



**HAL**  
open science

## Commentaire de l'article 98 du Statut de la Cour pénale internationale

Anne-Laure Chaumette

► **To cite this version:**

Anne-Laure Chaumette. Commentaire de l'article 98 du Statut de la Cour pénale internationale . 2017. ⟨hal-01483706⟩

**HAL Id: hal-01483706**

**<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01483706v1>**

Preprint submitted on 12 Mar 2017

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

## Article 98

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

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

**2. La Cour ne peut poursuivre l'exécution d'une demande de remise qui contraindrait l'État requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en vertu d'accords internationaux selon lesquels le consentement de l'État d'envoi est nécessaire pour que soit remise à la Cour une personne relevant de cet État, à moins que la Cour ne puisse au préalable obtenir la coopération de l'État d'envoi pour qu'il consente à la remise.**

Comment les obligations du Statut de Rome, en particulier l'obligation de coopérer, s'articulent-elles avec les autres obligations internationales des États ? Telle est la question à laquelle l'article 98 du Statut tente d'apporter des réponses.

Contrairement aux statuts des tribunaux pénaux internationaux, le Statut de Rome n'est pas une annexe d'une décision du Conseil de sécurité adoptée sur le fondement du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Il ne bénéficie donc pas de l'autorité normative d'une telle décision ni de la primauté résultant de l'article 103 de la Charte des Nations Unies<sup>1</sup>. Le Statut de Rome est un traité. Dans le droit des traités, la conciliation des obligations concurrentes est envisagée aux articles 30 et 31 de la Convention de Vienne de 1969. L'article 30 de la Convention traite des cas de traités successifs et dispose que :

« 2. Lorsqu'un traité précise qu'il est subordonné à un traité antérieur ou postérieur ou qu'il ne doit pas être considéré comme incompatible avec cet autre traité, les dispositions de celui-ci l'emportent.

3. Lorsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur, sans que le traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été suspendue en vertu de l'art. 59, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur.

4. Lorsque les parties au traité antérieur ne sont pas toutes parties au traité postérieur :

- a) dans les relations entre les États parties aux deux traités, la règle applicable est celle qui est énoncée au par. 3 ;
- b) dans les relations entre un État partie aux deux traités et un État partie à l'un de ces traités seulement, le traité auquel les deux États sont parties régit leurs droits et obligations réciproques. »

L'article 31, paragraphe 3, de cette Convention précise que, pour interpréter un traité,

« 3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte : (...)

c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties. »

---

<sup>1</sup> L'article 103 dispose : « En 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 ».

Les rédacteurs du Statut de Rome ont fait le choix de ne pas renvoyer à ces dispositions et d'organiser leur propre système d'articulation des obligations du Statut avec les autres obligations internationales, au risque d'affaiblir la portée du Statut, en écartant notamment la règle traditionnelle, *lex specialis derogat legi generali*. Ils ont préféré mettre en place un système très respectueux de la souveraineté des États, inscrivant ainsi le Statut dans une approche plus volontariste qu'objectiviste.

L'article 98 se situe dans le Chapitre IX du Statut de Rome qui régit la coopération avec la Cour. Sa longue élaboration a occupé les rédacteurs du Statut jusqu'aux tous derniers jours de la Conférence des plénipotentiaires à Rome.

Historiquement, on trouve les prémisses de l'article 98 dès 1995. Le Comité *ad hoc* pour la création d'une Cour criminelle internationale indique qu'il « a jugé particulièrement délicate la question des obligations conventionnelles concurrentes. [II] a fait observer que cette question ne se rapportait pas seulement aux obligations incombant aux États en vertu des traités existants en matière d'extradition, mais aussi à celles découlant des accords sur le statut des forces »<sup>2</sup>. Plus précisément, au sujet de la remise des accusés à la Cour, le Comité

« a de nouveau souligné l'importance de la question de différentes obligations contractuelles concurrentes. [II] a estimé que l'État requis devrait prendre sa décision en tenant compte des objectifs généraux de la cour, du principe de complémentarité et de la nécessité de trouver l'instance la plus compétente pour juger l'accusé. [II] a également estimé que le statut devrait stipuler qu'en cas de conflit entre ses obligations en matière de transfert et d'extradition, un État partie au statut devrait reconnaître l'obligation de transférer un accusé à la cour sauf si un autre État ayant des accords d'extradition avec l'État requis peut arriver à démontrer immédiatement que l'affaire relève de sa juridiction et que tout donne à penser que les poursuites engagées devant les tribunaux nationaux aboutiraient »<sup>3</sup>.

En 1996, dans le cadre du Comité préparatoire, l'*Informal Group on Judicial Cooperation and Enforcement* estime que « [t]he obligation to cooperate (...) shall take precedence over all the legal obstacle which the State to which the request for judicial assistance is made invokes against the Court pursuant to its internal law or *the treaties to which it is a party* »<sup>4</sup>. Insistant sur l'obligation de coopérer, il admet toutefois que « [c]onsideration should be given to the relationship between the obligations of States parties to cooperate with the Court and their other existing but inconsistent international law

---

<sup>2</sup> Rapport du Comité *ad hoc* pour la création d'une Cour criminelle internationale, A/50/22, 6 septembre 1995, § 203, p. 40.

<sup>3</sup> *Ibid*, § 218, p. 43.

<sup>4</sup> Report of the Informal Group on Judicial Cooperation and Enforcement, Compilation of proposals on judicial cooperation and enforcement submitted to August 1996 phase of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, A/AC.249/CRP.17, 27 August 1996, p. 8 (Italiques ajoutées).

obligations, e.g. arising from bilateral extradition treaties, the Vienna Convention on Diplomatic Relations... »<sup>5</sup>.

Un an plus tard, la première ébauche du futur article 98 apparaît. Il s'agit alors de l'article 53 qui dispose :

« 1. La Cour peut présenter à l'État sur le territoire duquel une certaine personne est susceptible de se trouver une demande, accompagnée des pièces à l'appui indiquées à l'article 53 bis, tendant à ce que cette personne soit arrêté et [lui soit remise] [soit transférée] [soit extradée] et solliciter la coopération de cet État pour l'arrestation et [la remise] [le transfèrement] [l'extradition] de l'intéressé (...)

2. [Variante 1 : Aucun motif de rejet n'est admis.]

[Variante 2 : L'État partie peut rejeter une demande [de remise] [de transfèrement] [d'extradition] uniquement si : (...)

e) En donnant suite à la demande, il violerait une obligation qui lui incombe envers un autre État en vertu [d'une règle impérative] d'une obligation découlant du droit international général [d'un traité]] »<sup>6</sup>.

Ce texte qui figurera également dans le projet de statut de la cour criminelle internationale présenté par Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale<sup>7</sup>, propose une logique spécifique : la Cour adresse une demande de coopération à un Etat et cet Etat, selon la variante 2, peut refuser en invoquant l'existence d'obligations internationales incompatibles (coutumières ou conventionnelles – à ce stade, les rédacteurs n'ont pas encore tranché puisqu'ils envisagent le « droit international général » et « un traité »). L'article 53, paragraphe 2, est une exception à l'obligation de coopération contenue dans le paragraphe 1, exception qui relèverait de l'appréciation discrétionnaire de l'Etat requis.

Lors de la Conférence de Rome, la logique de la disposition est sensiblement modifiée. Dans sa version du 6 juillet 1998, on peut lire : « Where compliance with the request for surrender/cooperation would require the requested State to act inconsistently with its obligations under international law with respect to the State or diplomatic immunity of a person or property of a third State, the Court shall, in addition, obtain under this Part the cooperation of that third State for the waiver of the immunity »<sup>8</sup>. L'exception ne relève plus du seul pouvoir de l'Etat requis. La Cour a un rôle actif à jouer puisqu'elle doit rechercher la coopération de l'Etat tiers. Ceci est confirmé par la version du 7 juillet 1998, qui contient le futur article 98, paragraphe 1, du Statut : « The Court may not proceed with a request for surrender/cooperation which would require the requested State to act inconsistently with its

---

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>6</sup> Groupe de travail sur la coopération internationale et l'assistance judiciaire - Additif texte évolutif des Articles 53, 53 bis et 54, A/AC.249/1997/WG.5/CRP.2/Add.1, 11 décembre 1997, pp. 1-2.

<sup>7</sup> A/AC.249/1998/CRP.15, 1er avril 1998, pp. 4-5. Il s'agit alors de l'article 79.

<sup>8</sup> Working Group on International Cooperation and Judicial Assistance, Rolling text of articles 87, 90, 90 ter, 90 quater and 92, UD/A/CONF-183/WGIC/IP, 6 juillet 1998, p. 8.

obligations under international law with respect to the State or diplomatic immunity of a person or property of a third State, unless the Court can first obtain the cooperation of that third State for the waiver of the immunity »<sup>9</sup>. Cette disposition se présente comme une dérogation à l'obligation de coopérer avec la Cour : un Etat requis peut ne pas donner suite à une demande de coopération lorsque cela contrevient à ses obligations internationales en matière d'immunité. Mais cet article déroge au régime général contient une exception en son sein : à moins que la Cour n'obtienne la levée de l'immunité par l'Etat tiers. La dérogation n'est donc pas absolue ni ne relève de la seule appréciation de l'Etat requis. Elle peut être contournée par la Cour au moyen d'un processus de négociation qui permettrait de résoudre le conflit d'obligations en obtenant le consentement de l'Etat tiers.

Six jours plus tard, la disposition se voit agrémente d'un nouveau paragraphe : « Additional paragraph. 2. The Court may not proceed with a request for surrender which would require the requested State to act inconsistently with its obligations under international agreements pursuant to which the consent of a sending State is required to surrender a person of that State to the Court, unless the Court can first obtain the cooperation of the sending State for the giving of consent for the surrender »<sup>10</sup>. Il s'agit du futur Article 98, paragraphe 2. Le 15 juillet 1998, soit deux jours avant le terme de la conférence, la version finale de l'article 98 est enfin acquise<sup>11</sup>.

L'article 98 du Statut sera complété en 2000 par la Règle 195 du Règlement de procédure et de preuve qui dispose :

« Règle 195 - Communication de renseignements

1. Un État requis, qui fait savoir à la Cour qu'une demande de remise ou d'assistance soulève un problème d'exécution au regard de l'article 98, lui fournit tous les renseignements utiles pour l'aider dans l'application de l'article 98. Tout État tiers ou État d'envoi concerné peut fournir des renseignements supplémentaires pour aider la Cour.

2. La Cour ne peut poursuivre l'exécution d'une demande de remise sans le consentement d'un État d'envoi si, en vertu du paragraphe 2 de l'article 98, la demande de remise est incompatible avec les obligations résultant d'accords internationaux selon lesquels le consentement de l'État d'envoi est nécessaire pour qu'une personne relevant de cet État soit remise à la Cour. »

Si le paragraphe 2 de la Règle n'est qu'une reformulation du paragraphe 2 de l'article 98, le paragraphe 1, en revanche, apporte une précision quant à la mise en œuvre de

---

<sup>9</sup> Working Group on International Cooperation and Judicial Assistance, A/CONF.183/C.1/WGIC/L.15/Corr.1, 7 juillet 1998.

<sup>10</sup> Working Group on International Cooperation and Judicial Assistance, A/CONF.183/C.1/WGIC/L.11/Add.2, 13 juillet 1998.

<sup>11</sup> Cf, Rapport présenté à la Commission plénière par le Comité de rédaction, A/CONF.183/C.1/L.68/Rev.2.

l'article 98. Il indique que l'Etat qui se prévaut de l'article 98 doit fournir à la Cour tous les documents prouvant l'existence d'obligations concurrentes et susceptibles d'aider la Cour à les articuler. Cette règle confirme l'idée que l'Etat requis ne jouit pas d'un pouvoir discrétionnaire et que « the initiative to achieve a solution ought to be primarily within the responsibility of the Court »<sup>12</sup>.

L'article 98 du Statut de Rome a pour objet d'articuler l'obligation de coopérer avec la Cour avec les autres obligations internationales. Il envisage les demandes d'assistance (paragraphe 1) et les demandes de remise (paragraphe 1 et 2) qui se heurteraient à une immunité internationale : cette immunité diplomatique<sup>13</sup> protégerait aussi bien les personnes appelées à témoigner, les biens tels les archives, particulièrement les archives militaires, concernés par des demandes d'assistance, et les individus visés par un mandat d'arrêt et concernés par une demande de remise. L'article 98 considère l'hypothèse d'une relation triangulaire entre la Cour et deux Etats : un Etat A est le destinataire d'une demande de coopération de la Cour mais ses relations avec un Etat B l'empêchent d'y faire droit. Une telle situation cristallise la rencontre de deux volontés contraires : la volonté de la Cour de poursuivre un individu et la volonté de l'Etat B de protéger ses biens ou ses ressortissants. Pour autant, l'article 98 n'empêche pas la Cour d'exercer sa compétence. L'article 98 « only provides for a stay of proceedings for the purpose of consultations and in order to obtain cooperation »<sup>14</sup>. Lorsqu'un Etat se prévaut de cette disposition, il ne met pas un point final à la procédure. L'affaire est seulement mise en attente de la remise de l'individu ou des biens. L'article 98 du Statut pose une limite (temporelle voire temporaire) à l'exercice de la compétence de la Cour mais pas un terme définitif.

L'article 98 constitue une disposition clef du Statut de Rome, permettant d'appréhender les enjeux soulevés par la nature conventionnelle du Statut en matière d'articulation des normes internationales. Il invite à s'interroger sur la portée de l'obligation

---

<sup>12</sup> O. Triffterer, « 'Irrelevance of Official Capacity' – Article 27 Rome Statute Undermined by Obligations under International Law or by Agreement (Article 98) ? », p. 598.

<sup>13</sup> Comme le relève à juste titre le Conseil de l'Union européenne, « The provision makes no reference to the personal immunity of heads of state, heads of government and foreign ministers, but the object and purpose of the provision demands that the term "diplomatic" immunity be interpreted to encompass these other immunities of the same genus », *The AU-EU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction*, Conseil de l'Union européenne, 16 avril 2009, 8672/1/09 REV 1, § 31.

<sup>14</sup> O. Triffterer, « 'Irrelevance of Official Capacity' – Article 27 Rome Statute Undermined by Obligations under International Law or by Agreement (Article 98) ? », p. 600.

de coopérer avec la Cour. Comment cette obligation conventionnelle s'articule-t-elle avec les immunités reconnues par la coutume internationale et les traités ?

Cette question de la conciliation d'une règle conventionnelle avec d'autres normes internationales existantes a été au cœur de quelques arrêts récents de la Cour européenne des droits de l'homme. En 2001, la Grande Chambre dans l'affaire *Al Adsani c. Royaume-Uni* explique que

« la Convention (...) ne saurait s'interpréter dans le vide. La Cour ne doit pas perdre de vue le caractère spécifique de traité de garantie collective des droits de l'homme que revêt la Convention et elle doit tenir compte des principes pertinents du droit international (...). La Convention doit autant que faire se peut s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles de droit international, dont elle fait partie intégrante, y compris celles relatives à l'octroi de l'immunité aux Etats »<sup>15</sup>.

La Cour européenne a ensuite étendu cette approche aux principes généraux du droit international dans l'affaire *Nada c. Suisse*. Elle y précise que la « Convention ne doit pas être interprétée isolément mais de manière à se concilier avec les principes généraux du droit international »<sup>16</sup>. L'article 98 aborde pareillement les rapports entre le Statut de Rome et les autres normes du droit international : Le Statut doit s'intégrer dans le *corpus* normatif international, coexister avec les autres règles du droit international. Les paragraphes 1 et 2 de l'article 98 précisent comment cette conciliation peut être recherchée.

### **I. Article 98, paragraphe 1**

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

Le premier paragraphe de l'article 98 du Statut de Rome traite de deux hypothèses distinctes : i) un individu visé par un mandat d'arrêt de la Cour se trouve sur le territoire d'un Etat A et bénéficie d'une immunité diplomatique en raison de ses liens avec un Etat B ; ii) des biens visés par une demande d'assistance (telles des archives qui pourraient servir de preuves) se trouvent sur le territoire d'un Etat A mais sont protégés par l'immunité d'un Etat B. Dans ces deux hypothèses, apparaît une tension entre les obligations des Etats en matière d'immunité et l'obligation de coopérer avec la Cour lorsque celle-ci demande la remise d'une personne bénéficiant de l'immunité ou de documents protégés par une immunité.

---

<sup>15</sup> *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, req. 35763/97, Grande Chambre, Cour EDH, 21 novembre 2001, § 55. Dans le même sens, *Cudak c. Lituanie*, req. 15869/02, Grande Chambre, Cour EDH, 23 mars 2010, § 56.

<sup>16</sup> *Nada c. Suisse*, req. 10593/08, Grande Chambre, Cour EDH, 12 septembre 2012, § 169.

Avant d'examiner comment l'article 98, § 1, prévoit l'articulation de ces obligations contraires, il convient de préciser trois expressions de la disposition : « demande de remise », « Etat requis » et « Etat tiers ».

Concernant la notion de remise, d'une part, elle est définie à l'article 102 du Statut et consiste « pour un Etat de livrer une personne à la Cour en application du présent Statut ». Cet acte ne concerne que les individus susceptibles d'être poursuivis<sup>17</sup> et est précédé d'un mandat d'arrêt. L'Etat requis par une demande de remise a nécessairement reçu un mandat d'arrêt ou une demande d'arrestation de la part de la Cour. L'Etat requis devra d'abord procéder à l'arrestation (exécuter le mandat d'arrêt) puis remettre l'individu à la Cour. L'article 98 du Statut traite de cette seconde étape seulement.

Quant à la notion d'« Etat requis », d'autre part. En cas de renvoi d'une situation à la Cour par un Etat ou *proprio motu*, l'Etat requis sera soit un Etat partie soit un Etat ayant accepté la compétence de la Cour conformément à l'article 12, paragraphe 3, du Statut. Dans ces hypothèses de renvoi, seuls ces Etats ont une obligation de coopérer avec la Cour (à l'exclusion donc des Etats non parties<sup>18</sup>) et seraient donc susceptibles d'être les destinataires d'une demande de remise ou d'assistance. En cas de renvoi d'une situation à la Cour par le Conseil de sécurité, l'Etat requis pourrait également être un Etat non partie, membre des Nations Unies<sup>19</sup>.

Concernant l'expression « Etat tiers », s'agit-il d'un Etat tiers au Statut (un Etat non partie) ou d'un Etat tiers à la relation qui s'établit entre la Cour et l'Etat requis ? D'aucuns pourraient considérer que si les rédacteurs, n'ont pas écrit « Etat non partie », formule qu'ils utilisent dans d'autres dispositions du Statut<sup>20</sup>, c'est qu'ils pensaient que cet Etat tiers pouvait aussi bien être un Etat partie qu'un Etat non partie. Les rédacteurs auraient donc utilisé « Etat tiers » par opposition à l'Etat requis. Cependant, lorsque l'on lit l'article 98, § 1, on observe que cet « Etat tiers » peut opposer des immunités à la Cour. Or, un Etat partie, dès lors qu'il a ratifié le Statut, a accepté l'article 27 du Statut et donc ne peut pas opposer une quelconque immunité à la Cour. La Chambre préliminaire a confirmé cette analyse en 2011 : « une levée de l'immunité ne serait manifestement pas nécessaire lorsque l'État tiers a ratifié le Statut. En effet, l'acceptation des dispositions de l'article 27-2 du Statut implique la levée des immunités

---

<sup>17</sup> Ottavio Quirico, « Article 102 », in J. Hernandez... (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, Pedone, Paris, 2012, p. 1954.

<sup>18</sup> Il reste que les Etats non parties peut conclure un accord *ad hoc* de coopération avec la Cour (article 87, § 5, a) du Statut). Dans ce cas, ils peuvent être des « Etats requis ».

<sup>19</sup> Voir *infra*.

<sup>20</sup> Article 87, § 5, a)-b) ; Article 90, § 4 ; Article 90 § 6.

visées à l'article 98-1 du Statut dans le cadre des procédures engagées devant la Cour »<sup>21</sup>. Aussi, dans la pratique, seuls les Etats non parties peuvent valablement invoquer l'article 98 et opposer une immunité à la remise d'un individu ou de documents. Les « Etats tiers » sont donc les Etats non parties<sup>22</sup>.

Dans quelle mesure un Etat non partie peut-il empêcher un Etat d'exécuter une demande de remise ou de coopération de la Cour pénale internationale ?

L'immunité de l'Etat qu'elle protège ses biens ou ses représentants résulte de la nature intrinsèquement horizontale de la société internationale. Les Etats étant souverainement égaux, il n'y a aucune hiérarchie entre eux de telle sorte que *par in parem non habet imperium*. Certes, l'article 27 du Statut de Rome pose une exception à l'immunité des représentants des Etats : la fonction officielle d'un individu ne saurait l'empêcher de relever de la compétence de la Cour pénale internationale. Cependant, en vertu de l'effet relatif des traités, seuls les Etats parties sont liés par l'article 27 ; les Etats non parties sont, eux, libres d'opposer les immunités coutumières. Conformément aux règles de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités qui dispose « [qu']un traité ne crée ni obligations ni droits pour un Etat tiers sans son consentement »<sup>23</sup>, l'article 27 n'est pas opposable aux Etats non parties. L'Union africaine a tenu à insister sur cet effet relatif du Statut de Rome en rappelant que « a treaty may not deprive non-party States of rights which they ordinarily possess »<sup>24</sup>. De même, le Conseil de sécurité, dans sa résolution 1970 (2011) qui renvoie la situation de la Libye à la CPI, tout en exigeant des Etats qu'ils coopèrent pleinement avec la Cour, reconnaît que « le Statut de Rome n'impose aucune obligation aux États qui n'y sont pas parties »<sup>25</sup>. Par conséquent, les Etats non parties peuvent refuser qu'un de leur ressortissant ou un de leur bien protégé par une immunité soit remis à la Cour (conformément à l'article 98).

---

<sup>21</sup> *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Situation au Darfour, Soudan, ICC-02/05-01/09, Rectificatif à la 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, Chambre préliminaire I, 13 décembre 2011, § 18.

<sup>22</sup> Dans le même sens, P. Gaeta, « Official Capacity and Immunities », in Cassese, commentary, p. 994.

<sup>23</sup> Art. 34 de la Convention de Vienne de 1969, *Règle générale concernant les Etats tiers*. Voir également, Art. 35 de la Convention de Vienne de 1969, *Traités prévoyant des obligations pour des Etats tiers* : « Une obligation naît pour un Etat tiers d'une disposition d'un traité si les parties à ce traité entendent créer l'obligation au moyen de cette disposition et si l'Etat tiers accepte expressément par écrit cette obligation ».

<sup>24</sup> *On the Decisions of Pre-Trial Chamber I of the International Criminal Court (Icc) pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Alleged Failure by the Republic of Chad and the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of President Omar Hassan Al Bashir of the Republic of the Sudan*, Union Africaine, Press Release n°002/2012, 9 janvier 2012.

<sup>25</sup> Résolution 1970 (2011), *Paix et Sécurité en Afrique*, 26 février 2011, § 5 (Italiques ajoutés).

Cette limite à l'exercice de la compétence de la Cour « does not (...) derogate from the regulation of personal immunities laid down in customary international law whenever the sending State of the individual enjoying personal immunities is *not a party to the Statute* nor has accepted *ad hoc* the Court's jurisdiction »<sup>26</sup>. L'article 98 permet au contraire l'articulation du Statut de Rome avec le droit international coutumier en matière d'immunité. D'une part, il reconnaît aux Etats non parties leur droit de se prévaloir des immunités. D'autre part, il prévoit un moyen pour la Cour d'obtenir le consentement de ces Etats non parties. L'article 98, appliquant les règles du droit des traités, rend possible la coopération des Etats non parties, à condition qu'ils y consentent. L'apport de l'article 98 est qu'il met à la charge de la Cour<sup>27</sup> l'obtention de ce consentement : « La Cour ne peut poursuivre l'exécution d'une demande de remise (...) à moins d'obtenir au préalable la coopération de cet État tiers en vue de la levée de l'immunité ». Ce n'est pas à l'Etat requis de négocier avec l'Etat non partie (dont l'individu ou le bien jouit d'une immunité) mais à la Cour. Alors que la demande de remise mettait initialement en relation la Cour et l'Etat requis, si l'article 98 est invoqué et applicable, une nouvelle relation s'établit, entre la Cour et l'Etat tiers. Sur ce point, deux précisions doivent être apportées. *Premièrement*, seul l'Etat tiers peut invoquer les règles internationales en matière d'immunité. L'Etat requis n'est pas fondé à invoquer sa propre législation interne<sup>28</sup>. Et ce, pour deux raisons : en vertu du *pacta sunt servanda*, parce qu'il a accepté la compétence de la Cour, l'Etat requis ne peut refuser de coopérer ; en vertu du principe général de droit selon lequel une « une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité »<sup>29</sup>. En conséquence, on rejettera tout argument de l'Etat requis fondé sur l'idée qu'il ne peut exécuter une demande de remise

---

<sup>26</sup> P. Gaeta, « Official Capacity and Immunities », in Cassese, commentary, p. 995.

<sup>27</sup> L'on peut regretter que l'article 98 ne précise pas s'il s'agit de la Cour, organisation internationale, ou de la Cour, organe juridictionnel. Cela aurait permis de savoir si l'obtention de la levée de l'immunité relevait du pouvoir politique ou du pouvoir juridictionnel.

<sup>28</sup> C'était l'un des arguments présentés par le Malawi, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Situation au Darfour, Soudan, ICC-02/05-01/09, Rectificatif à la 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, Chambre préliminaire I, 13 décembre 2011, § 8.

<sup>29</sup> Article 27 de la Convention de Vienne qui consacre le principe général de droit identifié par la CPIJ dans plusieurs affaires, *Communautés gréco-bulgares*, avis consultatif, 31 juillet 1930, Série B, n°17, p. 32 (« c'est un principe généralement reconnu du droit des gens que, dans les rapports entre puissances contractantes d'un traité, les dispositions d'une loi interne ne sauraient prévaloir sur celle des traités ») ; *Traitement des nationaux polonais à Danzig*, avis consultatif, 4 février 1932, Série AB, n°44, p. 24 (un Etat « ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre Etat sa propre constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traités en vigueur ») ; *Zones franches de la Haute Savoie et du pays de Gex*, arrêt, 7 juin 1932, Série AB, n°46, p. 167 (« la France ne saurait se prévaloir de sa législation pour restreindre la portée de ses obligations internationales »). Ce principe a également été consacré à l'article 13 du projet de déclaration sur les droits et devoirs des Etats annexé à la résolution 375 (IV) de l'Assemblée Générale des Nations Unies.

parce que l'individu ou le bien jouit d'une immunité en vertu de sa législation interne. *Deuxièmement*, seule la Cour est compétente pour apprécier si l'immunité invoquée par l'Etat tiers est opposable. La Chambre préliminaire l'a clairement rappelé en 2011 : « La République du Tchad n'a pas respecté le *pouvoir exclusif de la Cour de décider si les immunités s'appliquent dans une affaire donnée*. Ce pouvoir est énoncé à l'article 119-1 du Statut qui dispose que "[t]out différend relatif aux fonctions judiciaires de la Cour est réglé par décision de la Cour" »<sup>30</sup>. La Cour a donc une compétence exclusive pour apprécier l'existence et l'opposabilité des immunités. La Règle 195-1 du Règlement de procédure et de preuve tend à confirmer cette interprétation puisqu'en obligeant l'Etat requis à fournir les documents pertinents à la Cour, elle laisse entendre que c'est à la Cour d'apprécier *in fine* l'argument tiré de l'article 98 et donc l'opposabilité de l'immunité.

Si la Cour conclut que l'immunité invoquée est juridiquement fondée, elle peut alors entrer en négociation avec l'Etat tiers pour obtenir la levée de cette immunité.

Une question cependant se pose de savoir si cette analyse du jeu de l'article 98 et de l'article 27 au prisme de la règle de l'effet relatif des traités est toujours pertinente en cas de renvoi d'une situation par le Conseil de sécurité.

Lorsqu'il renvoie une situation concernant un Etat non partie (Darfour ou Libye), le Conseil de sécurité cherche à priver d'effet l'immunité dont pourraient se prévaloir les auteurs des crimes. Dans cette hypothèse, l'article 27 du Statut devient opposable à des ressortissants d'Etat non parties : ces individus peuvent être poursuivis par la Cour. Certes, les résolutions du Conseil de sécurité ne supprime pas expressément l'immunité des ressortissants du Soudan ou de la Libye, comme le souligne l'Union africaine : « The Security Council has not lifted President Bashir's immunity either; any such lifting should have been explicit, mere referral of a "situation" by the UNSC to the ICC or requesting a state to cooperate with the ICC cannot be interpreted as lifting immunities granted under international law »<sup>31</sup>. Cependant, en

---

<sup>30</sup> *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Situation au Darfour, Soudan, ICC-02/05-01/09, 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, Chambre préliminaire I, 13 décembre 2011, § 11 (italiques ajoutées). Dans le même sens, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Situation au Darfour, Soudan, ICC-02/05-01/09, Rectificatif à la 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, Chambre préliminaire I, 13 décembre 2011, § 11.

<sup>31</sup> *On the Decisions of Pre-Trial Chamber I of the International Criminal Court (Icc) pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Alleged Failure by the Republic of Chad and the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of President Omar Hassan*

renvoyant une situation à la Cour, le Conseil de sécurité souhaite que les auteurs de crimes de droit international n'échappent pas à la justice mais soient poursuivis et jugés par la CPI. Ce refus de l'impunité suppose implicitement que leur immunité ne soit pas opposable à la Cour. La Chambre préliminaire est allée dans ce sens au sujet du Président du Soudan, Omar Al Bashir. Elle a considéré que l'article 27 était applicable à cette affaire<sup>32</sup> de telle sorte que « les fonctions actuelles d'Omar Al Bashir en tant que chef d'un État non partie au Statut n'ont pas d'incidence sur la compétence de la Cour à l'égard de cette affaire »<sup>33</sup>.

Cette opposabilité de l'article 27 aux Etats non parties en cas de renvoi par le Conseil de sécurité d'une situation à la Cour est-elle transposable à l'article 98 ? L'inopposabilité de l'immunité de juridiction emporte-t-elle une obligation de remise ?

Une lecture attentive des résolutions 1593 (2005) et 1970 (2011) qui renvoient à la Cour les situations respectives du Darfour et de la Libye révèle que le Conseil de sécurité exige du Gouvernement soudanais et des autorités libyennes qu'ils coopèrent pleinement avec la Cour<sup>34</sup>. Ce faisant, le Conseil les exhorte implicitement à lever les immunités dont jouissent leurs ressortissants dès lors qu'ils font l'objet d'un mandat d'arrêt de la CPI. En vertu de ses résolutions, les immunités de juridiction et d'exécution des accusés soudanais ou libyens sont inopposables. Aussi, l'article 98 du Statut ne devrait pas pouvoir être invoqué par un Etat requis, l'Etat tiers ne pouvant pas se prévaloir des immunités.

Une interprétation du Statut de la Cour selon le principe de l'effet utile va dans le même sens. Si l'immunité d'un individu est inopposable à la Cour pour qu'il soit poursuivi et jugé (article 27), elle devrait pareillement être inopposable pour qu'il soit arrêté et remis à la Cour (article 98). La Chambre préliminaire confirme une telle analyse : « Il apparaît incohérent que le Malawi reconnaisse cette mission de la Cour [sa compétence pour juger les auteurs de crimes de droit international] et qu'il refuse ensuite de lui remettre un chef d'État poursuivi

---

*Al Bashir of the Republic of the Sudan*, Union Africaine, Press Release n°002/2012, 9 janvier 2012. *Mutatis mutandis*, concernant les immunités des Etats, la Cour de cassation française considère, dans le même sens, qu'on ne saurait induire d'une résolution du Conseil de sécurité condamnant le comportement d'un Etat, qu'elle le prive du bénéfice de son immunité d'exécution (Cass., Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 avril 2006, *Dumez*, n°02-17344).

<sup>32</sup> *Le Procureur c/Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Situation au Darfour, Soudan, ICC-02/05-01/09-3, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Chambre préliminaire I, 4 mars 2009, § 43

<sup>33</sup> *Ibid.*, § 41. Voir également la position du Greffe de la Cour pour qui le Tchad a « l'obligation d'arrêter et de remettre à la Cour les personnes qui font l'objet d'un mandat d'arrêt délivré par la Cour pénale internationale, obligation qui vaut pour le Président Al Bashir comme pour toute autre personne à l'encontre de laquelle un mandat d'arrêt a été délivré par la Cour », *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Situation au Darfour, Soudan, ICC-02/05-01/09-131-Conf, Annex, Premier rapport du Greffe, 5 août 2011.

<sup>34</sup> § 2 de la résolution 1593 (2005) et § 5 de la résolution 1970 (2011). En ce sens, voir *Rapport du Bureau sur la coopération*, 12<sup>ème</sup> session de l'Assemblée des Etats Parties, ICC-ASP/12/36, 21 octobre 2013, Annexe IV, Note conceptuelle, p. 20, § 15, ii.

pour avoir orchestré la commission d'un génocide, de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Interpréter l'article 98-1 de façon à justifier la non-remise à la Cour d'Omar Al Bashir pour des raisons liées à son immunité entraverait le travail de celle-ci et plus généralement de la justice pénale internationale d'une façon totalement contraire au but du Statut ratifié par le Malawi »<sup>35</sup>. Cette approche a été également celle du Juge Nicholas Ombija de la Haute Cour du Kenya qui souligne que, puisque le Statut de Rome rend inopposable l'immunité des représentants de l'Etat, « the High Court in Kenya clearly has jurisdiction (...) to enforce the warrants should the Registrar of the International Criminal Court issue one »<sup>36</sup>. Autrement dit, l'inopposabilité de l'immunité entraîne l'obligation de remise. Plus simplement, en cas de renvoi par le Conseil de sécurité, l'article 27 du Statut s'applique et l'article 98 ne peut pas être invoqué.

Ce raisonnement n'a pas été celui de la Chambre préliminaire lorsque le Malawi et le Tchad ont accueilli sur leur territoire Omar Al Bashir et refusé de le remettre à la Cour. Ces deux Etats parties ont justifié leur impossibilité d'exécution la demande de remise en invoquant l'article 98, paragraphe 1, du Statut. Pour le Tchad, certaines décisions de l'Union africaine dont il est membre<sup>37</sup> et des exigences découlant du droit international (*i.e.* l'immunité reconnue aux chefs d'Etat en exercice)<sup>38</sup> l'empêche de répondre favorablement à la demande de remise. Le Malawi tire également ses arguments du droit des immunités et du droit des organisations internationales : « en raison de sa qualité de chef d'État en exercice, le Président Al Bashir s'est vu accorder tous les privilèges et immunités garantis à tous les chefs

---

<sup>35</sup> *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Situation au Darfour, Soudan, ICC-02/05-01/09, Rectificatif à la 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, Chambre préliminaire I, 13 décembre 2011, § 41.

<sup>36</sup> *Kenya Section of The International Commission of Jurists v Attorney General & Another*, [2011] eKLR (ICJ-Kenya v Attorney General), Haute Cour de Nairobi, 28 novembre 2011, consultable sur le site internet : [http://kenyalaw.org/CaseSearch/view\\_preview1.php?link=74146956184203788646854](http://kenyalaw.org/CaseSearch/view_preview1.php?link=74146956184203788646854). Suite à cette décision, le Soudan menaça le Kenya d'expulser l'ambassadeur kenyan du territoire soudanais et de rappeler son ambassadeur du Kenya. Le Ministre des affaires étrangères kenyan précisa que « The Government of Kenya therefore expresses its deep concern at the very unhelpful High Court ruling and will do everything within its powers to ensure that the ruling does not undermine in any way whatsoever the very cordial and fraternal relations that exist between Kenya and Sudan ».

<sup>37</sup> Notamment la Décision Assembly/AU/Dec. 245 (XIII) adoptée par la treizième session ordinaire de la Conférence des Chefs d'Etat et de gouvernement qui dispose que « compte tenu du fait que la demande formulée par l'Union africaine n'a pas été prise en compte par le Conseil de Sécurité des Nations Unies, les Etats membres de l'UA ne coopéreront pas conformément aux dispositions de l'article 98 du Statut de Rome de la CPI relatives aux immunités dans l'arrestation et le transfert du Président Omar El Bashir du Soudan à la CPI », *Décision sur le rapport de la réunion des Etats africains parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 3 juillet 2009, § 10.

<sup>38</sup> *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Situation au Darfour, Soudan, ICC-02/05-01/09-150-Anx1, Report of the Registry on the observations submitted by the Republic of Chad on Omar Al-Bashir's visit to the Republic of Chad, 21 mars 2013.

d'État et de gouvernement en visite. Ceux-ci comprennent l'immunité d'arrestation et l'immunité de juridiction sur le territoire du Malawi. (...) le Malawi a accordé ces privilèges et immunités au Président Al Bashir en vertu des principes établis du droit international public et conformément à sa législation nationale en matière d'immunités et de privilèges. (...) en tant que membre de l'Union africaine, le Malawi s'aligne pleinement sur la position adoptée par cette organisation à l'égard de la mise en accusation de chefs d'État et de gouvernement en exercice dans des pays qui ne sont pas parties au Statut de Rome »<sup>39</sup>. Pour réfuter ces arguments, outre les motifs tirés de la compétence exclusive de la Cour et de l'inopposabilité du droit interne, la Chambre préliminaire va opter pour un raisonnement surprenant. Rappelant que les juridictions internationales pénales ont régulièrement poursuivi voire jugé des chefs d'Etat, elle indique que « le droit international coutumier crée une exception à l'immunité des chefs d'État lorsque des juridictions internationales demandent l'arrestation d'un chef d'État pour la commission de crimes internationaux. Il n'y a pas de conflit entre les obligations du Malawi envers la Cour et ses obligations en droit international coutumier ; partant, l'article 98-1 du Statut ne s'applique pas »<sup>40</sup>. Cette affirmation est déroutante : s'il est clair que les statuts de juridictions internationales pénales rendent inopposables l'immunité des chefs d'Etat et, partant, l'application de l'article 98, paragraphe 1, en cas de renvoi de la situation par le Conseil de sécurité ; il est loin d'être établi que cette exception est une règle coutumière applicable quel que soit le mode de saisine de la Cour... Le Statut de Rome est une exception, certes, mais de nature conventionnelle. En outre, cette exception ne conduit pas nécessairement à la compétence de la CPI. En vertu du principe de complémentarité, c'est même d'abord aux juridictions internes qu'il revient de poursuivre un chef d'Etat soupçonné de crime de droit international. L'interprétation de l'immunité par la Chambre préliminaire est de nature à réduire la portée de l'article 98, paragraphe 1 : si un Etat ne peut plus invoquer le droit des immunités dès lors qu'un individu est visé par un mandat d'arrêt de la Cour (et ce, qu'elle soit compétente suite au renvoi de la situation par un Etat, par le Conseil de sécurité ou *proprio motu*), alors l'article 98 ne pourra plus jamais jouer concernant les demandes de remise de chefs d'Etat. Or, on peut imaginer que l'Etat requis souhaite poursuivre lui-même le chef d'Etat en application de la compétence universelle, ce qui rendrait l'affaire irrecevable

---

<sup>39</sup> *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Situation au Darfour, Soudan, ICC-02/05-01/09-138 annexe confidentielle 2, transmission des observations de la République du Malawi, Greffe, 11 novembre 2011.

<sup>40</sup> *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Situation au Darfour, Soudan, ICC-02/05-01/09, Rectificatif à la 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, Chambre préliminaire I, 13 décembre 2011, § 43.

devant la Cour conformément à l'article 17 du Statut<sup>41</sup>. Le Comité avait d'ailleurs souligné le principe de complémentarité « commandait la création d'un système de coopération souple tenant compte (...) de[s] obligations [des Etats] nées de traités existants »<sup>42</sup>.

Le 9 janvier 2012, la Commission de l'Union africaine a expressément désapprouvé les décisions de la Chambre préliminaire : elle « exprime son total désaccord avec les décisions de la Chambre préliminaire I qui ne tient pas du tout compte des obligations des États membres de l'UA tel que préconisé par l'article 23 (2) de l'Acte Constitutif de l'Union africaine dont le Tchad et le Malawi sont des États parties, et qui obligent tous les États membres de l'UA "à se conformer aux décisions et politiques de l'Union" »<sup>43</sup>. L'Union africaine soulève ici un point intéressant qui n'a pas été exploré par la Chambre préliminaire bien qu'il fut soulevé par le Malawi et par le Tchad : dans quelle mesure un Etat peut-il invoquer des actes unilatéraux d'organisations internationales pour ne pas exécuter une demande de coopération de la Cour ? On l'a dit, l'article 98 est une disposition qui permet d'articuler le Statut de Rome avec des obligations internationales contraires en matière d'immunité. Mais, il n'envisage pas le cas où le Statut de Rome serait contraire à des obligations internationales contenues dans des résolutions d'organisations internationales et indirectement liées à des immunités. Ainsi, le Tchad et le Malawi ont ratifié le Statut de Rome et sont donc liés par l'obligation de coopérer avec la Cour ; dans le même temps, ces Etats sont membres de l'Union africaine et sont donc liés par les décisions contraignantes adoptées par cette organisation internationale (Article 33 du Règlement intérieur de la Conférence de l'UA). En vertu de l'article 119 du Statut de Rome, la Chambre préliminaire aurait pu trancher cette question. Elle ne l'a pas fait préférant analyser son Statut plutôt que d'entreprendre un examen croisé du droit de l'UA et du droit de l'ONU<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> Voir, *mutatis mutandis*, *Le Procureur v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11, Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi, Chambre préliminaire I, 11 octobre 2013.

<sup>42</sup> Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale, volume I – Travaux du Comité préparatoire en mars-avril et août 1996, Supplément No 22 (A/51/22), § 311, p. 70.

<sup>43</sup> Communiqué de presse de la Commission de l'UA, *Communiqué de presse sur les décisions de la Chambre préliminaire I de la Cour pénale internationale (CPI) en vertu de l'article 87 (7) du Statut de Rome concernant le prétendu refus de la République du Tchad et de la République du Malawi d'accéder aux demandes de coopération émises par la Cour dans le cadre de l'arrestation et de la remise du président Omar Hassan al Bashir de la République du Soudan*, n°002/2012, 9 janvier 2012.

<sup>44</sup> Une réponse "simple" est-elle possible ? La situation du Darfour ayant été renvoyée à la Cour par une résolution du Conseil de sécurité, l'obligation de coopérer avec la Cour pour les Etats parties résulte non seulement du Statut de Rome mais aussi de cette résolution, et donc du droit de la Charte des Nations Unies. En vertu de l'article 103 de la Charte, « en 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 ». Ce qui laisserait présager que les Etats membres des Nations Unies ne pourraient pas invoquer des obligations résultant d'un autre accord international pour ne pas exécuter l'obligation de coopérer

Quoiqu'il en soit, cette décision de la Chambre préliminaire a eu pour effet d'inciter le Malawi à modifier son comportement vis-à-vis de la Cour. En juillet 2012, le Malawi devait être l'Etat hôte d'une réunion de l'Union africaine. La présidente du Malawi, Joyce Banda, a demandé que le président Al-Bashir ne soit pas convié. Elle expliqua que si le dirigeant soudanais se rendait sur le territoire malawite, les autorités seraient dans l'obligation de l'arrêter en application du Statut de Rome. Plutôt que de refuser au chef d'Etat du Soudan d'assister à la réunion, l'Union africaine préféra se réunir à Addis Abeba.

L'article 98, paragraphe 1, n'a cependant pas livré tous ses secrets. Une hypothèse n'a pas encore été envisagée : en cas de renvoi d'une situation par le Conseil de sécurité, un Etat non partie au Statut de Rome mais membre des Nations Unies destinataire d'une demande de remise de la Cour pourrait-il invoquer l'article 98 du Statut ? Ce cas d'école a bien failli devenir réalité en septembre 2013, lorsque le Président Al-Bashir a manifesté son désir d'assister à une réunion de l'Assemblée générale des Nations Unies à New York aux Etats-Unis. Bien que n'ayant pas ratifié le Statut de Rome, les Etats-Unis sont non seulement membres des Nations Unies mais surtout membre permanent au Conseil de sécurité. A ce titre, ils ont participé au vote de la résolution 1595 (2005) qui « demande instamment à tous les États (...) de coopérer pleinement »<sup>45</sup> avec la Cour. Avertie de l'intention de Omar Al-Bashir, la Chambre préliminaire II invite les Etats-Unis à arrêter le chef d'Etat soudanais si celui-ci se rendait sur leur territoire<sup>46</sup>. Le langage de la Chambre est subtil : si elle considère que le Conseil de sécurité « by means of a resolution adopted under Chapter VII of the UN Charter, create[s] an obligation to cooperate with the Court on those UN member States which are not members of the Statute »<sup>47</sup> ; elle reconnaît, dans le même temps, que « the United States, as a non-State Party to the Statute, has no obligations vis-à-vis the Court arising from the Statute »<sup>48</sup>. La Cour ne peut pas adresser une demande de coopération aux Etats non parties et se contente d'inviter les Etats-Unis à coopérer. Les Etats-Unis vont s'arranger pour ne pas avoir à se positionner vis-à-vis de cette invitation de la Cour. Ils vont s'esquiver en refusant de délivrer un visa à Omar Al-Bashir. Auraient-ils pu invoquer l'article 98, paragraphe 1, du Statut ? La question reste posée.

---

<sup>45</sup> § 2 de la résolution.

<sup>46</sup> *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Situation au Darfour, Soudan, ICC-02/05-01/09, Decision Regarding Omar Al-Bashir's Potential Travel to the United States of America, Chambre préliminaire II, 18 septembre 2013.

<sup>47</sup> *Ibid.*, § 10.

<sup>48</sup> *Ibid.*, § 11.

## **II. Article 98, paragraphe 2**

« 2. La Cour ne peut poursuivre l'exécution d'une demande de remise qui contraindrait l'État requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en vertu d'accords internationaux selon lesquels le consentement de l'État d'envoi est nécessaire pour que soit remise à la Cour une personne relevant de cet État, à moins que la Cour ne puisse au préalable obtenir la coopération de l'État d'envoi pour qu'il consente à la remise. »

Bien que le paragraphe 2 de l'article 98 n'apparaisse officiellement que le 13 juillet 1998 dans le projet de Statut de la Cour, les discussions avaient commencé dès 1995 d'après le chef de la délégation américaine auprès des Nations Unies chargée de la négociation du Statut de la CPI, David Scheffer<sup>49</sup>. Le diplomate explique que « [t]he objective was to ensure that nothing we would negotiate for the establishment of the ICC would undermine the protection and procedures regarding criminal investigations that US personnel have under SOFAs and SOMAs »<sup>50</sup> mais également que « [t]he original US negotiating intent was to provide for a means within the Rome Statute to negotiate future international agreements for non-surrender of US personnel »<sup>51</sup>.

L'article 98, paragraphe 2, envisage l'hypothèse suivante : un individu a été envoyé par un Etat A (Etat d'envoi) sur le territoire d'un Etat B (Etat d'accueil). Il est visé par un mandat d'arrêt pour un crime commis sur le territoire d'un Etat partie au Statut de Rome ou qui s'inscrit dans une situation renvoyée par le Conseil de sécurité. L'Etat B se voit adresser une demande de remise (le paragraphe 2 n'envisage que la demande de remise à l'exclusion de toute autre forme de coopération). Or, l'Etat A et l'Etat B sont liés par un traité qui empêche l'Etat B de remettre l'individu à la Cour. L'article 98, paragraphe 2, permet à l'Etat B de ne pas avoir à violer ses obligations conventionnelles avec l'Etat A et de ne pas risquer de voir sa responsabilité internationale engagée. Ce sera à la Cour d'obtenir de l'Etat A (l'Etat d'envoi, qui, par définition, ne saurait être un Etat partie au Statut<sup>52</sup>) qu'il coopère.

Selon David Scheffer, cette disposition controversée était initialement pensée pour articuler l'obligation de coopérer du Statut de la CPI avec des obligations conventionnelles spécifiques, issues de traités particuliers : les SOFA ou SOMA<sup>53</sup>. Les SOFA (accords sur le

---

<sup>49</sup> David Scheffer, « Article 98 (2) of the Rome Statute : America's Original Intent », *Journal of international criminal justice*, 2005, n°3, p. 338.

<sup>50</sup> *Ibidem*.

<sup>51</sup> *Ibid.*, pp. 340-341.

<sup>52</sup> Si l'Etat d'envoi est un Etat partie au Statut, il a accepté la compétence de la Cour *ratione materiae et ratione personae* et il est lié par l'obligation de coopérer du Chapitre IX du Statut.

<sup>53</sup> Certains commentateurs ont ajouté parmi les traités visés par l'article 98, paragraphe 2, certains traités bilatéraux d'extradition qui interdiraient la ré-extradition, e.a. Kimberly Prost et Angelika Schlunck, « Other

statut des forces) ou SOMA (accords sur le statut des missions) sont des traités entre un Etat d'accueil qui autorise les forces militaires d'un Etat d'envoi à stationner sur son territoire. Dans ces SOFA/SOMA, des dispositions prévoient que si un militaire de l'Etat d'envoi commet un crime sur le territoire de l'Etat d'accueil, il relèvera de la compétence de son Etat d'envoi<sup>54</sup>. La compétence territoriale cède devant la compétence personnelle active. Un tel accord repose sur l'idée que l'Etat d'envoi exercera effectivement sa compétence de telle sorte que l'auteur du crime ne reste pas impuni. Les SOFA/SOMA instaurent un régime de compétence exclusive selon lequel les individus « would be subject only to judicial procedures set forth in the relevant SOFA or SOMA, and in no other treaty »<sup>55</sup>. Transposée au contexte du Statut de Rome et à l'article 98, paragraphe 2, cette logique suppose que l'on garantisse aux auteurs présumés de crimes relevant de la compétence de la CPI qu'ils soient poursuivis et jugés par un système étatique au détriment du système de la CPI. Seules les autorités de l'Etat d'envoi de l'individu seraient compétentes pour le poursuivre même si le crime a été commis à l'étranger. Cette approche souverainiste de la compétence pénale semble, certes, entrer en opposition avec la conception universelle de la criminalité qui sous-tend la création de la Cour mais elle est compatible avec le principe de complémentarité qui conditionne la compétence de la Cour.

Les rédacteurs du Statut de Rome avaient donc à l'esprit ces SOFA/SOMA lors de l'élaboration de l'article 98, paragraphe 2. Pourtant, dans la pratique, les Etats vont s'éloigner de ce modèle. Ce sont les Etats-Unis qui vont être les initiateurs de ce que l'on va progressivement appeler les « Article 98 Agreements ». Il existe actuellement 95 accords bilatéraux entre les Etats-Unis et d'autres Etats<sup>56</sup>. Ils ont été établis sur le modèle suivant :

---

Forms of Cooperation », in Otto Triffterer, *Commentary of the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, 1999.

<sup>54</sup> A titre d'exemple, voir l'article VII du SOFA de l'OTAN : « 1. a) Les autorités militaires de l'Etat d'origine ont le droit d'exercer sur le territoire de l'Etat de séjour les pouvoirs de juridiction pénale et disciplinaire que leur confère la législation de l'Etat d'origine sur toutes personnes sujettes à la loi militaire de cet Etat » et « 2. b) Les autorités militaires de l'Etat d'origine ont le droit d'exercer une juridiction exclusive sur les personnes soumises aux lois militaires de cet Etat, en ce qui concerne les infractions punies par la législation de l'Etat d'origine, notamment les infractions portant atteinte à la sûreté de cet Etat mais ne tombant pas sous le coup de la législation de l'Etat de séjour ». Voir également, S. Zappala, « The reaction of the US to the entry into force of the ICC Statute : Comments on UN SC resolution 1422 (2002) and Article 98 Agreements », *JICJ*, 1 (2003), p. 125.

<sup>55</sup> David Scheffer, « Article 98 (2) of the Rome Statute : America's Original Intent », *Journal of international criminal justice*, 2005, n°3, p. 338.

<sup>56</sup> United States Department of State, *A List of Treaties and Other International Agreements of the United States in Force on January 1, 2013*, accessible sur le site : <http://www.state.gov/documents/organization/218912.pdf>. Pour obtenir le consentement de ses partenaires, le gouvernement américain a parfois fait pression sur eux en les menaçant de suspendre l'aide militaire qu'il leur fournissait. En juillet 2003, les Etats-Unis suspendent leur aide militaire à 35 Etats ayant refusé de signer ces accords

« 1. For purposes of this agreement, "persons" are current or former Government officials, employees (including contractors), or military personnel or nationals of one Party.

2. Persons of one Party present in the territory of the other shall not, absent the expressed consent of the first Party,

(a) be surrendered or transferred by any means to the International Criminal Court for any purpose, or

(b) be surrendered or transferred by any means to any other entity or third country, or expelled to a third country, for the purpose of surrender to or transfer to the International Criminal Court.

3. When the United States extradites, surrenders, or otherwise transfers a person of the other Party to a third country, the United States will not agree to the surrender or transfer of that person to the International Criminal Court by the third country, absent the expressed consent of the Government of X.

4. When the Government of X extradites, surrenders, or otherwise transfers a person of the United States of America to a third country, the Government of X will not agree to the surrender or transfer of that person to the International Criminal Court by a third country, absent the expressed consent of the Government of the United States.

5. This Agreement shall enter into force upon an exchange of notes confirming that each Party has completed the necessary domestic legal requirements to bring the Agreement into force. It will remain in force until one year after the date on which one Party notifies the other of its intent to terminate this Agreement. The provisions of this Agreement shall continue to apply with respect to any act occurring, or any allegation arising, before the effective date of termination. »<sup>57</sup>

Ces traités bilatéraux et leur articulation avec l'obligation de coopération avec la CPI soulèvent plusieurs problèmes juridiques, quant à la qualité des Etats parties (i), quant à leur objet (ii) et quant aux personnes en bénéficiant (iii).

(i) L'étude de l'articulation des *Article 98 Agreements* avec le Statut de la Cour doit d'abord s'effectuer au prisme de la qualité des Etats parties à ces instruments.

En vertu de la souveraineté, chaque Etat est libre de se lier par les engagements qu'il souhaite sous réserve qu'ils ne soient pas contraires à une norme de *jus cogens*<sup>58</sup>. Et il est clair que ni l'objet ni le but des *Article 98 Agreements* ne vont à l'encontre d'une quelconque norme impérative de droit international. *A priori* donc, tout Etat peut ratifier un *Article 98 Agreement*. Toutefois, il devra veiller à ce que les engagements successifs qu'il prend ne soient pas contradictoires au risque de voir sa responsabilité internationale engagée pour violation de l'une de ses obligations conventionnelles. Une telle situation est susceptible de se poser si ces accords sont conclus par un Etat partie au Statut de Rome. D'aucuns pourraient

---

<sup>57</sup> accessible sur le site de *The American Non-governmental Organizations Coalitions for the International Criminal Court*, [www.amicc.org/docs/98template](http://www.amicc.org/docs/98template)

<sup>58</sup> Article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969.

considérer que, ce faisant, l'Etat partie violerait ses obligations issues du Statut de Rome. Telle est notamment la position du Conseil de l'Union européenne<sup>59</sup> qui interprète dès lors l'article 98 comme n'autorisant la conclusion que d'accords antérieurs à la ratification du Statut qui, par le truchement de l'adage *lex posterior priori derogat*, se verraient écartés au profit du Statut. Une telle interprétation de l'article 98, paragraphe 2, est cependant trop restrictive.

D'une part, la doctrine s'accorde pour dire que l'article 98, paragraphe 2, concerne les accords futurs<sup>60</sup>. En effet, l'hypothèse des accords antérieurs est prévue à l'article 97, alinéa c, du Statut : « Lorsqu'un Etat partie est saisi d'une demande au titre du présent chapitre et constate qu'elle soulève des difficultés qui pourraient en gêner ou en empêcher l'exécution, il consulte la Cour sans tarder en vue de régler la question. Ces difficultés peuvent prendre notamment les formes suivantes : (...) c) L'Etat requis serait contraint, pour donner suite à la demande sous sa forme actuelle, de violer une obligation conventionnelle qu'il a déjà à l'égard d'un autre Etat ». La formule dans la version anglaise ne laisse pas de doute : « pre-existing treaty obligation ». Un Etat qui ratifie un *Article 98 Agreements* avant de ratifier le Statut de Rome invoquera donc plutôt l'article 97<sup>61</sup>. La procédure est alors différente de celle de l'article 98 car c'est l'Etat requis qui devra négocier avec la Cour pour articuler ses différentes obligations.

D'autre part, l'objet des *Article 98 Agreements* est de faire échapper certaines personnes de la compétence de la Cour. S'il est vrai qu'il peut sembler contradictoire qu'un Etat partie au Statut décide ultérieurement de conclure un *Article 98 Agreement*, c'est le Statut lui-même qui envisage cette hypothèse dans son Article 98, paragraphe 2, et prévoit une procédure pour articuler les obligations contraires. L'Etat partie au Statut de Rome qui conclut un *Article 98 Agreement* reste donc dans le cadre offert par le Statut<sup>62</sup> pour autant qu'il ne viole pas ses

---

<sup>59</sup> Conclusions du Conseil de l'UE, *EU Guiding Principles concerning Arrangements between a State Party to the Rome Statute of the International Criminal Court and the United States Regarding the Conditions to Surrender of Persons to the Court*, 30 septembre 2002, doc. 12134/02.

<sup>60</sup> S. Zappalà, « The Reaction of the US to the Entry into Force of the ICC Statute : Comments on UN SC Resolution 1422 (2002) and Article 98 Agreements », *Journal of International Criminal Justice*, 2003, p. 124 ; J. Crawford, P. Sands, R. Wilde, « Joint Opinion in the Matter of the Statute of the ICC and in the Matter of Bilateral Agreements sought by the United States under Article 98 (2) of the Statute, 5 juin 2003, §§ 46-51.

<sup>61</sup> Parmi les Etats qui ont conclu un *Article 98 Agreement* puis qui sont devenus parties au Statut de Rome, on peut citer, entre autres, le Bangladesh, le Burkina Faso, le Burundi, le Cap Vert, le Tchad, les Comores, la Côte d'Ivoire, les Philippines, Saint Kits et Nevis, les Seychelles, la République dominicaine, le Timor Leste, la Géorgie, Madagascar, le Liberia, les Maldives, la Tunisie.

<sup>62</sup> Un très grand nombre d'Etats parties au Statut ont conclu un *Article 98 Agreement* après leur ratification du Statut de Rome. On peut notamment citer : l'Albanie, le Belize, le Benin, la Bosnie-Herzégovine, le Botswana, le Cambodge, la République centrafricaine, la Colombie, le Congo, la RDC, Djibouti, l'Ouganda, la Zambie, l'île Maurice, la Mongolie, le Nigeria, le Sénégal, la Sierra Leone, le Tadjikistan, le Gabon, la Gambie, le Ghana, la Guinée, le Honduras, le Malawi.

obligations issues du Statut de Rome. Pour ce faire, il doit veiller à établir un *Article 98 Agreement* valide, *i.e.* un accord non réciproque<sup>63</sup>, pouvant être rédigé ainsi :

« 2. Persons of the United States of America present in the territory of the Republic of Albania shall not, absent the express consent of the Government of the United States of America,

a) be surrendered or transferred by any means to the International Criminal Court for any purpose, or

b) be surrendered or transferred by any means to any other entity or third country, or expelled to a third country, for the purpose of surrender to or transfer to the International Court.

3. When the Government of the Republic of Albania extradites, surrenders, or otherwise transfers a person of the United States of America to a third country, the Government of the Republic of Albania will not agree to the surrender or transfer of that person to the International Criminal Court by a third country, absent the express consent of the Government of the United States of America »<sup>64</sup>.

Dans ces accords non réciproques, seul l'Etat partie s'engage à ne pas remettre à la Cour un individu relevant des Etats-Unis et se trouvant sur son territoire ; les Etats-Unis, eux, lorsqu'ils sont l'Etat d'accueil, ne s'engagent pas à ne pas remettre un individu de l'Etat d'envoi à la Cour. D'un côté, la CPI conserve sa compétence *ratione personae* sur les ressortissants de l'Etat partie conformément à l'article 12, paragraphe 2, alinéa b, du Statut de Rome ; de l'autre, les individus relevant d'un Etat non partie ne peuvent pas être remis à la Cour sans le consentement de cet Etat, ce qui est conforme à l'effet relatif du Statut de Rome et à l'article 98, paragraphe 2, du Statut.

Seulement, il apparaît que plusieurs Etats parties ont conclu des *Article 98 Agreements* réciproques. L'accord est alors formulé ainsi :

« 2. Persons of one Party present in the territory of the other shall not, absent the express consent of the first Party,

a) be surrendered or transferred by any means to the International Criminal Court for any purpose, or

b) be surrendered or transferred by any means to any other entity or third country, or expelled to a third country, for the purpose of surrender to or transfer to the International Court.

3. When the United States extradites, surrenders, or otherwise transfers a person of the United States of America to a third country, the United States will not agree to the surrender or transfer of that person to the International Criminal Court by a third country, absent the express consent of the Government of the Republic of Honduras

---

<sup>63</sup> Si certains Etats ont bien conclu des *Article 98 Agreements* non réciproques avec les Etats-Unis (comme l'Albanie, le Belize ou le Malawi), d'autres ont cependant conclu des *Article 98 Agreements* réciproques avec les Etats-Unis (tel le Bénin, le Honduras ou le Cambodge). Pour accéder au contenu de tous les *Article 98 Agreements* conclus par les Etats-Unis, consultez le site de la Georgetown Law Library : [http://www.law.georgetown.edu/library/research/guides/article\\_98.cfm#countries-that-have-signed-article-98-agreements-w](http://www.law.georgetown.edu/library/research/guides/article_98.cfm#countries-that-have-signed-article-98-agreements-w)

<sup>64</sup> Agreement regarding the surrender of persons to the International Criminal Court between the Republic of Albania and the United States of America, signé le 2 mai 2003 et entré en vigueur le 7 juillet 2003.

4. When the Government of the Republic of Honduras extradites, surrenders, or otherwise transfers a person of the United States of America to a third country, the Government of the Republic of Honduras will not agree to the surrender or transfer of that person to the International Criminal Court by a third country, absent the express consent of the Government of the United States of America »<sup>65</sup>.

En concluant ce type d'accords, l'Etat partie se met contradiction avec le Statut de Rome puisqu'il prévoit que ses ressortissants échappent à la compétence de la Cour. Alors même que l'Etat a consenti à la compétence de la Cour, il organise un système qui lui permet de soustraire certains individus de la juridiction universelle. Dans cette hypothèse d'accords réciproques, la compatibilité des *Article 98 Agreements* avec le Statut de la Cour est discutable.

Qu'en est-il des *Articles 98 Agreements* conclus par des Etats non parties – qui n'ont pas ratifié le Statut de Rome – mais qui l'ont signé ? Cela est semble-t-il le cas des Etats-Unis, principal intéressé par les *Article 98 Agreements*. Le 31 décembre 2000, le Président Bill Clinton signa le Statut de Rome. En tant que signataire du Statut, le gouvernement américain est alors lié par une obligation de bonne foi qui interdit à l'Etat signataire d'accomplir des actes qui priveraient le traité de son objet et de son but<sup>66</sup>. Il doit s'abstenir de tout comportement qui pourrait l'empêcher de remplir ses obligations conventionnelles lorsque le traité entrerait en vigueur. Or, comme le démontre J. Crawford, P. Sands et R. Wilde, « the conclusion of a bilateral non-surrender agreement by a signatory to the ICC Statute prevent that State from performing its obligations to the Court and to other State parties to the ICC Statute »<sup>67</sup>. En concluant des *Article 98 Agreements* après le 31 décembre 2000, les Etats-Unis ont violé leur obligation de bonne foi découlant de leur signature du Statut de Rome. Cependant, cette affirmation doit être relativisée : la signature américaine du Statut n'avait pas pour ambition d'être l'étape préalable à une ratification américaine (Bill Clinton recommanda d'ailleurs à son successeur de ne pas soumettre le texte à la ratification du Sénat) mais de permettre aux Etats-Unis de continuer à participer à la Commission préparatoire qui succéda à la Conférence de Rome et qui, notamment, devait élaborer le Règlement de

---

<sup>65</sup> Agreement regarding the surrender of persons to the International Criminal Court, signé le 19 septembre 2002 et entré en vigueur le 30 juin 2003.

<sup>66</sup> L'article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 dispose : « Un État doit s'abstenir d'actes qui priveraient un traité de son objet et de son but : a) lorsqu'il a signé le traité ou a échangé les instruments constituant le traité sous réserve de ratification, d'acceptation ou d'approbation, tant qu'il n'a pas manifesté son intention de ne pas devenir partie au traité (...) ».

<sup>67</sup> J. Crawford, P. Sands, R. Wilde, « Joint Opinion in the Matter of the Statute of the ICC and in the Matter of Bilateral Agreements sought by the United States under Article 98 (2) of the Statute, 5 juin 2003, §§ 53-55.

procédure et de preuve<sup>68</sup>. En 2002, les Etats-Unis ont d'ailleurs informé la Cour qu'ils n'entendaient pas devenir partie au Statut<sup>69</sup>. Cet acte unilatéral leur permet de conclure des *Article 98 Agreements* sans violer une quelconque obligation internationale liée à leur signature du Statut de Rome.

(ii) L'articulation de ces traités bilatéraux avec le Statut de Rome doit être également examinée au regard de leur objet. L'article 98, paragraphe 2, permet à un Etat requis de ne pas remettre à la Cour un individu visé par un mandat d'arrêt lorsque cette remise contreviendrait à ses obligations conventionnelles.

On l'a dit, les rédacteurs de l'article 98, paragraphe 2, du Statut avaient à l'esprit les SOFA/SOMA. Ces SOFA/SOMA organisent un privilège de juridiction au bénéfice de l'Etat d'envoi de l'individu suspecté d'avoir commis une infraction pénale. Ils ne permettent pas à l'individu d'échapper aux poursuites. Or, les *Article 98 Agreements* n'ont pas le même objet que les SOFA/SOMA. Aucune de leur disposition ne prévoit que l'un des deux Etats cocontractants devra poursuivre et juger l'individu. Ces accords se contentent d'interdire la remise du suspect à la Cour pénale internationale sans pour autant prévoir la compétence d'une juridiction étatique. Il s'agit avant tout d'« accords d'immunité »<sup>70</sup> qui, contrairement aux SOFA/SOMA, ne permettent pas le jeu du principe de complémentarité du Statut. Certes, « there is nothing in Article 98(2) that expressly requires Parties to the Statute to decline to give effect to them if they do not include a requirement to investigate or prosecute »<sup>71</sup>, de telle sorte que deux Etats non parties au Statut sont fondés à conclure de tels accords bilatéraux quand bien même ils ne prévoient aucune compétence pénale étatique. En revanche, les Etats parties au Statut qui concluent un *Article 98 Agreement* méconnaissent, eux, l'article 17 du Statut de Rome. Pour autant, la Cour ne pourra pas ignorer l'*Article 98 Agreement*, en vertu

---

<sup>68</sup> Sur ce point, voir A. Bogdan, « The United States and the International Criminal Court : Avoiding Jurisdiction Through Bilateral Agreements in Reliance on Article 98 », *International Criminal Law Review*, 2008, p. 25.

<sup>69</sup> *International Criminal Court: Letter to UN Secretary General Kofi Annan*, 6 mai 2002, accessible sur le site <http://2001-2009.state.gov/r/pa/prs/ps/2002/9968.htm> :

« Dear Mr. Secretary-General

This is to inform you, in connection with the Rome Statute of the International Criminal Court adopted on July 17, 1998, that the United States does not intend to become a party to the treaty. Accordingly, the United States has no legal obligations arising from its signature on December 31, 2000. The United States requests that its intention not to become a party, as expressed in this letter, be reflected in the depositary's status lists relating to this treaty.

Sincerely,

S/John R. Bolton ».

<sup>70</sup> Formule utilisée par la Résolution 1300 (2002), Risques pour l'intégrité du Statut de la Cour pénale internationale, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 25 septembre 2002, § 9.

<sup>71</sup> J. Crawford, P. Sands, R. Wilde, « Joint Opinion in the Matter of the Statute of the ICC and in the Matter of Bilateral Agreements sought by the United States under Article 98 (2) of the Statute, 5 juin 2003, § 47.

de la règle des traités successifs de l'article 30, paragraphe 4, de la Convention de Vienne de 1969 qui dispose que « [l]orsque les parties au traité antérieur ne sont pas toutes parties au traité postérieur : (...) b) dans les relations entre un État partie aux deux traités et un État partie à l'un de ces traités seulement, le traité auquel les deux États sont parties régit leurs droits et obligations réciproques ». La Cour devra donc rechercher auprès de l'État d'envoi la levée de l'immunité de l'individu visé par la demande de remise.

(iii) L'articulation des *Articles 98 Agreements* avec le Statut de Rome requiert également une analyse des personnes bénéficiant de cette immunité. Selon l'article 98, paragraphe 2, il s'agit d'une « personne relevant de cet État [d'envoi] ».

La doctrine considère que les individus susceptibles de ne pas être remis à la Cour par l'État requis en application de l'article 98, paragraphe 2, sont ceux qui ont un lien fonctionnel ou organique avec l'État d'envoi<sup>72</sup>. David Scheffer confirme que la délégation américaine n'envisageait pas « to seek immunity from surrender to the ICC of US citizens who act as mercenaries or in other strictly private capacities (however noble) overseas »<sup>73</sup>. De même, l'insertion de l'expression « Etat d'envoi » dans le Statut de Rome était un choix réfléchi qui « referenced the officials and military personnel deployed by the 'sending State' into a foreign jurisdiction »<sup>74</sup>. L'expression « Etat d'envoi » de l'article 98, paragraphe 2, tend à limiter le nombre des personnes susceptibles de bénéficier d'une immunité : seules celles envoyées pour exécuter une mission officielle sur le territoire de l'État requis sont protégées, qu'elles soient ou non ressortissantes de l'État d'envoi. Le critère pertinent n'est donc pas la nationalité de l'individu mais le lien fonctionnel voire organique qui le lie à l'État d'envoi.

Or, les *Article 98 Agreements* vont bien au-delà puisqu'ils visent les « current or former Government officials, employees (including contractors), or military personnel or *nationals* of one Party »<sup>75</sup>. En incluant les « nationals » de l'État d'envoi, ces accords semblent protéger tout individu ayant la nationalité de l'État d'envoi et voyageant sur le territoire de l'État requis, sans qu'il s'y trouve pour remplir une quelconque mission pour l'État d'envoi : les *Article 98 Agreements* sont donc susceptibles de protéger des mercenaires, des membres de

---

<sup>72</sup> Markus Benzing, « US Bilateral Non-Surrender Agreements and Article 98 of the Statute of the International Criminal Court : An Exercise in the Law of Treaties », *Max Planck UNYB*, 2004, p. 210.

<sup>73</sup> David Scheffer, « Article 98 (2) of the Rome Statute : America's Original Intent », *Journal of international criminal justice*, 2005, n°3, p. 339.

<sup>74</sup> David Scheffer, « Article 98 (2) of the Rome Statute : America's Original Intent », *Journal of international criminal justice*, 2005, n°3, p. 349. Dans le même sens, voir Markus Benzing, « US Bilateral Non-Surrender Agreements and Article 98 of the Statute of the International Criminal Court : An Exercise in the Law of Treaties », *Max Planck UNYB*, 2004, p. 213.

<sup>75</sup> Modèle de traité bilatéral de remise établi par les Etats-Unis (Italiques ajoutées).

sociétés militaires privées voire de simples touristes. De plus, en supprimant la référence à l'*Etat d'envoi* et en lui préférant la formule « of one Party », ces accords s'écartent pareillement de l'esprit de l'article 98, paragraphe 2. Ils confondent Etat d'envoi et Etat de nationalité et élargissent considérablement le nombre de personnes que l'Etat requis peut refuser de remettre à la Cour, incluant celles qui ne sont traditionnellement pas couvertes par des immunités en droit international.

Finalement, ce n'est pas tant l'article 98, paragraphe 2, du Statut qui soulève le plus de questions mais la pratique à laquelle il a donné lieu, *i.e.* les *Article 98 Agreements*. Et il reviendra à la Cour, le cas échéant, de se prononcer sur l'opposabilité de tels accords.

**Anne-Laure Chaumette**