abri des critiques, et d'autre part, pour empêcher anticipativement la CPI de réagir.

Troisièmement, en s'appuyant aux réalités politiques et sécuritaires de l'Afrique, il est constaté que des crimes de la compétence de la Cour sont perpétrés quotidiennement par les Africains, contre le Africains et sur le sol africain. Ainsi, la situation politique en Afrique paraît criminogène. Les droits de l'homme pourtant affirmés sont constamment violés de manière grossière et trop souvent impunie.

Le professeur DJIENA WEMBU faisait un constat selon lequel :

« Tous les continents sans exception, violent le droit de l'homme. Mais ce qui caractérise le tiers-monde en général et l'Afrique en particulier, c'est que les violations sont flagrantes, graves et grossières. Elles découlent d'un mépris évident du droit à la vie et d'une hostilité farouche aux droits politiques et au phénomène de l'alternance au pouvoir »²².

Pour sa part, Amnesty international renseigne, dans son rapport récent que :

« Malgré la précarité de la situation en Afrique; l'impunité est demeurée l'une des causes principales des conflits et des situations d'instabilité, tout en continuant de les alimenter. Malgré quelques avancées, les forces de sécurité et les groupes armés responsables de crimes de droit international dans différents pays tels que le Cameroun, le Nigeria, la RDC, la République centrafricaine, la Somalie, le Soudan et le Soudan du Sud n'ont guère eu à répondre de leurs actes. À l'échelle internationale, certains États et l'UA ont continué d'œuvrer politiquement pour saper l'indépendance de la Cour pénale internationale (CPI) et pour garantir aux chefs d'État en exercice l'immunité contre toute poursuite, même s'ils étaient accusés de

droits de l'homme et du droit international humanitaire commises entre mars 1993 et juin 2003 sur le territoire de la République démocratique du Congo, Août 2010, 581p. Disponible sur <http://www.ohchr.org>

²² M-C. DJIENA WEMBU, *Le droit international dans un monde en mutation*, Paris, l'Harmattan, 2003, p.255

crimes contre l'humanité, entre autres crimes de droit international »²³.

Eu égard à ce qui précède, quoi de plus salubre qu'une juridiction répressive internationale capable de frapper sans complexe quiconque commettra des crimes les plus graves ? Nous sommes d'avis qu'il n'existe actuellement aucune autre institution au niveau international capable d'incarner à l'image de la CPI, un instrument aussi puissant de dissuasion à l'encontre des potentiels auteurs des crimes internationaux.

Encore, faut-il rappeler le désordre qui frise l'amateurisme que suscite le caractère drôle de la démarche soutenue par l'UA, dans la mesure où les probabilités d'aboutissement d'un éventuel retrait collectif paraissent de maigre chance. Cela pour deux raisons : (i) d'abord, parce la possibilité d'un retrait collectif n'est pas prévu dans le Statut, encore moins envisageable en droit international. Les Etats africains ont émis le vœu d'être lié à la CPI à titre individuel, ils ne peuvent en sortir qu'individuellement. Tel est le mécanisme qu'ont suivi les trois pays (Burundi, Gambie et RSA) qui ont demandé de quitter la CPI en 2016. (ii) Ensuite, la résolution entérinée par les dirigeants africains réunis au sommet de l'Union africaine à Addis-Abeba, le 30 et le 31 janvier 2017, posant le principe d'un « *retrait collectif* » du tribunal de La Haye n'appelle pas à un retrait immédiat. Elle se contente seulement d'apporter un soutien aux pays qui ont quitté la juridiction de La Haye²⁴.

Il faut aussi fustiger, le rôle peu sérieux que joue l'organisation panafricain. L'UA n'est pas partie au traité instituant la CPI. Nous restons cependant perplexes face aux déclarations qu'elle enchaîne à l'égard de la Cour. La préoccupation majeure qui en découle reste de savoir en quelle qualité intervient l'UA.

Au moins, un constat peut se dégager : plus les critiques se succèdent moins on comprend l'immixtion de l'UA dans les affaires entre la CPI et les Etats africains Parties à son Statut. La Cour serait donc victime d'un

²³ *Amnesty International – Rapport 2015/16, p. 17.*

²⁴ TIRTHANKAR CHANDA, « Union africaine et CPI: chronique d'un divorce à petits pas », Publié le 13-02-2017 Modifié le 14-02-2017 à 17:50. Disponible sur : <http://www.rfi.fr/afrique/20170209-cour-penale-internationale-union-africaine-liaisonsambigues-retrait-collectif> , (Consulté le 16 avril 2017 à 11: 30')

panafricanisme poussé à l'extrême (radical). La paralysie de l'action de la CPI sur le continent africain décrédibilise l'UA qui, tout comme la Cour de La Haye, s'en sort aussi fragilisée. Dans l'allure où vont les choses, on ne peut que présager de manière provisoire que cette organisation demeure immature. Celle-ci n'est pas prête de cesser d'être un Club des dictateurs africains.

Cependant, pour quitter de l'impasse il faut aussi tenir compte de certaines critiques crédibles adressées à l'encontre de la Cour. Par exemple, il faut penser comment *Désafricaniser la CPI*, comme le soutient J-B. VILMER :

« En encourageant la CPI à enquêter sur des situations non africaines. L'affaire géorgienne est un bon début, et un tournant dans l'histoire de la Cour sur lequel il faudrait davantage communiquer. Le bureau du procureur a intérêt à faire en sorte que des affaires non africaines aillent au-delà du stade de l'examen préliminaire dans le respect de l'indépendance et de l'impartialité de la Cour »²⁵.

Il serait raisonnable de plaider aussi en faveur d'une relativisation des positions, surtout lorsqu'il s'agit d'une juridiction répressive qui ne compte que sur la volonté des Etats parties à son Statut pour exécuter les mandats qu'elle émet. Donc, il s'avère nécessaire de concilier les points de vues pour ne pas radicaliser des attitudes, en permettant les réformes jugées nécessaires proposées par les Etats, dans l'optique de faciliter la tâche à ceux qui sont sensés matérialiser l'action de la CPI. L'urgence et le besoin de justice exige pareille attitude faute de quoi, l'exécution sans contrainte des obligations internationales restera confiner dans une immobilité paralysante.

Penser le contraire c'est avoir une vision angélique des rapports internationaux. Car il est évident que les règles internationales ne contenant, le plus souvent, que les obligations de comportement, à l'égard desquelles, les Etats sont conviés de se conformer. Comme le souligne Dominique

²⁵ JEAN-BAPTISTE JEANGENE VILMER, « L'Afrique et la Cour pénale internationale (2/2) : comment sortir de l'impasse ? » In LE MONDE publié le 01.11.2016 à 12h20. http://www.lemonde.fr/afrique/article/2016/11/01/l-afrique-et-la-cour-penale-internationale-2-2-comment-sortir-de-l-impasse_5023627_3212.html , (Consulté le 20 juin 2017 à 11: 45')

CARREAU, même lorsqu'elles vont « au-delà » et contiennent des obligations de résultat, celles-ci demeurent en général encore confinées au niveau de seuls organes étatiques²⁶.

Il est donc superfétatoire d'ignorer les bases volontaristes qui caractérisent l'action de la Cour.

II. Affaire EL BESHIR, Des immunités d'un chef d'Etat à la compétence universelle de la CPI : entre une justice captive de la politique et une cour irrespectueuse du droit international

Par

OLIVIER BAHOZE BARAKA

Le 31 mars 2005, la Cour était saisie par le CSNU au terme de sa Résolution 1593²⁷ ; par laquelle l'organe de maintien de la paix onusien envoyait la situation prévalant dans la région du Darfour. En date du 4 mars 2009, la Chambre préliminaire I délivre à la demande du Procureur, un mandat d'arrêt à l'encontre du président en exercice du Soudan²⁸, pour les crimes commis au Darfour.

Au fil de temps, il s'est avéré que l'exécution des mandats d'arrêt ciblant Omar AL-BASHIR s'est avérée pour le moins impossible. Suite à une radicale opposition entre les Etats réunis au sein de l'UA, AL-BASHIR se déplace sans être inquiété. La récente crise sur la polémique autour de la non arrestation du président soudanais à l'occasion du sommet de l'UA à Johannesburg le 14 et 15 juin 2015 a causé une incompréhension de trop dans les relations suffisamment tendues entre l'Afrique et la CPI²⁹. Le gouvernement sud-africain a essuyé des violentes critiques pour ne pas avoir arrêté BASHIR. Les commentateurs ont vu en cette énième crise découlant de la non-exécution des mandats émis par la Cour à l'encontre du président soudanais une illustration d'incompatibilité entre les obligations légales à

²⁶ D. CARREAU, *Droit international*, Paris, Pedone, 1988, p.464. Cité par M-C. DJIENA WEMBU, *Op.cit.*, p.248.

²⁷ Rés/CSNU 1593, Doc off CS NU, 5158e séance, Doc NU S/INF/60 (2005) 135.

²⁸ Voir supra note n°2 et 5.

²⁹ Pour une analyse détaillée et structurée de la procédure interne et internationale dans cette affaire, voir infra pp. 237-258.

l'égard de la CPI, auxquelles l'Afrique du sud est tenue et les allégeances que se doivent mutuellement les Etats « frère » de l'UA³⁰.

Pour ceux qui œuvrent dans les giron de la CPI, l'heure est à la satisfaction. Pascal TURLAN, conseiller au bureau du Procureur de la CPI s'appuie au départ précipité auquel a été contraint le président soudanais suite à la procédure lancée contre lui en Afrique du sud, pour conclure que BASHIR ne peut plus se déplacer impunément où il veut sans que cela ait des conséquences sur lui. Pour TURLAN, « l'étau judiciaire se resserre autour de BESHIR »³¹.

Cette énième occasion ratée d'arrêter AL-BASHIR ne passe pas inaperçue. En effet, la République sud-africaine était au cœur des débats le 7 avril 2017 à la CPI. Il lui a été fait les reproches de ne pas avoir arrêté BASHIR lorsqu'il était sur son territoire il y a presque deux ans. Pour sa défense, M. TLADI, professeur de droit à l'Université de Pretoria et conseiller juridique de l'Afrique du sud à la CPI soutint que son pays n'a violé aucune loi en refusant d'arrêter le Président du Soudan. Pour lui, Pretoria ne pouvait rien faire parce que les lois et règles en la matière, sans parler de la jurisprudence sont « incohérentes ». Tout en pointa les facteurs diplomatiques, TLADI déclara que :

« Notre engagement en faveur de la paix, du maintien de la paix n'est pas théorique mais pratique. Il ne se limite pas aux déclarations que nous faisons à l'Union Africaines ou aux Nations Unies. Cet engagement en faveur de la paix a couté la vie à plus de 40 sud-Africains au cours des dernières années. Comme nous jouons un rôle de premier plan dans ce domaine, nous ne pouvons pas nous retirer de l'Union Africaine ou adopter une position qui porterait à croire que nous n'accueillerons pas les Chefs d'Etat de l'Union Africaine. C'est totalement impossible »³².

³⁰ TIRTHANKAR CHANDA, « CPI: heurs et malheurs de la justice international en Afrique », publié par RFI le 20-06-2015, disponible sur www.rfi.fr/afrique/20150620-cpi-justice-internationale-afrique-du-sud-zuma-bensouda-el-beshir, (Consulté le 16 avril 2017 à 11: 30')

³¹ Idem.

³² RFI, Affaire Omar el-Beshir : l'Afrique du sud s'explique à la CPI. Publié le 7 avril 2017, disponible sur www.rfi.fr/afrique/20170407-afrique-sud-soudan-cpi-omar-el-beshirarrestation-refus-ua-dire-tladi-droit-profess, (Consulté le 16 avril 2017 à 12: 00').

Cette crise ne date pas d'hier. Elle est le prolongement d'une incompatibilité observée entre les nécessités de la justice et celles de la paix. Ce défaut de coopération caractérise pratiquement la quasi-majorité des Etats africains. Une pareille situation apporte des interrogations sur l'avenir de l'action de la CPI en Afrique. Il ne serait pas hâtif de conclure que la règle dite de défaut de pertinence de la qualité officielle prévue par le statut³³ semble pour le moins peu unanime.

L'imbroglie diplomatique qui est né de l'impossibilité pour l'Afrique du Sud d'exécuter le mandat d'arrêt émis par la Cour contre le président soudanais lors de son passage sur le sol sud-africain est parmi les motivations à l'origine de la décision de l'Afrique du Sud de se retirer du Statut de la Cour pénale internationale. Cette décision de retrait est déjà notifiée au Secrétaire général de l'ONU.

Mais cette dynamique ne fut suffisante en elle seule pour empêcher la Cour suprême sud-africaine de juger la décision de retrait inconstitutionnelle. Analysons dans la suite la procédure judiciaire ayant suivi cette polémique aux niveaux interne (A) et international (B).

³³ L'article 27 du statut de Rome dispose ce qui suit : « 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 ».

**A. Présentation de l'arrêt de la Cour Suprême de la
République Sud-africaine N°83145/2016 du 22 février
2017.**

**Analysé et traduit de l'Anglais par
ANTOINE MWIBIRITSA HANGI**

1) Identification de l'Arrêt

L'arrêt sous examen avait été rendu par la Cour Suprême de la RSA et au numéro 83145/2016, le 22 février 2016. A l'audience, cette cause avait été entendue et l'arrêt avait été rendu par MOJAPELO (Président), MAGKOKA et MOTHLE (Juges).

2) Parties en cause

L'affaire opposait :

L'Alliance Démocratique (demandeur) au gouvernement Sud-africain.

- Ministre de la coopération et relations internationales (1^{er} défendeur),
- Ministre de la justice et le service correctionnel (2^e défendeur),
- Le Président de la République (3^e défendeur),
- Le Président de l'Assemblée nationale (4^e défendeur),
- Le Président du conseil national des provinces (5^e défendeur),
- Le centre sud-africain de litige (6^e défendeur),
- Le Professeur John DUGARD et le Professeur Guenael METTRAUX (7^e défendeur),
- Amnesty International limited (8^e défendeur),
- La Fondation Helene SULMAN (9^e défendeur),
- L'initiative Paix et Justice et le centre pour les droits de l'homme (10^e défendeur),
- Le Conseil pour l'avancement de la constitution sud-africaine (Partie intervenante).

3) Exposé des faits et demandes des parties:

Le 19 octobre 2016 l'exécutif national sud-africain a pris la décision de se retirer du Statut de Rome. Le ministre des relations internationale a signé une notification de retrait afin de donner effet à ladite décision et l'a déposé auprès du Secrétaire Générale de l'ONU.

En réalité, le retrait de la RSA du Statut de Rome faisait suite au refus par la RSA d'arrêter le président soudanais OMAR EL-BASHIR et le délivrer à la CPI en vertu de l'obligation de coopérer avec la CPI qui lui incombe. C'était pendant son séjour sur le territoire sud-africain à l'occasion de la 30^e Session ordinaire et 25^e Session ordinaire de l'Assemblée de l'Union Africaine. La RSA s'était trouvée devant le conflit entre obligations lui incombant en vertu du Statut de Rome, d'arrêter OMAR EL-BASHIR car faisant l'objet d'un mandat d'arrêt international et l'obligation lui incombant de garantir les immunités en vertu de la Convention Générale sur les immunités de l'OUA (de 1951) et en vertu de la coutume internationale reconnaissant l'immunité aux chefs d'Etat en exercice.

Le 20 et 21 octobre 2016, le ministre de la justice écrivit des lettres identiques respectivement au rapporteur de l'Assemblée nationale et au Président du Conseil national des provinces les informant de la décision du cabinet de se retirer du Statut de Rome et les raisons sus-évoquées. Dans ces lettres, le Ministre de la justice affirme son intention de déposer au parlement un projet de loi relatif à l'abrogation de la loi interne de mise en œuvre du Statut de Rome.

Le 24 avril 2016 le demandeur émit une demande pour l'accès direct à la Cour constitutionnelle cherchant à mettre à défi la décision du gouvernement ci-haut citée.

Le 11 novembre 2016 la Cour constitutionnelle a déclaré sa demande irrecevable au motif que ce n'était pas dans l'intérêt de la justice d'entendre la question à ce niveau. Par conséquent, le demandeur revient à sa demande à la cour et demande à ce que la cour déclare inconstitutionnelle et invalide la notification de retrait et la décision du cabinet de se retirer du Statut de Rome et celle de délivrer ladite notification au Secrétaire Générale des Nations Unies initiant le retrait.

Par voie de conséquence, le demandeur sollicite que le 1^e, le 2^e et le 3^e défendeur soient enjoins de retirer la notification de retrait et de prendre les étapes nécessaires pour finaliser le processus de retrait (dénonciation) selon l'article 127 du Statut de Rome.

4) Objet du litige

L'affaire en question concerne la séparation des pouvoirs entre l'exécutif national et le parlement dans les relations internationales et la conclusion de traité. Ce qui appelle à l'interprétation de la section 231 de la constitution de la RSA de 1996.

Et la question principale consiste donc à savoir si le pouvoir que détient l'exécutif de conclure les traités internationaux inclut ou implique également le pouvoir de délivrer la notification de retrait ou dénonciation des traités sans l'approbation du parlement.

Et la question subséquente consiste à savoir s'il est constitutionnellement permis à l'exécutif national de délivrer la notification de retrait à un traité international sans avoir préalablement abrogé la loi interne qui donne force juridique audit traité.

5) Arguments des parties

Demandeur :

- L'approbation préalable du parlement était exigée avant que la notification du traité ne fut délivrée au Secrétaire Générale des Nations Unies (article 231 de la Constitution sud-africaine).
- L'abrogation de la loi de mise en œuvre du Statut de Rome (*Implementation Act*) était requise avant la délivrance de la notification aux Secrétaire Général des Nations Unies
- La délivrance de la notification de retrait (acte de dénonciation) sans consultation au préalable du parlement était irrationnelle du point de vue procédural.
- Le retrait du Statut de Rome enfreint les obligations de l'Etat aux termes de la section 7 (2) de la constitution.

Défenseurs :

- Pour le gouvernement l'accord ou l'approbation préalable du parlement n'était pas requis parce que l'article 213 ne contient aucune pareille provision ou prescription.
- C'est à l'exécutif national qu'incombe le rôle principal de conduire les relations internationales et de conclure les traités.
- Dès lors que la fonction originale de conclure les traités n'est pas celle du parlement mais plutôt de l'exécutif national, l'approbation du parlement n'est requise que pour donner l'effet contraignant au niveau interne audit traité déjà conclue par la ratification vu qu'il n'appartient pas au parlement de se retirer d'un traité et que la décision de savoir s'il faut ou non se retirer d'un traité n'appartient pas au Parlement, l'approbation du parlement n'est pas requise.
- Même le droit international, la ratification du retrait ou de dénonciation d'un traité ne requiert pas l'approbation du Parlement (l'article 56 de la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, article 127 du Statut de Rome). Ces articles parlent d'un acte de dénonciation signé par le Chef de l'Etat, le Chef du gouvernement, le ministre des affaires étrangères, et d'autres représentants de l'Etat concerné sans que ne soit requise l'approbation du Parlement, ni sa confirmation.
- L'approbation du Parlement n'est requise que pour un accord international. Or, le retrait ou la dénonciation étant un acte unilatéral et non un accord international, il n'est requis aucun accord du parlement en application de la maxime *unius est exclusio alterius*.
- La question de savoir si l'approbation du Parlement est requise avant la notification du retrait (dénonciation) est donnée et ne relève pas des faits de la présente cause parce que l'approbation du parlement est en train d'être obtenue pour le retrait (processus en cours).

6) Décision du juge

La Cour a fait droit à la requête du parti Alliance Démocratique (au demandeur),

De l'avis de la Cour en effet, la décision de l'exécutif national de se retirer du Statut de Rome n'a en soi rien d'inconstitutionnel parce que c'est de son pouvoir et de sa compétence de prendre pareille décision. Mais ce qui est

inconstitutionnel et invalide c'est l'exécution de cette décision (la délivrance de la notification de retrait) sans approbation préalable du Parlement. Par conséquent, la déclaration de l'invalidité de ladite notification couple avec un ordre pour le retrait de cette notification est suffisante comme une solution effective, juste et équitable.

Par ces motifs la Cour ordonna que :

- La notification du retrait du Statut de Rome de la CPI signé par le premier défendeur, le ministre des relations et la coopération internationale le 19 octobre 2016 sans approbation préalable du Parlement est inconstitutionnelle et invalide.
- La décision du cabinet de délivrer l'acte de dénonciation (notification) au Secrétaire Général des Nations Unies sans accord préalable du Parlement est inconstitutionnelle et invalide.
- Le 1^e, le 2^e et le 3^e défendeur (le ministre des relations et la coopération internationales, le ministre de la justice, le Président de la RSA) sont enjoins de révoquer la notification de retrait (acte de dénonciation) auquel il est fait allusion au paragraphe ci-haut.
- Le 1^e, le 2^e et le 3^e défendeur sont enjoins de payer les frais supportés par le demandeur, y compris les coûts conséquents au paiement des deux conseils (avocats).
- Il n'y a pas lieu de frais entre la partie intervenante, le 1^e, le 2^e, le 3^e, le 6^e, le 9^e et le 10^e défendeur.

7) Commentaire

L'arrêt n'a bloqué le retrait de la RSA que quant à la procédure. Il est donc possible que le gouvernement sud-africain régularise la procédure de retrait notamment en demandant l'accord du parlement afin d'abord d'abroger la loi de mise en œuvre du Statut de Rome en RSA pour ensuite continuer avec le processus de dénonciation dudit Statut.

***B. Présentation de la décision de la Cour Pénal Internationale
rendue en application de l'article 87(7) du Statut de Rome
relative à la non-application par l'Afrique du Sud des requêtes
aux fins d'arrestation et de remise à la Cour d'OMAR EL
BASHIR***

Traduite de l'Anglais et analysée

Par

OLIVIER BAHOZE BARAKA

1) Identification de la décision

La décision sous-analyse était rendue par la Chambre préliminaire II (« la Chambre ») de la Cour pénale internationale (« la Cour » ou « la CPI ») sur l'identifiant ICC-02/05-01/09 en date du 6 juillet 2017 dans l'affaire Procureur C/ Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Décision basée sur l'article 87(7) du Statut de Rome relative à la non-application par l'Afrique du Sud de la requête de la Cour relative à la coopération de la République Sud-africaine concernant l'arrestation et la remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir (« Omar Al Bashir ») à la Cour. La chambre était composée de CUNO TARFUSSER (Juge président), Marc Perrin de BRICHAMBAUT (Juge) et CHANG-HO CHUNG (Juge).

2) Partie en cause

Comme l'indique son intitulé ; la présente décision découle d'une confrontation qui concerne la République Sud-africaine et le bureau du Procureur comme acteurs principaux.

- L'Afrique du Sud était représentée par Johanna de WET, du Département des relations extérieures et de la coopération de la République d'Afrique du Sud et avocat devant la Haute cour d'Afrique du Sud, de M. TLADI, professeur de droit international, avocat devant la Haute cour et conseiller du ministère en charge des relations internationales et conseiller en coopération. Ils étaient accompagné par une équipe juridique composée de Thanisa NAIDU-LEWIN et de Rommi BRAMMER, tous deux conseillers juridiques au bureau du Premier conseiller juridique de l'Etat à Pretoria, de M. André STEMMET, avocat à la Haute Cour d'Afrique du Sud et conseiller juridique ici à la Haye et,

tous bien entendu, accompagnés par Son Excellence l'ambassadeur Bruce KOLOANE, ambassadeur auprès du Royaume des Pays-Bas.

- Le Bureau du Procureur était représenté par Julian NICHOLLS, PHAKISO MOCHOCHOKO, MANOJ SACHDEVA, Rod RASTAN, le gestionnaire d'affaires Biljana POPOVA, Ed Jeremy, Melissa SIMMS.

3) Rappel de la procédure (Exposé des faits) :

Le 31 mars 2005, le Conseil de sécurité des Nations Unies, agissant au titre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, a adopté la résolution 1593 (2005) pour renvoyer la situation au Darfour, au Soudan, au Procureur de la Cour pénale internationale. À la suite d'enquêtes menées par le Procureur sur la situation au Darfour, au Soudan, et sur requête du Procureur, une Chambre préliminaire de cette Cour, agissant en vertu de l'article 58 du Statut de Rome³⁴, a délivré le 4 mars 2009 et le 12 juillet 2010 deux mandats d'arrêt à l'encontre d'Omar Al Bashir pour crimes de guerre, crimes contre l'humanité et génocide. La Cour, en application de la section IX du Statut, transmet à la République d'Afrique du Sud, en tant qu'État partie au Statut de Rome, les requêtes aux fins d'arrestation et de remise d'Omar Al Bashir en application des deux mandats d'arrêt en date du 5 mars 2009 et du 16 août 2010, respectivement.

Le 28 mai 2015, le Greffier de la Cour a transmis à l'Afrique du Sud une note verbale renvoyant à des informations publiques en ce qui concerne l'éventualité pour Omar Al Bashir de se rendre en Afrique du Sud afin d'assister au sommet de l'Union africaine qui devait se tenir du 7 au 15 juin 2015 à Johannesburg. Dans cette note verbale, la Cour a demandé la coopération de l'Afrique du Sud et a rappelé à l'Afrique du Sud ses devoirs : premièrement, procéder à l'arrestation et à la remise d'Omar Al Bashir à la Cour si celui-ci devait pénétrer sur le territoire de l'Afrique du Sud, en application des articles 86, 89 du Statut³⁵, et dans le cas où il y aurait des problèmes pour empêcher ou gêner la mise en œuvre de la requête de

³⁴ Cette disposition organise la délivrance par la Chambre préliminaire d'un mandat d'arrêt ou d'une citation à comparaître.

³⁵ L'article 86 du Statut de Rome concerne l'obligation générale de coopérer faite à l'égard des États parties à la CPI. L'article 89 quant à lui organise la remise des certaines personnes à la Cour. Quand celles-ci sont accusées d'avoir commis les crimes de la compétence de la Cour et se trouvent sur le territoire d'un État partie.

coopération, de consulter la Cour sans retard de manière à trancher la question.

Le jeudi 11 juin 2015, l'ambassade d'Afrique du Sud aux Pays-Bas a pris contact avec le Greffe pour requérir une réunion à caractère urgent entre le Greffier et le premier conseiller juridique du gouvernement de la République d'Afrique du Sud, ainsi qu'une délégation de l'ambassade à 5 heures de l'après-midi le jour suivant, afin de procéder à des consultations en application de l'article 97 du Statut. Le Greffe a indiqué à l'ambassade d'Afrique du Sud qu'elle se rapprocherait de la Chambre aux fins d'obtenir ses recommandations et qu'elle reviendrait vers l'Afrique du Sud dès que possible.

Le matin suivant, le 12 juin 2015, la Chambre a été informée de la requête de l'Afrique du Sud de tenir des consultations avec la Cour à 17 heures ce même jour. Après avoir reçu une réponse du Bureau du Procureur, à la requête de l'Afrique du Sud, et de nouvelles informations par le biais du Greffe en ce qui concerne le contenu de la consultation demandée par l'Afrique du Sud, il a été décidé de convoquer une réunion à l'heure proposée par l'Afrique du Sud, qui serait présidée par le juge Président de cette Chambre, avec la participation de représentants de l'Afrique du Sud, de représentants du Greffe et du Bureau du Procureur. Certains aspects de cette réunion, en particulier s'agissant de la nature, de l'objectif et de l'issue de cette réunion sont évoqués dans le cadre de cette procédure. La réunion a bien eu lieu à 17 heures, le vendredi 12 juin 2015 et a duré environ une heure. Le jour suivant, c'est-à-dire samedi 13 juin 2015, Omar Al Bashir a pénétré sur le territoire de la République sud-africaine.

Au cours de la journée le premier conseiller juridique de l'Afrique du Sud, *Chief State law adviser*, a rencontré séparément des représentants du Greffe, de la Cour et des représentants du Bureau du Procureur. Le soir du même jour, la Chambre a reçu une requête urgente du Bureau du Procureur demandant que le juge Président émette une ordonnance précisant qu'il n'existait aucune ambiguïté s'agissant de l'obligation pour l'Afrique du Sud de procéder immédiatement à l'arrestation et à la remise d'Omar Al Bashir à la Cour et que les questions ayant trait au droit national ne remettaient aucunement en cause ou ne changeaient aucunement les obligations de l'Afrique du Sud au titre du Statut et que l'obligation immédiate pour

l'Afrique du Sud de procéder à l'arrestation et à la remise d'Omar Al Bashir ne pouvait subir aucun retard ou aucun effet suspensif.

Le soir du même jour, le samedi 13 juin 2015, tard dans la soirée, le juge Président a rejeté cette requête de la part du Bureau du Procureur, faisant remarquer que la position de la Cour, qui maintenait que l'Afrique du Sud avait bien l'obligation de procéder à l'arrestation et à la remise d'Omar Al Bashir à la Cour et que cette obligation avait d'ores et déjà été clairement indiquée et qu'il n'était pas nécessaire d'envoyer un rappel ou une nouvelle clarification.

Omar Al Bashir a finalement quitté le sol sud-africain le matin du 15 juin 2015, un lundi. Par conséquent, en dépit de la requête transmise par la Cour pour son arrestation et sa remise, l'Afrique du Sud n'a pas procédé à l'arrestation et à la remise d'Omar Al Bashir lors qu'il se trouvait sur le sol sud-africain entre le samedi 13 et le lundi 15 juin 2015.

Le 4 septembre 2015, la Chambre a estimé que ces événements demandaient l'ouverture d'une procédure en application de l'article 87-7 du Statut³⁶. La Cour, en cas de non-exécution par un État partie d'une requête de coopération présentée par la Cour, peut prendre une décision à cet effet et renvoyer la question à l'Assemblée des États parties ou lorsque c'est le Conseil de sécurité qui a renvoyé l'affaire à la Cour au Conseil de sécurité. Ici, référence est faite, à la décision numéro 247 dans le dossier de l'affaire. Conformément à la norme 109 du Règlement, avant d'en arriver à une telle décision, l'État requis doit être entendu, de telle sorte que la Chambre a demandé des écritures de l'Afrique du Sud sur cette question, et ceci, avant le 5 octobre 2016.

La Chambre, ensuite, a accepté une requête déposée par l'Afrique du Sud demandant un report de l'échéance pour ses écritures et a finalement décidé d'organiser la réunion du 7 juillet 2017, l'audience de cette date, dans sa décision 274 en date du 8 décembre 2016. Avant cette audience, la Chambre

³⁶ L'article 87 prévoit les dispositions générales liées aux demandes de coopérer. Il prévoit à son point 7 que: « 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.»

a autorisé et reçu, le 17 mars 2017, des écritures du Bureau du Procureur il s'agit de l'écriture 289 dans le dossier de l'affaire et de l'Afrique du sud écriture 290 dans le dossier de l'affaire.

En outre, la Chambre a reçu des observations par écrit de la part du Royaume de Belgique à l'écriture 277 du dossier et du centre de « *litigation* » de l'Afrique du Sud, *Southern Africa litigation center*, écriture 288.

4) *Objet du litige*

L'audience a été convoquée par la Chambre le 8 décembre 2016, en vertu de l'article 87-7 du Statut et de la norme 109-3 du Règlement de la Cour afin d'évoquer toute question pertinente à la décision de la Chambre sur la question suivante : *la Cour doit-elle conclure au non-respect par l'Afrique du Sud de la requête de la Cour visant l'arrestation et la remise de Omar Al Bashir et renvoyer cette question devant l'Assemblée des Etats parties au Statut de Rome et/ou au Conseil de sécurité des Nations Unies en vertu de l'article 87-7 du Statut.*

5) *Argument des parties*

5.1. *Pour l'Afrique du sud:*

1. l'Afrique du Sud n'a pas évité ses obligations s'agissant de l'article 89 et 87 du Statut de Rome. Nous pensons que cette question ne doit pas être renvoyée devant l'Assemblée des États parties ou le Conseil de sécurité. L'Afrique du Sud demande à la Chambre d'obtenir une interprétation faisant autorité de la résolution 1593 du Conseil de sécurité, et aussi que l'on appelle le Conseil de sécurité à demander à la Cour internationale de Justice de donner un avis au sujet de l'article 96-1 de la Charte des Nations Unies³⁷. Si ceci n'était pas possible, est-ce que la Chambre pourrait déclarer que l'Afrique du Sud a violé article 87-7 du Statut de Rome ? Et si la Chambre devait arriver à cette conclusion, l'Afrique du Sud demande à être autorisée

³⁷ Article 96 (1) de la Charte de Nations Unies dispose que : « L'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité peut demander à la Cour internationale de Justice un avis consultatif sur toute question juridique ».

à interjeter appel de la décision définitive et sur les questions juridiques posées ici.

Car :

2. Premièrement, en droit international, en général, et tout particulièrement dans le cadre du Statut de Rome, il n'y a aucun devoir, incombant à l'Afrique du Sud, d'arrêter un chef d'État faisant fonction. La prise de position du juge unique qui se fonde sur les arguments présentés par le Procureur, à savoir que le droit est clair et que, donc, l'Afrique du Sud a l'obligation d'arrêter M. Al Bashir, n'a aucune base, que ce soit en droit ou dans les faits.

Il n'existe aucune base dument présentée qui sous-tend pareille obligation. Au contraire, l'article 98 du Statut établit que la Cour ne peut pas demander une coopération sous forme de remise lorsque cette coopération exigerait de l'État requis qu'il agisse en contradiction avec ses obligations en termes du droit national et qu'il renonce à son immunité diplomatique en tant que personne ou en tant qu'État. Donc, la pratique en vigueur et la pratique appliquée par un État sont unanimes. Et certains principes généraux du droit international reconnaissent aux chefs d'États en exercice une immunité *ratione persona*, c'est-à-dire une immunité absolue à l'égard des tous les tribunaux et toutes les Cours.

3. Et deuxièmement, et même s'il devait y avoir un tel devoir, une telle obligation, eu égard aux circonstances, ici, il n'y a pas de raison de renvoyer l'Afrique du Sud à l'Assemblée des États parties, au Conseil de sécurité.

5.2. Pour le Bureau du Procureur

1. L'Afrique du Sud a manqué à respecter ses obligations en n'arrêtant pas M. Al Bashir, et, vu de la gravité, toutes les circonstances de ce refus d'exécution, il faut que la Chambre arrive à la conclusion qui renvoie cette question à la fois à l'Assemblée des États parties et au Conseil de sécurité.

L'Afrique du Sud n'a tout simplement pas respecté la demande et ne s'est pas exécutée sans pour autant avancer de justification valable, et elle connaissait l'obligation qui pesait, à savoir l'arrestation de M. Al Bashir, jusqu'au mois de juin 2015, c'était quelque chose qui avait été reconnu, et

ce, depuis 2009. En effet, l'Afrique du Sud avait la capacité d'arrêter et de remettre Monsieur Al Bashir et a choisi de ne pas le faire.

6) *Décision du juge*³⁸

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

7) *Commentaire*

De cette décision de la Cour, il ressort clairement la conclusion selon laquelle l'Afrique du Sud n'a pas respecté la requête de la Cour visant l'arrestation et la remise à la Cour d'Omar Al Bashir. Néanmoins, contrairement aux décisions antérieures³⁹, cette question ne peut en vertu de

³⁸ Cfr. CPI: Chambre Préliminaire II, Situation au Darfour, Soudan dans l'Affaire *Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, Décision de la Cour Pénale Internationale basée sur l'article 87(7) du Statut de Rome relative à la non-application par l'Afrique du Sud des requêtes aux fins d'arrestation et de remise à la Cour d'OMAR EL BASHIR, §.140 et s. pp.52-53.

³⁹ Dans le passé, la Cour a pris acte de la non-coopération de six États parties en ce qui concerne leur obligation d'arrestation et de remise d'Omar Al-Bashir, conformément à l'article 87-7 du Statut, avant d'en référer au Conseil de sécurité de l'ONU et à l'Assemblée des États parties. A titre illustratif citons les décisions suivantes : Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome relativement au manquement par la République du Malawi à l'obligation d'accéder aux demandes de coopération que lui a adressées la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise d'Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, 12 décembre 2011, ICC-02/05-01/09-139-tFRA. Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome concernant le refus de la République du Tchad d'accéder aux demandes de coopération délivrées par la Cour concernant l'arrestation et la remise d'Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, 13 décembre, ICC-02/05-01/09-140. Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, Décision relative à la non-exécution par la République du Tchad des demandes de coopération que lui a adressées la Cour concernant l'arrestation et la remise d'Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, 26 mars 2013, ICC-02/05-01/09-151-tFRA. Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, Décision informant le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies et l'Assemblée des États parties au Statut de Rome de la présence d'Omar Al-Bashir sur le territoire de la République du Kenya, 27 août 2010, ICC-

l'article 87-7 du Statut, être renvoyée devant l'Assemblée des Etats parties au Statut de Rome et/ou au Conseil de sécurité des Nations Unies faute de justification.

Des arguments présentés par toutes les parties actives dans cette affaire que ça soit les représentants de l'Afrique du Sud, le bureau du Procureur, ainsi que les différentes approches retenues par les États quant à l'effet horizontal de la règle de droit international coutumier concernant les immunités personnelles, démontrent que les questions de droit qui ont été discutées sont particulièrement complexes et se trouvent au croisement du droit international public et du droit international pénal.

La quasi-totalité des arguments avancés tournait autour des questions suivantes⁴⁰ :

- Le renvoi à la Cour de la situation au Darfour par le Conseil de sécurité de l'ONU a-t-il mis le Soudan dans une situation équivalente à celle d'un État partie, avec pour conséquence que l'article 98-1 du Statut ne serait pas applicable en l'espèce ?
- La résolution 1593 du Conseil de sécurité de l'ONU peut-elle être interprétée comme levant les immunités dont bénéficie Omar Al-Bashir en tant que chef d'État en exercice ?
- L'implication d'une cour internationale affecte-t-elle l'application de la règle de droit international coutumier qui régit l'immunité personnelle des chefs d'État dans le cadre des rapports entre États ?

I. *A la question de savoir si le CSNU dans sa résolution 1593 (2005) a mis le Soudan dans une situation équivalente à celle d'un Etat partie avec comme conséquence l'anéantissement*

02/05-01/09-107-tFRA. Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, Décision informant le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies et l'Assemblée des États parties au Statut de Rome du récent séjour d'Omar Al-Bashir en République du Tchad, 27 août 2010, ICC-02/05-01/09-109-tFRA. Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, Décision informant le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies et l'Assemblée des États parties au Statut de Rome de la récente visite d'Omar Al-Bashir à Djibouti, 12 mai 2011, ICC-02/05-01/09-129-tFRA.

⁴⁰ Nous avons fait nôtres les questions sur lesquelles s'attèle le juge Jean Marc Perrin DE BRICHAMBAUT dans son opinion minoritaire du 13 juillet 2017 telle que annexée sur la décision sous analyse. Pour plus des détails voir opinion minoritaire du juge Marc Perrin DE BRICHAMBAUT ICC-02/05-01/09-302-Anx-FRA 13-07-2017 1/63 RH PT

de tout argument se fondant sur l'article 98-1 du Statut, des arguments avancés l'on retiendra une possibilité de répondre par la positive et la négative au même moment.

Pour ceux qui soutiennent que la résolution 1593 a pour effet de mettre le Soudan dans une situation comparable à celle d'un État partie », l'argument principalement argué est que:

« La décision du Conseil de sécurité de l'ONU de conférer compétence à la CPI étant (implicitement) une décision de conférer compétence conformément au Statut, elle doit être appréhendée comme couvrant toutes les dispositions du Statut qui définissent comment l'exercice de cette compétence doit s'effectuer. L'article 27 est l'une de ces dispositions. Le fait que le Soudan soit tenu par l'article 25 de la Charte des Nations Unies et, implicitement, par la résolution 1593 du Conseil de sécurité de l'ONU d'accepter les décisions de la CPI met cet État dans une position analogue à celle d'un État partie au Statut »⁴¹.

C'est d'ailleurs la thèse que défend le Procureur, il se fonde sur trois arguments principaux et soutient que :

- (i) Ce résultat n'enfreint pas l'article 34 de la Convention de Vienne sur le droit des traités puisque le traité par lequel le Soudan a consenti à être lié est la Charte des Nations Unies [et non le Statut] et la conséquence juridique de l'engagement de la compétence de la Cour par le Conseil de sécurité de l'ONU est que la Cour va exercer cette compétence conformément aux "dispositions du Statut". L'une de ces disposition est la non-applicabilité des exceptions d'incompétence de la Cour tirées des immunités de procédure »⁴².
- (ii) Le Procureur affirme aussi que les immunités ne persistent pas dans le cadre des rapports horizontaux entre les États aux fins de l'exécution de demandes de remise émanant de la Cour, puisqu'une telle interprétation « rendrait l'article 27 du Statut totalement

⁴¹ D. AKANDE, « The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on AlBashir's Immunities », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, 2009, p. 342; voir aussi C. Kreß, « The International Criminal Court and Immunities under International Law for States Not Party to the Court's Statute » in M. BERGSMO et Y. LIN (Dir. pub.), *State Sovereignty and International Criminal Law*, 2012, pp. 240 à 243. Cité par le juge JEAN MARC PERRIN DE BRICHAMBAUT dans son opinion minoritaire précitée, §. 51, p. 29.

⁴² Transcription de l'audience du 7 avril 2017, ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 71.

illusoire dans la mesure où la compétence de la Cour ne se verrait jamais donner effet »⁴³ et,

- (iii) Le Procureur est d'avis que l'affaire de la CIJ dite du *Mandat d'arrêt* n'a pas d'incidence sur ces conclusions. La CIJ a en effet déterminé qu'il existe une exception à la règle du droit international coutumier concernant les immunités «dans le cadre des procédures pénales ouvertes “devant certaines juridictions pénales internationales dès lors que celles-ci sont compétentes” », ce qui comprend la CPI⁴⁴.

A l'inverse, ceux qui défendent la thèse négative, selon laquelle la résolution 1593 n'a pas pour effet de mettre le Soudan dans une situation similaire à celle d'un État partie », arguent principalement que :

« Le renvoi par le Conseil de sécurité de l'ONU est seulement un mécanisme prévu par le Statut pour déclencher la compétence de la CPI : il ne transforme pas et ne saurait transformer un État non partie en État partie au Statut, et il n'a pas fait du Soudan un État partie au Statut »⁴⁵.

Pour Antonio CASSESE : « Le Statut de la Cour dispose que si le chef d'un État ayant ratifié le Statut (Italie, France, Angleterre, Japon, etc.) commet un crime comme un génocide ou un crime contre l'humanité, il peut être traduit en justice devant la Cour parce qu'il ne peut pas invoquer les immunités personnelles qui lui sont attachées. Si toutefois l'accusé est chef d'un État qui n'a pas ratifié le Statut (Chine, Russie, États-Unis, Soudan, etc.), il peut bénéficier de cette immunité »⁴⁶.

C'est la position défendue par l'Afrique du Sud. Pour elle :

« Le Soudan n'est pas, comme le suggère le Bureau du Procureur, comparable à un État partie. Il n'a ni le droit de décider ni le droit de voter à l'Assemblée des États parties. Il ne verse pas de contribution. La seule

⁴³ Transcription de l'audience du 7 avril 2017, ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 72.

⁴⁴ Transcription de l'audience du 7 avril 2017, ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 76.

⁴⁵ P. GAETA, « Does President Al-Bashir Enjoy Immunity from Arrest? », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, 2009, p. 324. Cité par le juge Jean Marc Perrin DE BRICHAMBAUT dans son opinion minoritaire précitée, §. 56 et 57, p. 32.

⁴⁶ A. CASSESE, « Giustizia impossibile », *La Repubblica*, 5 mars 2009. Cité par le juge Jean Marc Perrin DE BRICHAMBAUT dans son opinion minoritaire précitée, §. 54, p. 31. A consulter sur la page suivante : <http://www.repubblica.it/2009/03/sezioni/esteri/bashir-mandato-cattura/cassese-bashir/cassesebashir.html>

chose que fait l'article 13-b du Statut de Rome, ou plutôt, que fait le Conseil de sécurité de l'ONU en vertu de cette disposition est de donner compétence à la Cour. Et aussi de s'assurer que le Statut s'appliquera dans son intégralité, donc y compris son article 98. Mais cela ne va pas plus loin. Le paragraphe 2 de la résolution adoptée par le Conseil de sécurité de l'ONU impose une obligation au Soudan. Cela ne serait pas nécessaire si le Soudan était dans une situation comparable à celle d'un État partie, parce qu'alors, le chapitre IX du Statut serait applicable et le Soudan serait déjà tenu de coopérer »⁴⁷.

D'ailleurs, une certaine doctrine est parvenue à une conclusion analogue à celle de défendue aussi bien par l'Union Africaine que par l'Afrique du sud. Il a ainsi été argué que dans la mesure où l'article 98, § 1er prohibe à la Cour de mettre les États dans une situation qui les contraindrait à violer leurs obligations internationales en matière d'immunité, a fortiori les immunités des officiels d'États non parties s'imposent « indirectement » à la Cour⁴⁸. Par conséquent, cette dernière ne pourrait légalement émettre un mandat d'arrêt à l'encontre d'un officiel d'État non partie au Statut de Rome⁴⁹. Le raisonnement est intéressant en ce que, avec l'idée d'« imposition indirecte » des immunités, il met en exergue les limitations systémiques du régime de répression mis en place par le Statut de Rome.

Rappelons qu'avant la décision sous analyse, plusieurs États se sont appuyés sur l'argument faisant état de l'extension de la compétence de la Cour aux États-tiers à son Statut qu'opèrerait l'envoi d'une situation auprès de la CPI par le Conseil de sécurité de l'ONU comme justificatif des réticences aux ratifications du Statut⁵⁰. Dans la mesure où la saisine de la Cour par le

⁴⁷ Transcription de l'audience du 7 avril 2017, ICC-02/05-01/09-T-2-ENG, p. 86.

⁴⁸ D. AKANDE, « International Law Immunities and the International Criminal Court », *American Journal of International Law*, vol. 98, no 3, 2004, p. 421. Cité par MARTYNA FALKOWSKA et AGATHA VERDEBOUT, « L'opposition de l'union africaine aux poursuites contre Omar al Bashir : Analyse des arguments juridiques avancés pour entraver le travail de la Cour pénale internationale et leur expression sur le terrain de la coopération » in *R.B.D.I 2012/1*, BRUYLANT, Bruxelles, p.220.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ Parmi ces États on peut citer les États-Unis, la Chine et l'Inde. Pour plus de détail, voir Steven W. Becker, « The Objections of Larger Nations to the International Criminal Court », *RIDP*, Vol. 81, n° 1, 2010, pp. 47-64. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2010-1-page-47.htm>

CSNU telle que prévue par l'article 13 (b) du Statut⁵¹ ramènerait dans la sphère de sa compétence des Etats non-Parties d'autant plus que l'ensemble des États membres de l'ONU ont l'obligation de coopérer avec elle, ce qui rend de fait sa juridiction universelle⁵². Ainsi donc, cette forme de saisine a une particularité en ce sens qu'elle transgresse *la règle générale concernant l'applicabilité des traités aux Etats tiers*.

Bref, l'effet relatif des traités qui veut que ce qui est conclue entre les uns ne peut ni nuire ni profiter aux autres (*Res inter alios acta aliis nocere neque prodesse potest*) se trouve notoirement violé⁵³.

- II. Quant à la question de savoir *si la résolution 1593 du Conseil de sécurité de l'ONU est susceptible d'être interprétée comme levant les immunités dont bénéficie Omar Al-Bashir en tant que chef d'État en exercice*, là aussi les doctrinaires ne s'accordent à aucune position de nature à faire l'unanimité.

Cependant, la réponse à cette question est déterminante dans la mesure où; comme l'estime le juge DE BRICHAMBAUT, « si l'on considère que la résolution 1593 ne lève pas les immunités d'Omar Al-Bashir, il convient de retenir que la Cour est empêchée d'exercer sa compétence à l'égard des crimes pour lesquels serait engagée la responsabilité pénale individuelle d'Omar Al-Bashir. Si l'on considère que la résolution 1593 lève effectivement l'immunité d'Omar Al-Bashir, il convient de retenir qu'aucun obstacle de ce type n'empêche la Cour d'exercer sa compétence »⁵⁴.

Ici aussi les positions défendues divergent. Pour l'Afrique du Sud les immunités d'Omar Al-Bashir n'ont pas été affectées par la résolution 1593

⁵¹ L'article 13 §b prévoit la saisine de la Cour par le CSNU 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 (...)

⁵² J-B JEANGENE VILMER, *Loc.cit.*, p.5.

⁵³ Prévu à l'article 34 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités qui dispose que *un traité ne crée ni obligations ni droits pour un Etat tiers sans son consentement*.

⁵⁴ JEAN MARC PERRIN DE BRICHAMBAUT, *opinion minoritaire précitée*, §. 63 et 57, p. 37.

du Conseil de sécurité de l'ONU pendant que le Bureau du Procureur argue le contraire.

Le premier point concerne la base légale de la possibilité de lever les immunités d'Omar Al-Bashir au moyen de la résolution 1593 du Conseil de sécurité de l'ONU. Pour le juge minoritaire : Cette base tient d'une lecture conjointe des articles 25 et 103 de la Charte des Nations Unies, en ce sens que : i) « [I]es Membres de l'Organisation conviennent d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité conformément à la présente Charte »; et ii) «[e]n cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront».

Par conséquent, si l'on retient que la résolution 1593 du Conseil de sécurité de l'ONU peut être interprétée comme levant les immunités d'Omar Al-Bashir, l'obligation du Soudan de « coopérer pleinement » en vertu de la résolution 1593 du Conseil de sécurité doit être interprétée comme l'emportant sur la possibilité pour un État non partie de maintenir les immunités vis-à-vis de la Cour et des États parties sur le fondement de l'article 98-1 du Statut⁵⁵.

Cependant, après une analyse du sens ordinaire, du contexte, de l'objet et du but de la Résolution 1593 (2005), enrichie et soutenue par diverses Déclarations faites par les membres du Conseil de sécurité de l'ONU, confrontée à d'autres résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU couplée à la pratique suivie ultérieurement par les organes de l'ONU et des États concernés, le juge DE BRICHAMBAUT en a conclu que l'interprétation de la résolution 1593 du Conseil de sécurité de l'ONU conformément aux principes énoncés par la CIJ aboutit à des résultats soit contradictoires soit incertains. Par conséquent, comme pour la question concernant le statut du Soudan à la suite de l'adoption de la résolution 1593, l'état actuel du droit ne permet pas de parvenir à une réponse certaine sur la question de savoir si cette résolution lève les immunités d'Omar Al-Bashir⁵⁶. Rappelons que la Majorité s'est inscrite dans une position soutenant que la résolution sous

⁵⁵ JEAN MARC PERRIN DE BRICHAMBAUT, opinion minoritaire précitée, §. 61, p. 35.

⁵⁶ Idem. §.83, p.47.

examen ne peut pas être interprétée comme levant les immunités d'Omar Al-Bashir⁵⁷. Cette décision était déjà pressentie dans la doctrine⁵⁸.

III. Enfin, pour la question consistant à savoir si *l'implication d'une cour internationale affecte-t-elle l'application de la règle de droit international coutumier qui régit l'immunité personnelle des chefs d'État dans le cadre des rapports entre États*, in casus specio ; il sera question de savoir si un État partie au Statut, agissant conformément à ses obligations envers la Cour, peut ne pas tenir compte des immunités en droit international coutumier dont jouit le chef d'un État non partie au Statut.

De prime abord il faut noter que de manière générale, le droit international coutumier couplé à une certaine pratique étatique démontrent que les chefs d'État en exercice jouissent de l'immunité en matière d'arrestation et de poursuites devant les tribunaux nationaux d'États tiers, y compris pour des crimes internationaux. Cette règle garantirait que les relations internationales se déroulent sans entrave et permet de prévenir toute ingérence d'un État tiers dans les affaires internes d'un État.

La jurisprudence de la CIJ renseigne, à des reprises réitérées; qu'il n'existait pas d'exception à l'immunité *ratione personae* devant les juridictions nationales d'États tiers en matière de crimes internationaux⁵⁹. Mais aussi, les approches des États divergent quant à la question de savoir si un État partie au Statut, agissant conformément à ses obligations envers la Cour, peut ne pas tenir compte des immunités en droit international coutumier

⁵⁷ CPI: Chambre Préliminaire II, Situation au Darfour, Soudan dans l'Affaire Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, Décision de la Cour Pénal Internationale basée sur l'article 87(7) du Statut de Rome relative à la non-application par l'Afrique du Sud des requêtes aux fins d'arrestation et de remise à la Cour d'OMAR EL BASHIR, §.96, p.34.

⁵⁸ BALINGENE KAHOMBO, « The Theory of Implicit Waiver of Personal Immunity: Commentary on the Decision on the Obligation for South Africa to Arrest and Surrender President Omar al-Bashir of Sudan to the International Criminal Court », *Recht in Afrika – Law in Africa – Droit en Afrique 18* (2015), pp.181-198.

⁵⁹ CIJ, *affaire relative au Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, (Fond), Arrêt du 14 février 2002, §.58. CIJ, *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, Arrêt du 4 juin 2008, §.170. Voir aussi CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, Arrêt du 3 février 2012, §. 81 à 97 (concernant la responsabilité civile).

dont jouit le chef d'un État non partie au Statut. C'est notamment la divergence d'approches qui caractérise les États parties au Statut de Rome. Les uns, dont la plupart africains soutiennent que les chefs d'États en exercice jouissent d'une immunité personnelle en matière d'arrestation et des poursuites devant les juridictions nationales et internationales même pour des crimes internationaux. Cette thèse africaine s'extériorise autant plus par la pratique des États⁶⁰ que par l'orientation récente dans la tentative d'érection de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme⁶¹.

Pour les autres États, en majorité européenne une approche contraire est soutenue. Ils se trouvent confortés dans leur position par le Statut de Rome qui prévoit la règle dite de non-pertinence de la qualité officielle⁶².

D'une manière générale, il faut mentionner que la question devient de plus en plus complexe et des arguments avancés pour justifier les positions adoptées par les uns et les autres ressort la conclusion selon laquelle cette question reste en suspens.

Cependant, nous estimons que les immunités d'Omar Al-Bashir ne sont levées ni par le fait que la Cour ait été saisie par la résolution 1593 (2005) du Conseil de sécurité des Nations Unies agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte, encore moins par l'implication d'une cour criminelle internationale, mais plutôt par la Convention pour la prévention et la répression du crime de Génocide adoptée par l'Assemblée générale de Nations Unies le 9 décembre 1948.

⁶⁰ Cfr. *Note n°39*. Pour plus de précision de la pratique des États africains, voir AMISSI MELCHIADE MANIRABONA, « Vers la décrispation de la tension entre la Cour pénale internationale et l'Afrique : quelques défis à relever », *45 R.J.T.* 269, 2011, pp. 273-312, JACQUES B. MBOKANI, « La Cour pénale internationale : une cour contre les africains ou attentive à la souffrance des victimes africaines? », *26.2 RQDI*, 2013, pp.47-100.

⁶¹ L'article 46A bis du Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (Annexé au Protocole de Malabo et qui n'est pas encore entré en vigueur) reconnaît les *immunités*. Cette disposition prévoit qu'« aucune procédure pénale n'est engagée ni poursuivie contre un chef d'État ou de gouvernement de l'UA en fonction, ou toute personne agissant ou habilitée à agir en cette qualité ou tout autre haut Responsable public en raison de ses fonctions ».

⁶² Cfr. l'article 27 du Statut de la CPI.

En effet, la lecture combine des articles *IV* et *VI* de cette convention nous donne: « Les personnes ayant commis le génocide ou l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article *III* seront punies, qu'elles soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers » et « Les personnes ayant commis le génocide ou l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article *III* seront traduites devant les tribunaux compétents de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis, ou devant la cour criminelle internationale qui sera compétente à l'égard de celles des parties contractantes qui en auront reconnu la juridiction ».

Aussi, le Soudan et l'Afrique du Sud sont tous deux parties à la Convention sur le génocide, depuis respectivement le 11 janvier 2004 et le 10 mars 1999. Comme le juge DE BRICHAMBAUT⁶³, nous sommes d'avis que l'interprétation littérale et de l'interprétation contextuelle de l'article *IV* de la Convention sur le génocide, conjointement avec l'analyse de l'objet et du but du traité, permettent de conclure que lorsqu'ils doivent répondre d'allégations de génocide, les « gouvernants » d'un État au sens de l'article *IV* de la Convention, ne sauraient jouir d'immunités personnelles.

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

⁶³ JEAN MARC PERRIN DE BRICHAMBAUT, opinion minoritaire précitée, §. 4 et s., pp.4-9.

III. Affaire HISSÈNE HABRÉ : une justice à bout des plus forts

Par

FRANK MAJONI SHUKURU

L’Affaire Hissène Habré, outre son trait caractéristique d’être une justice à bout des plus forts a représenté une réelle opportunité pour le continent africain de créer un précédent historique contre le fléau de l’impunité qui mine la crédibilité de la justice en Afrique. Une opportunité qui s’est enlisée dans la collision entre la CPI et l’Union africaine, à la suite de l’inculpation de certains chefs d’Etats africains par la CPI. Nonobstant, cette collision, des voix s’élèvent pour dire non à l’impunité en Afrique, les responsables des crimes internationaux doivent être poursuivis.

L’affaire Hissène Habré, devant les Chambres africaines extraordinaires, se singularise par leur création purement africaine ; après une rude bataille juridico-politique entre le Sénégal et la communauté internationale. Les chambres africaines extraordinaires (CAE) constituent le premier tribunal pénal interafricain, le premier tribunal pénal régional. Il s’agit d’un tribunal africain, créé par des Africains pour connaître des crimes graves supposés commis dans un pays africain, par des Africains contre des Africains. Compétentes pour juger le ou les principaux responsables des crimes internationaux commis au Tchad du 7 juin 1982 au 1er décembre 1990, période correspondant au règne de Hissène Habré au Tchad.

Les chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises ont été instituées pour juger principalement le président Hissène Habré pour toute la période couvrant son règne. Son régime de parti unique fut marqué par une terreur permanente, de graves et constantes violations des droits de l’Homme et des libertés individuelles et de vastes campagnes de violence à l’encontre de son propre peuple⁶⁴. En janvier 2000, sept victimes tchadiennes portèrent plainte contre Hissène Habré au Sénégal, là où il s’était réfugié en soutenant que la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants,

⁶⁴ HRW, *le jugement Hissène Habré, le temps presse pour les victimes*, in www.hrw.org/ n° 2/ janvier 2007

ratifiée par le Sénégal, l'obligeait soit à poursuivre, soit à extraditer l'auteur présumé d'actes de torture qui se trouverait sur son territoire⁶⁵.

A la suite de plusieurs décisions judiciaires au Sénégal arguant l'incompétence des juridictions sénégalaises de poursuivre un ex-Chef d'Etat, d'autres victimes au nombre de 21 portèrent plainte en Belgique, ce qui donna à la Belgique le devoir de demander son extradition. En 2005, la chambre d'accusation de la cour d'appel de Dakar, se déclara incompétente pour statuer sur la demande d'extradition d'un ancien chef d'Etat. Sur saisine du Sénégal, l'Union africaine relevait « qu'aux termes des articles 3(h), 4(h) et 4(0) de l'Acte constitutif de l'Union africaine, les crimes reprochés à Hissène Habré sont pleinement de la compétence de l'Union africaine. A défaut d'un organe judiciaire de l'union africaine à même de juger Hissène Habré, elle décidait tout de même « de considérer le dossier Hissène Habré comme le dossier de l'Union africaine et de mandater la République du Sénégal de poursuivre et de faire juger, au nom de l'Afrique, Hissène Habré par une juridiction sénégalaise compétente avec les garanties d'un procès Juste». A la Suite de la décision du Sénégal de ne pas extraditer Hissène Habré en Belgique, celle-ci défera l'affaire à la CIJ, au sujet de l'obligation du Sénégal de juger ou extraditer Hissène Habré. La Cour décida dit à l'unanimité, que *le Sénégal doit, sans autre délai, soumettre le cas de M. Hissène Habré à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, si elle ne l'extrade pas*⁶⁶. C'est ainsi que le 22 août 2012, le Sénégal signait avec l'Union Africaine l'Accord portant création des Chambres africaines extraordinaires, au sein des juridictions sénégalaises, chargées de juger le ou les principaux responsables des crimes internationaux commis au Tchad entre le 7 juin 1982 et le 1^{er} décembre 1990⁶⁷.

Le procès a commencé le 20 juillet 2015 et les juges se sont prononcés en date du 30 mai 2016. A l'issue de ce procès Hissène Habré fut reconnu coupable du chef des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre et du (crime autonome) de torture et en conséquence, il a été condamné à

⁶⁵ Article 5. §.2 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

⁶⁶ CIJ, *Affaire de questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (BELGIQUE c. SÉNÉGAL)*, arrêt du 20 juillet 2012, §.122.

⁶⁷ CAE, *Le Procureur c. Hissène Habré*, jugement du 30 mai 2016, §.23, disponible sur <http://forumchambresafricaines.org/docs/jugementCAEd%27assises-penal&civil.pdf>, (Consulté le 31 aout 2017).

perpétuité⁶⁸. Mr Hissène Habré a fait appel de la décision, à la Cour d'appel des Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises qui a confirmé en date du 27 avril 2017 la sentence prononcée au premier degré et a ordonné le paiement de 82 milliards de francs CFA (environ 123 millions d'euros) par Habré aux victimes.

Le jugement du 30 mai 2016, condamna Mr Hissène Habré du chef des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité et du (crime autonome) de torture, retient notre attention, par rapport au cumul de culpabilité s'agissant de la torture. Celle-ci est retenue en tant qu'élément spécifique, dans tous les chefs d'accusation pour lesquels Hissène Habré a été condamné, en l'occurrence, la torture en tant que crime autonome, crimes de guerre et crimes contre l'humanité⁶⁹. Il est étonnant de constater à la lecture du jugement (Habré), que les CAE, d'une part admettent le cumul de culpabilité en ce qui concerne la torture en tant que crimes contre l'humanité, crimes de guerre et en fin comme crime autonome. D'autre part, les CAE, confusément retiennent l'inculpation de Hissène Habré du chef de crime autonome de torture en ne se référant pas à l'article 8 du Statut des CAE qui le consacre, mais à l'ensemble d'actes de torture constitutifs des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité⁷⁰. Ce qui pose la question de la pertinence de l'article 8 dans le Statut des CAE. Les motivations pour assoir les crimes à la charge⁷¹ de Hissène Habré ne développent pas aussi la violation spécifique de l'article 8 du Statut des CAE, mais il apparaît dans le dispositif du jugement. Si le cumul de qualification peut être possible entre plusieurs crimes internationaux, est-il également possible, qu'il soit avec un crime sous-jacent, qui a déjà cristallisé un crime de droit international pénal, et être pris en compte pour la fixation de la peine ? Une infraction élevée en crime sous-jacent d'un crime du droit international pénal, peut-elle, en outre, être érigée en crime autonome du droit international pénal ?

A en croire Olivier de FROUVILLE, la structure des crimes graves du droit international comporte deux distinctions, le « chapeau » et les « crimes

⁶⁸ CAE, *Le Procureur c. Hissène Habré*, jugement du 30 mai 2016, p.536, disponible sur <http://forumchambresafricaines.org/docs/jugementCAEd'assises-penal&civil.pdf>, (Consulté le 31 aout 2017).

⁶⁹ CAE, *Le Procureur c. Hissène Habré*, jugement du 30 mai 2016, §.2290, disponible sur <http://forumchambresafricaines.org/docs/jugementCAEd'assises-penal&civil.pdf>, (Consulté le 31 aout 2017).

⁷⁰ *Idem*

⁷¹ *Idem*, §§. 2301-2312

sous-jacents ». Le chapeau, c'est-à-dire la partie qui vient en tête de la définition comprend les éléments constitutifs qui caractérisent le crime par rapport à d'autres crimes, ainsi un meurtre peut être qualifié de crime de génocide, de crime contre l'humanité, ou de droit commun. Ceci permet à l'interprète de choisir entre ces différentes qualifications, ou bien éventuellement de les cumuler, en se référant au contexte matériel dans lequel l'infraction sous-jacente a été commise⁷². Les crimes sous-jacents constituent la deuxième partie d'un crime du droit international et sont énumérés dans le crime. Ces infractions ne peuvent en elle-même, recevoir la qualification de génocide, de crime contre l'humanité, de crimes de guerre. Pour qu'il puisse être ainsi, les conditions du chapeau doivent être remplies⁷³. Il en découle que le cumul de culpabilité d'un même fait pour plusieurs crimes différents est possible lorsque le contexte matériel de leur commission offre cette possibilité. Par contre, le cumul de culpabilité d'un même crime en tant que crime autonome et crime sous-jacent d'un autre crime du droit international pénal, pose plus des problèmes de qualifications distinctes des faits qu'il n'en résout.

La rétention du cumul de culpabilité de la torture en tant que crime autonome, crime contre l'humanité et crimes de guerre, dans le chef de Hissène Habré, paraît ainsi à première vue comme une répétition de principe, car c'est le même crime perpétré, mais sous couvert des conditions différentes cristallisant le crime contre l'humanité et les crimes de guerre. Dans le cumul de déclaration de culpabilité les actes de torture comportent-ils des éléments distincts selon qu'il s'agit des différents crimes à charge de Mr Hissène Habré ? Pour les CAE, La torture en tant que crime contre l'humanité exige la preuve que l'acte s'inscrive dans le cadre d'une attaque systématique et généralisée dirigée contre la population civile et que la torture en tant que crime de guerre requiert l'existence d'un lien entre l'acte prohibé et un conflit armé (international ou non). Ce sont des éléments contextuels nettement distincts non exigés pour la torture pour acte autonome. En conséquence, une déclaration de culpabilité pour crime autonome peut être cumulée avec des déclarations de culpabilité pour

⁷² O. DE FROUVILLE, *Droit international pénal, Sources, incriminations, responsabilités*, Op.cit., p.72.

⁷³ *Ibidem*

crimes de guerre et crimes contre l'humanité⁷⁴. La Chambre rappelle, ainsi qu'en droit international coutumier, le but poursuivi par l'auteur des faits est un élément de la torture comme acte sous-jacent des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, et cela l'élément qu'ils ont en commun avec la torture comme crime autonome. Mais ce raisonnement des CAE, n'est pas démontré ou étayé dans la suite du jugement. Le crime autonome de torture est expliqué par les actes de torture constitutifs des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre portés aux articles 6 et 7 du Statut des CAE et non à l'article 8 du même Statut qui consacre le crime autonome de torture⁷⁵.

L'affaire Hissène Habré, constitue un succès de la lutte des victimes tchadiennes, et témoigne d'une obstination de plus de 20 ans à la recherche de la justice, qui a toutes les raisons d'interpeller les dirigeants africains qui continuent à maintenir leur peuple dans l'oppression où se commettent des crimes abominables à tous les échelons institutionnels. Elle ouvre la voie vers de possibles nouvelles affaires. Ce procès démontre que des victimes, avec ténacité et persévérance peuvent créer les conditions politiques pour que les dictateurs et autres hauts dignitaires qui commettent ces crimes soient traduits en justice. Et maintenant, l'espoir est que d'autres victimes, d'autres survivants, seront inspirés par ce que les victimes de Hissène Habré ont réalisé. Plusieurs Etats africains seraient ainsi concernés, La Gambie, le Burundi, la RDC, le Soudan du sud, ... Les milliers des victimes d'exactions et crimes abominables, aussi bien des forces armées régulières que des groupes armées rebelles commis dans ces pays, méritent également que justice leur soit rendue.

L'affaire Hissène Habré, répond à la pratique des sociétés sortant dans des situations des régimes autoritaires, marquée par un besoin de réparer les préjudices et dommages graves infligés par suite de violations flagrantes et massives des droits de l'homme. La réparation allouée aux différentes victimes, de 82 milliards de francs CFA (environ 123 millions d'euros) par Habré aux victimes s'inscrit dans les programmes de réparation qui sont essentiels pour rendre justice aux victimes de violations des droits de l'homme. En plus de la réparation, les victimes ont eu à la suite de la

⁷⁴ CAE, *Le Procureur c. Hissène Habré*, jugement du 30 mai 2016, §.2275, disponible sur <http://forumchambresafricaines.org/docs/jugementCAEd%27assises-penal&civil.pdf>, (Consulté le 31 aout 2017)

⁷⁵ Idem, §.2290 ; §§.2301-2031.

condamnation de Mr Hissène Habré, le sentiment que justice a été rendue, qui a été pour elles une quête d'une longue haleine, d'une obstination de plus de 20 ans.

L'affaire Hissène Habré, marque un fait historique de grande envergure suivant le contexte dans lequel, il s'est déroulé et spécialement le temps mis pour que l'ex-chef d'Etat tchadien soit poursuivi. Le procès de Mr Hissène Habré nourrit l'espoir pour le peuple africain en quête d'une justice pour toutes les formes de violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire dont, ils ont été, ou sont encore victimes.

IV. UKRAINE C. RUSSIE : la CIJ tranche

Affaire relative à l'application de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale opposant l'Ukraine à la fédération de Russie devant Cour internationale de justice(ordonnance 19 avril 2017).

Par

MBAZI BEDA GRACE

1) Identification de l'affaire

Le 16 janvier 2017, le Gouvernement de l'Ukraine a déposé au Greffe de la Cour une requête introductive d'instance contre la Fédération de Russie concernant des violations alléguées de la convention internationale du 9 décembre 1999 pour la répression du financement du terrorisme (ci-après la «CIRFT») et de la convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (ci-après la «CIEDR») ⁷⁶.

Toutefois l'objet du différend devant la CIJ n'est pas artificiel. On sait qu'il est déterminé par la base de compétence de la Cour. Or les deux instruments internationaux sur lesquels sa juridiction serait fondée, la convention sur le financement du terrorisme pour la situation dans le Donbass (Est ukrainien) et la convention sur toutes les formes de discrimination raciale pour celle de la Crimée, ouvrent des angles de discussion sur la crise qui ne sont pas périphériques. La doctrine russe des conflits hybrides ou non linéaires qui inspire l'action russe en Ukraine vise au dépassement de la notion de conflit armé et amène naturellement à considérer les rapports entre la notion de conflit armé et celle de terrorisme.

⁷⁶ CIJ, *Affaire relative à application de la convention internationale sur la répression du financement du terrorisme et la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciales*, (UKRAINE c. FÉDÉRATION DE RUSSIE), Ordonnance du 19 AVRIL 2017, demande en indication des mesures conservatoires, Rôle général no 166, ordonnance disponible sur <http://www.icj-cij.org/court/fr/> (Consulté le 3 septembre 2017 à 19h :00).

2) Les parties au procès

Dans le cas sous examen il s'agit d'une affaire qui oppose l'Ukraine à la fédération de la Russie et dont l'aspect le plus crucial est lié à la demande des mesures conservatoires par le premier Etat contre le second suite aux violations qui ont été perpétrées sur le territoire ukrainien et cela en violation de deux instruments juridiques pertinents qui sont entre autre : La convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale .Au cours des audiences publiques tenues du 6 au 9 mars 2017, des observations orales sur la demande en indication de mesures conservatoires ont été présentées par :

Au nom de l'Ukraine : S. Exc. Mme Olena Zerkal, M. Harold Hongju Koh, Mme Marney Cheek, M. Jonathan Gimblett.

Au nom de la Fédération de Russie : S. Exc. M. Roman Kolodkin, M. Ilya Rogachev, M. Samuel Wordsworth, M. Andreas Zimmermann, M. Grigoriy Lukiyantsev, M. Mathias Forteau⁷⁷.

3) Circonstances contextuelles et préventions discutées par les juges

Le contexte dans lequel la présente affaire est portée devant la Cour est bien connu. Dans de grandes parties de l'Ukraine orientale, ce contexte est caractérisé par d'âpres combats faisant rage par intermittence qui, comme le démontrent les éléments versés au dossier, ont coûté la vie à de nombreuses personnes. La destruction, le 17 juillet 2014, de l'avion de la Malaysia Airlines assurant le vol MH17 alors qu'il survolait le territoire ukrainien sur le trajet entre Amsterdam et Kuala Lumpur, a causé la mort de 298 personnes. La Cour a bien conscience de l'ampleur de cette tragédie humaine. Cependant, l'affaire dont elle est saisie est d'une portée limitée. En ce qui concerne les événements survenus dans la partie orientale de son territoire, l'Ukraine a introduit la présente instance uniquement sur la base

⁷⁷ CIJ, *Affaire relative à l'application de la convention internationale sur la répression du financement du terrorisme et la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciales*, (UKRAINE c. FÉDÉRATION DE RUSSIE), Ordonnance du 19 AVRIL 2017, demande en indication des mesures conservatoires, Rôle général no 166, ordonnance disponible sur <http://www.icj-cij.org/court/fr/> (Consulté le 3 septembre 2017 à 19:00).

de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme. S'agissant des événements qui se sont produits en Crimée, l'Ukraine se fonde exclusivement sur la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la Cour n'a pas, comme l'Ukraine l'a explicitement reconnu, à statuer sur quoi que ce soit d'autre que des allégations de discrimination raciale.

Pour les allégations de financement du terrorisme :

1. L'Ukraine soutient qu'un différend concernant l'interprétation et l'application de la convention contre le financement du terrorisme s'est clairement fait jour entre les deux Etats». Elle affirme avoir, dans une note diplomatique en date du 28 juillet 2014, indiqué «qu'elle faisait grief à la Fédération de Russie de violer cette convention» et avoir continué, à maintes reprises, à informer la Fédération de Russie de la nature de ses réclamations. D'après l'Ukraine, tant par ses paroles que par ses actes, la Fédération de Russie a on ne peut plus clairement fait savoir qu'elle contestait les réclamations de l'Ukraine».

L'Ukraine soutient que, dans l'est de son territoire, la Fédération de Russie a, depuis le printemps 2014, fourni de manière systématique des armes lourdes, de l'argent, du personnel, des moyens d'entraînement et d'autres formes d'appui à des «groupes armés illégaux» tels que la «République populaire de Donetsk» (RPD), la «République populaire de Louhansk» (RPL), les «Partisans de la République populaire de Kharkiv» (Partisans de Kharkiv) et d'autres groupes et personnes qui y sont associés. Cette assistance, affirme-t-elle, a été utilisée non seulement pour soutenir la lutte contre les autorités ukrainiennes, mais aussi pour commettre des attentats terroristes contre des civils, au sens des alinéas a) et b) du paragraphe 1 de l'article 2 de la convention, tels que les tirs d'artillerie contre des civils à Volnovakha, Kramatorsk et Marioupol, l'attentat à la bombe perpétré contre un rassemblement pacifique en faveur de l'unité nationale à Kharkiv et la destruction de l'avion de la Malaysia Airlines assurant le vol MH17. L'Ukraine soutient que la définition du terme «fonds» figurant dans la convention internationale sur la répression du financement du terrorisme est «extrêmement large» et couvre notamment des armes telles que celles qui, selon elle, ont été fournies par la Fédération de Russie. Elle ajoute que la Fédération de Russie savait que les «groupes armés illégaux» bénéficiant de son appui se livraient à des actes de terrorisme. Elle fait aussi valoir que

l'obligation, prévue à l'article 18 (voir le paragraphe 72 ci-dessous), de coopérer à la prévention du financement du terrorisme «a un caractère large» et recouvre l'obligation de prendre toutes les mesures possibles pour empêcher des individus de fournir ou de réunir des fonds pour le terrorisme, ainsi que l'obligation pour l'Etat de ne pas financer directement le terrorisme. Elle affirme que la Fédération de Russie a manqué à son obligation de coopérer pour prévenir le financement du terrorisme, et a financé illicitement le terrorisme de manière directe» en violation de l'article 18 de la convention⁷⁸.

2. Dans sa défense la Russie veut convaincre que les actions évoquées par l'Ukraine relèvent du champ du droit international humanitaire et non de la Convention sur le financement du terrorisme. Son argumentation tend à restreindre le plus possible l'objet et le champ d'application de la convention. La Fédération de Russie affirme que l'Ukraine a présenté l'affaire sous un faux jour en cherchant à tort à invoquer la CIRFT. Selon elle, les faits de l'espèce relèvent directement du droit international humanitaire. La Fédération de Russie rappelle que, dans les rapports relatifs aux droits de l'homme qu'elles ont rédigés, des organisations telles que le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH), l'Organisation pour la Sécurité et la Coopération en Europe (OSCE)⁷⁹ et le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) font référence à la nécessité de «respecter le droit international humanitaire» et à des «violations des principes de distinction, de proportionnalité et de précaution prévus par le droit international humanitaire», mais ne qualifient jamais ces actes d'actes de terrorisme. La Fédération de Russie affirme que les attaques menées dans des zones résidentielles ne relèvent pas plausiblement de la CIRFT, mais, de manière évidente, du droit international humanitaire⁸⁰.

⁷⁸ Article 18 de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme Conclue à New York le 9 décembre 1999 Approuvée par l'Assemblée fédérale le 12 mars 2003.

⁷⁹ Cette organisation compte 57 Etats participants et cela, en Amérique du Nord, en Asie et en Europe. Elle est la plus grande organisation de sécurité régionale du monde œuvrant en faveur de la paix.

⁸⁰ A en croire au professeur Philippe WECKEL, si l'on considère le noyau intangible d'une définition du terrorisme international, à savoir les attaques dirigées contre les biens et les personnes civiles, le droit international de l'antiterrorisme et le droit humanitaire convergent pour renforcer la sécurité des civils. En outre, le droit international admet sans restriction le cumul des qualifications pénales et il n'y a par conséquent pas d'obstacle à ce qu'un même fait soit qualifié de crime de terrorisme

Selon la Fédération de Russie, premièrement, il ne peut lui être fait grief d'avoir manqué à ses obligations en vertu de l'article 18 de la CIRFT, puisqu'il n'a pas été démontré que les groupes armés présents en Ukraine orientale commettaient des actes de terrorisme. Deuxièmement, la Fédération de Russie rappelle sa position selon laquelle la convention impose aux Etats de coopérer pour prévenir et réprimer le financement par des personnes privées d'activités terroristes. En tout état de cause, elle soutient qu'aucune des allégations de financement qu'elle aurait apporté au terrorisme au sens du paragraphe 1 de l'article 2 de la CIRFT n'est plausible. Elle rappelle que l'article 2 vise uniquement les fonds fournis dans l'intention de les voir utilisés ou en sachant qu'ils seront utilisés pour des actes de terrorisme, et estime qu'aucun élément montrant qu'elle aurait à dessein fourni des fonds destinés à la commission des actes de terrorisme allégués n'a été produit. Dans ce même angle d'idée il sied de souligner ensuite que la prévention de financement du terrorisme est autonome et ne se confond donc pas la complicité de terrorisme. C'est bien l'apport financier, monétaire ou en nature, qui constitue l'infraction, même si le mis en cause n'a pas eu l'intention d'aider ou de faciliter la commission d'un acte de terrorisme. Il ne s'exonère donc pas en démontrant qu'il poursuivait un but humanitaire ou un autre but étranger à l'activité terroriste. La convention pourrait donc être appliquée à la situation de la Russie en rapport avec le

et de crime lié à un conflit armé (crime de guerre). La Convention sur le financement du terrorisme et le droit humanitaire n'ont donc pas un champ d'application séparé. On ne veut pas dire par là que le droit humanitaire, en tant que droit spécialement applicable dans les situations de conflit armé, n'infléchirait jamais l'application de la convention sur le financement du terrorisme. En cas de collision, ces structures ou formations de normes que sont les branches du droit international ne se repoussent pas et elles s'agrègent, comme la Cour européenne des droits de l'homme l'a bien montré dans l'affaire Hassan c. Royaume-Uni. Que la situation dans l'Est ukrainien soit qualifiée de conflit armé n'emporte donc pas l'exclusion de la convention sur le financement du terrorisme, mais son application combinée avec le droit humanitaire. On conclut que l'applicabilité de la convention sur le financement du terrorisme n'est pas affectée par l'existence d'un conflit armé. Ce dernier n'a donc pas d'incidence sur la compétence que la Cour tire de cet instrument. Contrairement à ce qu'affirme la Russie, les rapports entre le droit de l'antiterrorisme et le droit humanitaire ne soulèvent que des questions de fond. Pour plus des précisions sur la question voir PHILIPPE WECKEL, « L'Ukraine introduit une requête contre la Russie devant la Cour internationale de justice », *in* sentinelle du droit international, Bulletin 501 du 22.01.2017).

Donbass ukrainien, sans qu'il soit nécessaire de démontrer une quelconque complicité avec d'éventuelles activités terroristes⁸¹.

Parlant de prévention sur la discrimination raciale :

1. L'Ukraine soutient qu'il existe un différend entre les Parties concernant l'interprétation et l'application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. Elle affirme en particulier que la Fédération de Russie, en exerçant une discrimination à l'égard des communautés des Tatars de Crimée et des Ukrainiens de souche vivant dans la péninsule, a violé les dispositions de cette convention.

L'Ukraine affirme que, forte du contrôle qu'elle exerce sur la péninsule de Crimée depuis son «annexion» en mars 2014, la Fédération de Russie y a imposé une politique de domination ethnique russe «visant à l'annihilation culturelle des autres communautés au moyen d'une campagne de discrimination systématique et continue».

S'agissant des Tatars de Crimée, l'Ukraine soutient que la Fédération de Russie les a privés de leurs dirigeants et institutions politiques celle-ci ayant notamment «déclaré hors la loi le Majlis, principale institution autonome des Tatars de Crimée», qu'elle a «interdit d'importants rassemblements culturels, instauré un régime de disparitions et de meurtres, mené une campagne de perquisitions et de détentions arbitraires, réduit au silence les médias et privé cette communauté de droits en matière d'éducation». L'Ukraine avance que, très récemment, onze Tatars de Crimée qui protestaient pacifiquement contre les perquisitions arbitraires ont été mis en détention». S'agissant des Ukrainiens de souche vivant en Crimée, l'Ukraine soutient que la Fédération de Russie a restreint leurs droits en matière d'éducation, ainsi que leur capacité à préserver leur langue et leur culture, et imposé des restrictions de nature discriminatoire aux médias des Ukrainiens de souche de la péninsule.

2. La Fédération de Russie, pour sa part, fait valoir que l'Ukraine n'a satisfait à aucune des conditions procédurales posées à l'article 22 de la

⁸¹ CIJ, *Affaire relative à l'application de la convention internationale sur la répression du financement du terrorisme et la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciales*, (UKRAINE c. FÉDÉRATION DE RUSSIE), Ordonnance du 19 AVRIL 2017, demande en indication des mesures conservatoires, Rôle général no 166,p.23.

CIEDR⁸². Premièrement, elle soutient qu'aucun élément ne démontre qu'il y aurait eu une «véritable tentative de négociateur». Elle reconnaît que, pendant deux ans et demi, des échanges ont eu lieu entre les Parties, sous la forme de notes verbales et de trois cycles de réunions, mais affirme que l'Ukraine s'est limitée à faire état d'un certain nombre d'accusations, qui n'ont cessé d'évoluer d'une note verbale à une autre, de sorte que les positions des deux Parties sur les questions en litige n'ont pas pu être arrêtées. Deuxièmement, la Fédération de Russie fait observer que l'Ukraine n'a pas saisi le comité de la CIEDR de ses allégations, alors que les articles 11 à 13 de la convention organisent une procédure spécifique de plainte interétatique devant cet organe. Elle ajoute que, lors des échanges diplomatiques, elle avait expressément rappelé à l'Ukraine, le 27 novembre 2014, que celle-ci devait suivre cette procédure. Elle rappelle que le comité de la CIEDR peut déclencher une procédure d'intervention d'urgence lorsqu'une situation exige «une attention immédiate pour empêcher ou limiter l'extension ou le nombre de violations graves de la convention». La Fédération de Russie est d'avis que les deux conditions préalables énoncées à l'article 22 de la CIEDR à savoir, le recours aux négociations et aux procédures expressément prévues par la convention sont cumulatives. Elle fait observer que la Cour a reconnu dans sa jurisprudence qu'à l'époque où cette convention a été rédigée, l'idée de consentir au règlement obligatoire des différends par ses soins n'était pas facilement acceptable pour nombre d'Etats, ce qui explique que des limitations supplémentaires au recours au règlement judiciaire aient été prévues sous la forme de négociations préalables et d'autres procédures de règlement des différends non assorties de délais dans le but de recueillir une plus large adhésion des Etats à la CIEDR.

La Fédération de Russie estime que les droits que l'Ukraine revendique ne sont pas plausibles et ne sont pas fondés sur une interprétation possible de la

⁸² Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale Adoptée et ouverte à la signature et à la ratification par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 2106 A (XX) du 21 décembre 1965, entrée en vigueur le 4 janvier 1969. Son article 22 dispose ce qui suit : « Tout différend entre deux ou plusieurs États Parties touchant l'interprétation ou l'application de la présente Convention qui n'aura pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues par ladite Convention sera porté, à la requête de toute partie au différend, devant la Cour internationale de Justice pour qu'elle statue à son sujet, à moins que les parties au différend ne conviennent d'un autre mode de règlement ».

CIEDR. Elle explique qu'il ne suffit pas d'alléguer qu'une personne a subi un préjudice ou qu'il a été porté atteinte à l'un des droits qu'elle tient de la convention. Il faut démontrer que ce préjudice ou cette atteinte à un droit est de nature discriminatoire. Or, selon la Fédération de Russie, l'Ukraine n'a pas établi le grief qu'elle lui fait d'avoir adopté des mesures affectant de manière discriminatoire les communautés tatare et ukrainienne, révélatrices d'une différence de traitement entre ces communautés et les autres résidents de la Crimée. Mettant l'accent sur les articles 2 et 5 de la CIEDR, la Fédération de Russie considère que l'Ukraine se contente de dresser une liste d'allégations de violations de droits de l'homme qui auraient affecté des personnes d'origine tatare ou ukrainienne ; à aucun moment, l'Ukraine n'explique en quoi ces violations alléguées seraient constitutives de discrimination raciale au sens de la CIEDR.

Pour contester la compétence de la Cour la Russie soutient que les deux conventions internationales invoquées par l'Ukraine ne seraient pas applicables en l'espèce. Il est à première vue impossible de lui répondre sans examiner le fond de l'affaire. A ce stade de l'indication de mesures conservatoires le débat judiciaire n'a donc utilement porté que sur le respect des conditions procédurales énoncées dans les clauses de règlement des différends insérées dans les deux conventions en question. Ces clauses subordonnent la juridiction de la CIJ à l'achèvement d'une négociation préalable entre les Etats parties.

Ce premier débat sur la compétence de la Cour dans cette affaire a permis de se rendre compte de l'importance des questions de fond qui attendent cette dernière. Ainsi le droit international de l'antiterrorisme devrait fortement bénéficier de l'éclaircissement attendu de l'arrêt à venir.

Le préambule de la convention est claire et non lacunaire à ce sujet en ces termes : ayant à l'esprit les buts et principes de la Charte des Nations Unies concernant le maintien de la paix et de la sécurité internationales et le développement des relations de bon voisinage, d'amitié et de coopération entre les Etats, profondément préoccupés par la multiplication, dans le monde entier, des actes de terrorisme sous toutes ses formes et manifestations, rappelant la Déclaration du cinquantième anniversaire de l'Organisation des Nations Unies, qui figure dans la résolution 50/6 de l'Assemblée générale du 24 octobre 1995, rappelant également toutes les

résolutions de l'Assemblée générale en la matière, notamment la résolution 49/60 du 9 décembre 1994 et son annexe reproduisant la Déclaration sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international, dans laquelle les Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies ont réaffirmé solennellement qu'ils condamnaient catégoriquement comme criminels et injustifiables tous les actes, méthodes et pratiques terroristes, où qu'ils se produisent et quels qu'en soient les auteurs, notamment ceux qui compromettent les relations amicales entre les Etats et les peuples et menacent l'intégrité territoriale et la sécurité des Etats.

Pour le Professeur Philippe WECKEL il rappelle que le Conseil de sécurité a fait de l'action sur le financement du terrorisme le fer de lance de l'antiterrorisme global dont il a pris la tête. Dès le début, c'est-à-dire en 1998, l'organe de la sécurité collective a affirmé cette priorité qu'il n'a cessé de renforcer⁸³. Dans le procès avec l'Ukraine, la Russie court ainsi le risque d'entrer en contradiction avec la position commune qu'elle soutient à New-York. En effet, l'appareil des résolutions du Conseil de sécurité et sa mise en œuvre déterminent l'interprétation de la Convention, en tant que pratique subséquente du traité et avec une autorité renforcée par l'Article 103 de la Charte. On livre deux exemples de la posture potentiellement contradictoire de la Russie.

4) Raisonement de la Cour

A cet égard, la Cour prend note du rapport du HCNUDH sur la situation des droits de l'homme en Ukraine (pour la période allant du 16 mai au 15 août 2016), dans lequel il est noté que «l'interdiction imposée au Majlis, assemblée représentative de l'autogouvernement avec des fonctions quasi-exécutives, semble refuser aux Tatars de Crimée (autochtones de Crimée) le droit de choisir leurs autorités représentatives», ainsi que de son rapport sur la situation des droits de l'homme en Ukraine (pour la période allant du 16 août au 15 novembre 2016), dans lequel le HCNUDH indique qu'aucune des ONG tatars de Crimée actuellement enregistrées en Crimée ne peut être considérée comme ayant le même degré de représentativité et de légitimité que le Majlis, dont les membres sont élus par le Kurultai, soit l'Assemblée

⁸³ PR. PHILIPPE WECKEL, « La Cour prescrit des mesures conservatoires à la Russie dans le différend qui l'oppose à l'Ukraine », *in* sentinelle du droit international 2017, article disponible en ligne sur [http://www. Sentinelle droit international.fr](http://www.Sentinelle droit international.fr) (Consulté le 3 septembre 2017 à 19:00).

des Tatars de Crimée. La Cour prend aussi note du rapport de la mission de l'OSCE chargée de l'évaluation de la situation des droits de l'homme en Crimée (rapport établi pour la période allant du 6 au 18 juillet 2015), selon lequel «l'enseignement de l'ukrainien et dans cette langue est en train de disparaître de Crimée, par le biais de pressions sur les directions d'école, les enseignants, les parents et les enfants, dans le but de cesser tout enseignement en langue ukrainienne et de l'ukrainien». Le HCNUDH a, pour sa part, fait observer que «le début de l'année scolaire 2016–2017 en Crimée et dans la ville de Sébastopol ... confirmait le déclin continu de l'ukrainien en tant que langue d'enseignement» (rapport sur la situation des droits de l'homme en Ukraine, du 16 août au 15 novembre 2016). Ces rapports attestent, *prima facie*, l'existence de restrictions quant à la disponibilité de cours en langue ukrainienne dans les établissements d'enseignement de Crimée. Rappelant à la Fédération de Russie qu'elle est tenue de s'acquitter des obligations lui incombant au titre de la CIEDR, la Cour considère que, s'agissant de la situation en Crimée, la Fédération de Russie doit s'abstenir, dans l'attente de la décision finale en l'affaire, de maintenir ou d'imposer des limitations à la capacité de la communauté des Tatars de Crimée de conserver ses instances représentatives, y compris le Majlis. En outre, la Fédération de Russie doit faire en sorte de rendre disponible un enseignement en langue ukrainienne.

La Cour rappelle que l'Ukraine l'a priée d'indiquer des mesures destinées à prévenir toute aggravation du différend l'opposant à la Fédération de Russie. Lorsqu'elle indique des mesures conservatoires à l'effet de sauvegarder des droits déterminés, la Cour dispose aussi du pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires en vue d'empêcher l'aggravation ou l'extension du différend quand elle estime que les circonstances l'exigent⁸⁴. Dans la présente affaire, ayant examiné l'ensemble des circonstances, la Cour estime nécessaire d'indiquer, en sus des mesures particulières décidées ci-dessus, une mesure visant à prévenir toute aggravation du différend existant entre les Parties.

S'agissant de la situation en Ukraine orientale, la Cour rappelle aux Parties que, dans sa résolution 2202 (2015), le Conseil de sécurité a approuvé

⁸⁴ C.I.J., *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihéar*, (Cambodge c. Thaïlande), mesures conservatoires, ordonnance du 18 juillet 2011, Recueil 2011 (II), §. 59, p. 551-552.

l'«ensemble de mesures en vue de l'application des accords de Minsk» qui a été adopté et signé à Minsk le 12 février 2015 par des représentants de l'OSCE, de l'Ukraine et de la Fédération de Russie, ainsi que par des représentants de «certaines zones des régions de Donetsk et de Louhansk», et approuvé par le président de la Fédération de Russie, le président de l'Ukraine, le président de la République française et la chancelière de la République fédérale d'Allemagne. La Cour attend des Parties qu'elles s'emploient à mettre pleinement en œuvre, tant individuellement que conjointement, cet «ensemble de mesures» afin de parvenir à un règlement pacifique du conflit dont l'est de l'Ukraine est le théâtre⁸⁵.

La Cour conclut de l'ensemble des considérations qui précèdent que les conditions auxquelles son Statut subordonne l'indication de mesures conservatoires sont réunies dans le cas de la CIEDR. Il y a donc lieu pour elle d'indiquer, dans l'attente de son arrêt définitif, certaines mesures afin de protéger les droits revendiqués par l'Ukraine, tels qu'ils ont été énoncés ci-dessus.

La Cour rappelle que, lorsqu'une demande en indication de mesures conservatoires lui est présentée, elle a le pouvoir, en vertu de son Statut, d'indiquer des mesures totalement ou partiellement différentes de celles qui sont sollicitées. Le paragraphe 2 de l'article 75 du Règlement mentionne expressément ce pouvoir de la Cour, que celle-ci a déjà exercé en plusieurs occasions par le passé⁸⁶.

En l'espèce, ayant examiné le libellé des mesures conservatoires demandées par l'Ukraine ainsi que les circonstances de l'affaire, la Cour conclut que les mesures à indiquer n'ont pas à être identiques à celles qui sont sollicitées.

La Cour note que certains droits en cause dans la présente procédure, notamment les droits politiques, civils, économiques, sociaux et culturels

⁸⁵ CIJ, *Affaire relative à la application de la convention internationale sur la répression du financement du terrorisme et la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciales*, (UKRAINE c. FÉDÉRATION DE RUSSIE), Ordonnance du 19 Avril 2017, demande en indication des mesures conservatoires, Rôle général no 166, pp.31-35.

⁸⁶ C.I.J, *Affaire relatives aux Immunités et procédures pénales*, (Guinée équatoriale c. France, mesures conservatoires, ordonnance du 7 décembre 2016, §. 94 :

établis aux alinéas c), d) et e) de l'article 5 de la CIEDR sont de nature telle que le préjudice qui leur serait porté pourrait se révéler irréparable.

En l'état des éléments versés au dossier, la Cour est d'avis que les Tatars de Crimée et les Ukrainiens de souche présents dans la péninsule semblent se trouver encore dans une situation de vulnérabilité⁸⁷.

5) *Observations générales et conclusion*

En règle générale, quand la Cour sera-t-elle compétente pour indiquer des mesures conservatoires ? Vu leur caractère souvent urgent et la nécessité de les indiquer dès le début de la procédure, la Cour n'aura pas encore pu s'assurer entièrement de sa compétence sur le fond du litige. Or, s'il était loisible d'introduire une instance sans réelle base de compétence tout en exerçant le droit de se voir octroyer immédiatement des mesures conservatoires les plus diverses, le potentiel d'abus et de nuisances serait insigne. Un Etat souverain défendeur dans une instance se verrait provisoirement interdire toute une gamme de comportements alors que la Cour ne serait en réalité pas compétente sur l'objet du litige avancé par le demandeur⁸⁸. Il sera donc nécessaire de mettre soigneusement en balance le caractère urgent des mesures conservatoires, appelant à un examen sommaire des titres de compétence, et la compétence de fond de la Cour, par exemple en exigeant pour le moins que le demandeur prouve une compétence *prima facie* sur l'objet du différend⁸⁹.

Dans le cas sous examen et à la lumière de ce qui précède, la cour a estimé, *prima facie* qu'elle a compétence en vertu du paragraphe 1 de l'article 24 de la CIRFT et de l'article 22 de la CIEDR pour connaître de l'affaire dans la

⁸⁷ *Idem.*

⁸⁸ Tel est l'objectif des mesures conservatoires (*provisional measures*). Il s'agit de mesures provisoires adoptées par un tribunal entre le moment de sa saisine et celui du jugement final, dont l'objectif est d'enjoindre au défendeur de s'abstenir de faire certains actes pouvant gravement affecter ou aliéner l'objet du litige³. L'article 41, § 1, du Statut dispose, pour ce qui est de la CIJ : « La Cour a le pouvoir d'indiquer, si elle estime que les circonstances l'exigent, quelles mesures conservatoires du droit de chacun doivent être prises à titre provisoire » ; le § 2 ajoute : « En attendant l'arrêt définitif, l'indication de ces mesures est immédiatement notifiée aux parties et au Conseil de sécurité ». Le Règlement de la Cour précise aux articles 73-78 les modalités procédurales relatives aux mesures conservatoires. (Mesures conservatoires, <http://www.pedone.info/cij/27-CIJ.pdf>.

⁸⁹ Mesures conservatoires, disponible sur <http://www.pedone.info/cij/27-CIJ.pdf>, p.3.

mesure où le différend entre les Parties concerne «l'interprétation ou l'application» de ces conventions⁹⁰. Les juges ont été unanimes à soutenir cette démarche. La Cour affirme son autorité à l'égard des parties. Elle souligne le caractère discrétionnaire de son pouvoir de choisir les mesures conservatoires appropriées. Bien que la décision n'est pas encore définitive des lors que la question du fond n'est pas encore tranchée ; cette décision est salutaire dans le sens où elle donne des orientations déterminante sur la mise en œuvre des mesures conservatoires qui peuvent être sollicité avant que le fond de l'affaire ne soit traité. En plus cette ordonnance éclairci les arcanes pouvant permettre de mettre en mouvement la responsabilité des Etats qui s'adonnent à des violations des droits des autres Etats, parlant surtout de la répression du financement du terrorisme et de la lutte contre la discrimination raciale. Cela est d'autant plus plausible car Il est clair que le terrorisme a des effets très réels et directs sur les droits de l'homme, avec des conséquences catastrophiques pour la réalisation du droit à la vie, à la liberté et à l'intégrité physique des victimes. Outre ces coûts individuels, le terrorisme peut déstabiliser les gouvernements, affaiblir la société civile, compromettre la paix et la sécurité et menacer le développement social et économique, toutes choses qui ont aussi un réel impact sur l'exercice des droits de l'homme.

La sécurité de la personne étant un droit fondamental de l'homme, la protection des individus constitue pour les gouvernements une obligation essentielle. Les États sont tenus de garantir les droits fondamentaux de leurs citoyens et des autres ressortissants en prenant des mesures positives pour les protéger contre la menace d'actes terroristes et de traduire le auteurs de tels actes en justice⁹¹. Et de l'autre part, les droits humains relevant du jus naturalisme dans sa configuration la plus en vue comme étant un ensemble des prérogatives reconnues à toute individu de par sa nature humaine, il serait ignoble de ne pas le reconnaître en discriminant une frange de la population du monde surtout considérant que la Charte des Nations Unies est fondée sur les principes de la dignité et de l'égalité de tous les êtres humains, et que tous les États Membres se sont engagés à agir, tant

⁹⁰ Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), mesures conservatoires, ordonnance du 15 octobre 2008, C.I.J. Recueil 2008, p. 388, par. 116-117.

⁹¹ Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme Droit de l'homme, terrorisme et lutte anti-terroriste, fiche d'information numéro 32, P.1. disponible sur <http://www.ohchr.org; factsheet32FR.pdf>.

conjointement que séparément, en coopération avec l'Organisation, en vue d'atteindre l'un des buts des Nations Unies, à savoir: développer et encourager le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion, et surtout en considérant que la Déclaration universelle des droits de l'homme proclame que tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits et que chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés qui y sont énoncés, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur ou d'origine nationale⁹².

En définitive, on doit souligner qu'il n'est pas contesté que la CIJ a respecté les conditions auxquelles le Statut et le Règlement subordonnent l'indication de mesures conservatoires. On admet aussi qu'elle détient in fine un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne l'opportunité de décider des mesures conservatoires et leur contenu. La prescription de mesures conservatoires constitue un premier test positif qui confirme l'intérêt que présente cette affaire historique. L'argumentation russe conduira la Cour à s'interroger sur la nature des rapports qu'entretient le droit international de l'antiterrorisme avec le droit humanitaire. Il est nécessaire de prendre conscience du développement considérable de cet encadrement juridique de la lutte contre le terrorisme. Le temps de la justice n'est pas celui de la diplomatie comme le soutient clairement monsieur Philippe WECKEL⁹³.

CONCLUSION GENERALE

La répression des crimes jugés graves par l'ensemble de l'humanité au cours de l'année 2017 témoigne une dynamique amplifiée de laquelle jailli un écho encourageant. De l'énergie déployée à tous les niveaux ressort un espoir de voir les criminels traqués sans possibilité de prescription pour leurs crimes. Ce qui redonne de l'espoir aux innombrables victimes qui semblaient, jusque-là, abandonnés dans une inertie d'oubli qui ne faisait qu'aggraver leur sort.

⁹² Préambule de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale Adoptée et ouverte à la signature et à la ratification par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 2106 A (XX) du 21 décembre 1965 Entrée en vigueur: le 4 janvier 1969.

⁹³ PR. PHILIPPE WECKEL, *op.cit.*, p.1.

Dans cette étude il a été faite une analyse on ne peut plus concise quoique Inexhaustive. A toutes les échelles, le souci de préserver l'espèce humaine de sa naturelle tendance à l'auto destruction a été à la base d'une quête de justice qui ne saurait plus paraître en une simple requête. Cependant, il est tout de même anodin de constater que le droit continue à souffrir de la politique, qui, dans les poursuites d'Omar Al-BASHIR et autres hauts placés africains présumés coupables des crimes abjects, a divisé l'organisation panafricaine et la Cour criminelle de LA HAYE. La première soulevant des raisons politico-diplomatiques pour anéantir l'action de la seconde. Cette confrontation est aboutie à un bras de fer entre UA et CPI au point de faire envisager un retrait collectif des Etats africains parties au statut de Rome. Cependant, dans le milieu africain, cette question divise plus qu'elle ne réunit. Les uns arguent des incompatibilités entre l'obligation de coopérer et les obligations dues mutuellement entre Etats frères au sein de l'UA pour tourner le dos à l'exécution des mandats émis par la Cour. Cette tendance pose un problème sur l'avenir de la Cour, dans la mesure où cette dernière ne compte que sur la coopération des Etats parties pour fonctionner.

Dans cette confusion des luttes, le dénouement de l'élastique affaire HISSEN HABRE, qui, dans 20 ans de procédure devant les juridictions nationales et les Chambres africaines extraordinaires a affaibli toutes les patiences, l'attente de justice commença à paraître interminable pour les victimes. L'aboutissement de cette quête de justice rend l'espoir de voir s'ériger une justice imprescriptible. Cet horizon qui s'éloignait à chaque fois que l'on croyait l'atteindre a pris tout son temps pour causer des émules et rendre espoir aux victimes des affres d'hier et d'aujourd'hui. Le message envoyé reste sans ambiguïté tôt ou tard les forts d'hier et d'aujourd'hui rendront compte de leurs actes.

La crise en Ukraine à la base des Républiques populaires autoproclamées de Donetsk et de Louhansk, qui depuis un temps à infligé des pertes considérables à l'humanité, a conduit l'Etat requérant (Ukraine) de saisir la CIJ, pour qu'elle se prononce au sujet des violations alléguées des conventions internationales pour la répression du financement du terrorisme et sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale en charge de la Russie. En attendant la décision définitive dans cette affaire, la Cour a ordonné des mesures conservatoires pour atténuer les effets néfastes susceptibles d'empirer la situation en Ukraine. Cette affaire interpelle les

juristes humanitaristes. En ce sens qu'elle démontre les rapports qu'entretiennent le droit international de l'antiterrorisme et le droit international humanitaire, dans une période aussi agitée par l'activisme accru du terrorisme. Les récents développements en lutte contre le terrorisme n'est pas une réponse au caractère amorphe ou inadapté du droit applicable aux conflits armés au terrorisme moderne. Cela confirme le caractère dynamique du DIH qui se conforme facilement aux réalités nouvelles susceptibles de mettre en péril l'humanité.

En tout état de cause, l'année 2017 n'est pas encore à sa fin. Pour dire que l'achèvement des nouveautés en matière de répression des crimes internationaux au cours d'une année aussi féconde, n'est pas envisageable. Les auteurs de cette étude n'en seront aussi guère à leur dernière expérience.