

OPINION MINORITAIRE DU JUGE MARC PERRIN DE BRICHAMBAUT

I. Introduction

1. Je souscris à la décision de la Chambre d'accorder l'autorisation d'interjeter appel de la Décision attaquée¹. Je pense cependant que cette autorisation ne devrait être donnée que pour les deuxième et troisième questions telles que reformulées par le Procureur :

les immunités dont bénéficie Omar Hassan Ahmad Al-Bashir (« Omar Al-Bashir ») en qualité de chef d'État en vertu du droit international coutumier ou d'une obligation conventionnelle préexistante empêchent-elles les États parties au Statut de Rome d'exécuter la demande par laquelle la Cour sollicite son arrestation et sa remise pour des crimes relevant de sa compétence qui auraient été commis au Darfour dans les limites des paramètres de la situation renvoyée à la Cour par le Conseil de sécurité ; et

les droits et obligations prévus par le Statut, y compris à son article 27-2, sont-ils applicables au Soudan, sur prescription du Conseil de sécurité agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte de Nations Unies² ?

2. S'agissant de la première question³, je remarque à l'instar du Procureur⁴ que les effets d'obligations conventionnelles préexistantes — notamment celles découlant de la Convention relative aux privilèges et immunités de la Ligue des États arabes de

¹ *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome concernant la non-exécution par la Jordanie de la demande que lui avait adressée la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise d'Omar Al-Bashir, 11 décembre 2017, ICC-02/05-01/09-309-tFRA.

² *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, Prosecution's response to the Hashemite Kingdom of Jordan's notice of appeal against the article 87(7) decision, or in the alternative, application for leave to appeal the decision under article 82(1)(d)* (« la Réponse de l'Accusation »), 21 décembre 2017, ICC-02/05-01/09-313, par. 3.

³ *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, The Hashemite Kingdom of Jordan's Notice of Appeal of the Decision under Article 87(7) of the Rome Statute on the Non-Compliance by Jordan with the Request by the Court for the Arrest and Surrender of Omar Al-Bashir; or, in the Alternative, Leave to Seek Such an Appeal* (« l'Acte d'appel de la Jordanie »), 18 décembre 2017, ICC-02/05-01/09-312, par. 4 : « [TRADUCTION] [...] la Chambre a commis une erreur de fait en concluant que le Soudan n'était pas partie à la convention relative aux privilèges et immunités de la Ligue des États arabes de 1953 (« la Convention de 1953 ») et elle a commis une erreur de droit en concluant que l'adhésion du Soudan était une condition préalable essentielle afin que l'obligation conventionnelle de la Jordanie donne effet à l'immunité du Président Al-Bashir en vertu de la Convention de 1953 » [note de bas de page non reproduite].

⁴ Réponse de l'Accusation, par. 22.

1953⁵ — sur le devoir de la Jordanie d'exécuter une demande d'arrestation et de remise présentée par la Cour pourraient être examinés dans le cadre de la deuxième question telle qu'elle a été reformulée. S'agissant de la quatrième question⁶, je suis d'accord avec le Procureur pour dire que la Jordanie n'a pas identifié de question susceptible d'appel au sens de l'article 82-1-d du Statut⁷. Partant, je considère que l'autorisation d'interjeter appel ne devrait pas être accordée pour la première et la quatrième question.

3. Les deuxième et troisième questions telles qu'elles ont été reformulées par le Procureur exposent avec précision les questions de droit et de fait que la Chambre préliminaire a examinées pour rendre la Décision attaquée. Leur certification par la Chambre préliminaire permettrait donc à la Chambre d'appel d'examiner la Décision attaquée de la façon la plus complète qui soit. Cela est d'autant plus important eu égard aux décisions divergentes rendues par la Cour sur la question des immunités.

4. De plus, pour résoudre de manière exhaustive toutes les questions juridiques se rapportant à l'obligation des États parties au Statut de Rome de coopérer avec la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise d'Omar Al-Bashir, je pense qu'il faudrait que la Chambre d'appel examine, en plus des questions susvisées, la question connexe que j'avais exposée en détail dans mon opinion minoritaire du 14 décembre 2017 concernant la non-coopération de la Jordanie (« l'Opinion minoritaire du 14 décembre 2017 »), qui est la suivante⁸ :

⁵ Convention relative aux privilèges et immunités de la Ligue des États arabes, adoptée par le Conseil de la Ligue des États arabes, 18^e session ordinaire, 10 mai 1953.

⁶ Acte d'appel de la Jordanie, par. 4 : « [TRADUCTION] [...] même si sa décision était correcte concernant la non-exécution (*quad non*), la Chambre a abusé de son pouvoir discrétionnaire en décidant de renvoyer cette question à l'Assemblée des États parties et au Conseil de sécurité de l'ONU ».

⁷ Réponse de l'Accusation, par. 23 et 24.

⁸ *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, Opinion minoritaire du Juge Marc Perrin de Brichambaut, datée du 11 décembre 2017 et enregistrée le 14 décembre 2017, ICC-02/05-01/09-309-Anx.

la pleine participation du Soudan et de la Jordanie à la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide⁹ (« la Convention sur le génocide » ou « la Convention ») a-t-elle pour effet de lever l'immunité d'Omar Al-Bashir et, dans l'affirmative, fait-elle obligation aux parties contractantes à ladite convention de l'arrêter lorsqu'il se trouve sur leur territoire, conformément à leur obligation de coopérer avec la Cour ?

II. Le pouvoir de la Chambre de reformuler une question telle que définie à l'article 82-1-d du Statut

5. Par le passé, la Chambre d'appel a jugé, à propos de l'article 82-1-d du Statut, que « la chambre préliminaire ou la chambre de première instance est investie du pouvoir d'établir ou, plus exactement, de confirmer l'existence d'une question susceptible d'appel¹⁰ ». Elle a également relevé que « [c]'est donc à la chambre préliminaire ou à la chambre de première instance qu'il revient de décider non seulement s'il peut être fait appel d'une décision, mais aussi dans quelle mesure¹¹ ».

6. Sur ce fondement, les chambres préliminaire et de première instance ont choisi à plusieurs reprises de reformuler une « question » pour laquelle l'autorisation d'interjeter appel était demandée, en réduisant ou modifiant la portée de la question soulevée par l'appelant¹². Il est donc bien établi que les chambres préliminaire et de première instance ont le pouvoir de reformuler des questions et, par voie de conséquence, le pouvoir d'étendre la portée des questions pour lesquelles l'autorisation d'interjeter appel a été demandée. Je suis pleinement conscient du fait

⁹ Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, Recueil des traités des Nations Unies, vol. 78, p. 277.

¹⁰ Chambre d'appel, Situation en République démocratique du Congo, Arrêt relatif à la Requête du Procureur aux fins d'obtenir l'examen extraordinaire de la décision rendue le 31 mars 2006 par laquelle la Chambre préliminaire I rejetait une demande d'autorisation d'interjeter appel, 13 juillet 2006, ICC-01/04-168, par. 20.

¹¹ Chambre d'appel, *Le Procureur c. Laurent Koudou Gbagbo*, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la Décision portant ajournement de l'audience de confirmation des charges conformément à l'article 61-7-c-i du Statut, rendue par la Chambre préliminaire I le 3 juin 2013, 16 décembre 2013, ICC-02/11-01/11-572-tFRA (OA 5) (« L'Arrêt du 16 décembre 2013 »), par. 63.

¹² Voir, par exemple, Chambre de première instance V(a), *Le Procureur c. Ruto et Sang*, *Decision on the Defence's Applications for Leave to Appeal the "Decision on Prosecution Request for Admission of Prior Recorded Testimony"*, daté du 10 septembre 2015 et enregistré le 11 septembre 2015, ICC-01/09-01/11-1953-Red, par. 20 ; Chambre de première instance VI, *Le Procureur c. Bemba et autres*, *Decision on Defence request seeking leave to appeal the "Decision on request for compensation for unlawful detention"*, 13 mai 2016, ICC-01/05-01/13-1893, par. 21 et suiv.

que les chambres préliminaire et de première instance doivent utiliser judicieusement le pouvoir discrétionnaire que leur confère l'article 82-1-d du Statut, car dans au moins une instance, la « question » reformulée a conduit la partie qui avait demandé et obtenu l'autorisation de faire appel à se désister de son appel¹³. À ce propos, je relève également que la Chambre d'appel a jugé qu'elle ne donnera pas « d'avis consultatifs sur des questions dont elle n'est pas valablement saisie¹⁴ ».

7. Toutefois, eu égard à l'importance des questions découlant de la Décision attaquée¹⁵ et étant donné que la question de l'applicabilité et de l'effet de la Convention sur le génocide est une des questions pertinentes, je pense qu'il convient d'exercer un tel pouvoir discrétionnaire et que le fait de prendre également en considération cette question connexe ne reviendrait pas à demander un avis consultatif. Il est vrai que, en dépit des nombreuses visites officielles qu'il a effectuées dans des États parties, Omar Al-Bashir n'a toujours pas été arrêté et remis à la Cour¹⁶. De plus, j'ai fait observer dans l'opinion minoritaire que j'ai rendue le 6 juillet 2017 au sujet de la non-coopération de l'Afrique du Sud (« l'Opinion minoritaire du 6 juillet 2017 »)¹⁷ que la question de l'immunité d'Omar Al-Bashir,

¹³ Voir *Le Procureur c. Banda et Jerbo, Defence Notice to the Registrar of the Discontinuance of the Defence appeal against the Decision on the defence request for a temporary stay of proceedings* (ICC-02/05-03/09-410), 21 décembre 2012, ICC-02/05-03/09-435 (OA 3).

¹⁴ Chambre d'appel, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Germain Katanga contre la décision rendue oralement par la Chambre de première instance II le 12 juin 2009 concernant la recevabilité de l'affaire, 25 septembre 2009, ICC-01/04-01/07-1497-tFRA (OA 8), par. 38 et *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la Décision relative à la confirmation des charges rendue par la Chambre préliminaire I le 16 décembre 2011, 30 mai 2012, ICC-01/04-01/10-514-tFRA (OA 4), par. 68. Voir aussi *Le Procureur c. Laurent Koudou Gbagbo*, Arrêt du 16 décembre 2013, par. 54.

¹⁵ *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome concernant la non-exécution par la Jordanie de la demande que lui avait adressée la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise d'Omar Al-Bashir, 11 décembre 2017, ICC-02/05-01/09-309-tFRA.

¹⁶ Voir par exemple *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, Decision inviting the Republic of Uganda to provide submissions concerning its failure to arrest Omar Al-Bashir and surrender him to the Court*, 13 décembre 2017, ICC-02/05-01/09-310 et *Décision invitant la République du Tchad à présenter des observations concernant son manquement à l'obligation d'arrêter Omar Al-Bashir et de le remettre à la Cour*, 13 décembre 2017, ICC-02/05-01/09-311-tFRA.

¹⁷ Opinion minoritaire du juge Marc Perrin de Brichambaut, 6 juillet 2017, ICC-02/05-01/09-302-Anx, par. 2.

comme indiqué plus haut¹⁸, a donné lieu à différentes positions juridiques dans les décisions de la Cour. Il est donc de la plus grande importance et de la plus grande urgence que la Cour adopte une position claire sur les questions juridiques se rapportant à l'obligation des États parties de coopérer avec elle aux fins de l'arrestation et de la remise d'Omar Al-Bashir, compte tenu en particulier des obligations découlant de la Convention sur le génocide.

III. Obligations juridiques découlant de la Convention sur le génocide

8. Comme je l'ai indiqué dans mes opinions minoritaires du 6 juillet 2017 et du 14 décembre 2017¹⁹, je crois fermement que la Convention sur le génocide est l'instrument sur lequel il convient de s'appuyer pour examiner la question de la levée de l'immunité personnelle d'un chef d'État accusé de génocide.

9. La Convention sur le génocide entre en jeu dans la présente procédure par la voie de l'article 98 du Statut, plus particulièrement de son paragraphe 1, auquel la Jordanie s'est référée²⁰. Cette disposition prévoit que la Cour « ne peut poursuivre l'exécution d'une demande de remise ou d'assistance qui contraindrait l'État requis à agir de façon incompatible avec *les obligations qui lui incombent en droit international* en matière d'immunité [...] d'une personne [...] d'un État tiers » (non souligné dans l'original). Toutefois, la référence aux « obligations [...] en droit international » ne permet pas, selon moi, une approche à la carte. Il en découle en réalité que la Cour est tenue d'effectuer une analyse exhaustive de *toutes* les obligations pertinentes et potentiellement concurrentes résultant du droit international, et notamment, en

¹⁸ Voir plus haut, par. 3.

¹⁹ Opinion minoritaire du 6 juillet 2017. Voir aussi Opinion minoritaire du 14 décembre 2017, par. 4 à 10.

²⁰ Opinion minoritaire du 14 décembre 2017, par. 2 et 4 à 6. Comme je l'ai souligné dans l'Opinion minoritaire du 6 juillet 2007, la règle 195 du Règlement de procédure et de preuve envisage la possibilité que l'État requis soulève un problème d'exécution conformément aux dispositions de l'article 98 du Statut. J'en ai conclu que, lue conjointement avec l'article 119-1 du Statut, cette procédure confère à la Cour, à titre exclusif, l'autorité de décider si la Jordanie est obligée de respecter les immunités d'Omar Al-Bashir (Opinion minoritaire du 14 décembre 2017, par. 5. Voir aussi Opinion minoritaire du 6 juillet 2017, par. 4).

l'espèce, celles découlant de la Convention sur le génocide, à laquelle le Soudan et la Jordanie ont adhéré en 2004 et 1950 respectivement.

10. Dans mon opinion minoritaire du 14 décembre 2017, j'ai soutenu que les « gouvernants » des Parties contractantes, au sens de l'article IV de la Convention, qui sont accusés de génocide, ne sauraient jouir d'immunités personnelles. J'ai également fait observer que, en réalité, l'article VI de la Convention prévoit la levée de telles immunités aux fins de poursuites, notamment devant une « cour criminelle internationale » comme la Cour. J'ai donc conclu que, outre les obligations qui lui incombent en application du Statut de Rome, la Jordanie a une obligation de coopérer avec la Cour en vertu de l'article VI de la Convention ; par conséquent, si la Jordanie avait arrêté Omar Al-Bashir et l'avait remis à la Cour, elle n'aurait pas agi de façon incompatible avec les « obligations qui lui incombent en droit international en matière d'immunité [...] d'une personne [...] d'un État tiers »²¹.

11. Pour déclarer susceptible d'appel cette troisième question, telle que reformulée plus haut²², la Chambre d'appel serait tenue d'examiner un certain nombre de points importants se rapportant à la Convention sur le génocide. En premier lieu, elle devrait déterminer si cet instrument est, effectivement, applicable à la présente affaire et, par conséquent, si une levée d'immunité sur le fondement de la Convention a une incidence sur la procédure engagée devant la Cour. Pour ce faire, la Chambre d'appel devrait examiner de manière successive : i) la question de savoir si la Cour constitue une « cour criminelle internationale » au sens de l'article VI de la Convention ; ii) la question de savoir si le Soudan peut être considéré comme ayant accepté la compétence de la Cour ; et iii) la question de savoir si Omar Al-Bashir peut être considéré comme une « personne [...] accusée [...] de génocide » au sens de l'article VI de la Convention.

²¹ Opinion minoritaire du 14 décembre 2017, par. 10. Dans ce contexte, je fais également observer que la Jordanie n'a pas présenté de demande en application de l'article 97 visant à consulter la Cour au sujet de « difficultés qui pourraient [...] gêner ou [...] empêcher l'exécution [d'une demande] » d'arrestation et de remise d'Omar Al-Bashir.

²² Voir par. 4 plus haut.

12. Si la Chambre d'appel devait conclure que la Convention sur le génocide est applicable en l'espèce, elle serait alors tenue d'examiner si un chef d'État en exercice « accusé » de génocide peut en sa qualité officielle jouir d'immunités personnelles devant une « cour criminelle internationale » telle qu'envisagée à l'article VI de la Convention ou si l'on doit considérer que le Soudan a renoncé aux immunités de ses « gouvernants » en adhérant à la Convention.

13. Je suis également d'avis que ces questions sont de nature à affecter de manière appréciable le déroulement équitable et rapide de la procédure et que leur règlement immédiat par la Chambre d'appel ferait sensiblement progresser la procédure étant donné que l'intervention de la Chambre d'appel à ce stade apporterait des orientations sur la question cruciale de savoir si la Jordanie ou, en tout état de cause, tout autre État partie peuvent être dispensés de l'obligation d'exécuter des demandes d'arrestation et de remise présentées par la Cour en faisant valoir des immunités fondées sur la qualité officielle des intéressés.

IV. Conclusion

14. Je considère que, pour ces raisons, outre la deuxième question telle que reformulée par le Procureur, la Chambre préliminaire aurait du également autoriser l'examen par la Chambre d'appel de la troisième question, telle que reformulée précédemment, qui porte sur la relation avec la Convention sur le génocide.

Fait en anglais et en français, les versions anglaise et française faisant foi.

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a final horizontal stroke, positioned above a solid horizontal line.

M. le juge Marc Perrin de Brichambaut

Fait le 22 février 2018

À La Haye (Pays-Bas)