

L' Afrique et la justice pénale internationale

Introduction

Mutoy MUBIALA,
Fonctionnaire au
Haut-Commissariat des
Nations Unies aux droits
de l'homme à Genève.
Professeur invité à
l'Institut international
des droits de l'homme
(Strasbourg) et à
l'Ecole Nationale
d'Administration (Paris).
mmubiala@ohchr.org

Cet article est basé sur une conférence donnée par l'auteur, le 19 août 2014, à Goma, lors de la session de formation sur « les systèmes universel et africain des droits de l'homme », pour les fonctionnaires du Bureau des Nations Unies aux droits de l'homme en RDC. Bien qu'étant intervenu au titre du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, l'auteur avise que les vues exprimées à cette occasion et reprises ici sont personnelles et n'engagent pas l'Organisation des Nations Unies.

Après avoir contribué au développement de la justice pénale internationale, en particulier à la création et à l'opérationnalisation de la Cour pénale internationale (CPI), l'Afrique se dote progressivement de mécanismes de justice pénale régionale. Dans ce cadre, il convient de mentionner, d'une part, la mise sur pied des Chambres extraordinaires africaines au sein du système judiciaire sénégalais, chargées de poursuivre et de juger les auteurs présumés des crimes internationaux commis au Tchad entre le 7 juin 1982 et le 1^{er} décembre 1990, période correspondant au régime de l'ancien Président Hissène Habré et, d'autre part, l'institution récente d'une Section de droit international pénal (SDIP) au sein de la future Cour africaine de Justice et des droits de l'homme et des peuples. L'objectif de cet article est d'examiner le contexte de l'émergence de la justice pénale africaine, de faire un commentaire préliminaire sur le Protocole, sur les amendements au Protocole relatif au Statut de la Cour africaine de Justice et des droits de l'homme et des peuples (Protocole de Malabo) et d'évaluer ses implications, d'une part, sur la mise en œuvre du Statut de Rome de la CPI en Afrique et, d'autre part, sur la configuration et le fonctionnement de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.

1. Contexte et processus d'émergence d'une justice pénale régionale en Afrique

Deux facteurs ont contribué à la désaffection des pays africains pour la justice pénale internationale de caractère universel. Il s'agit, d'une part, de la focalisation de la CPI sur des « cas » africains et, d'autre part, de l'« usage abusif » de la compétence universelle des Cours et

Tribunaux européens à l'égard des Africains, en général, et de leurs dirigeants, en particulier. En réponse à ce qui a été qualifié d'«impérialisme judiciaire », l'Union africaine a développé la doctrine de la « compétence régionale » sur les crimes internationaux commis en Afrique. Et c'est en vertu de l'application de cette doctrine qu'ont été établis les mécanismes de justice pénale régionale susmentionnés.

1.1. L'Union africaine et la CPI

Des experts et chercheurs ont joué un rôle de pionniers dans le processus de création de la CPI. Il convient de rappeler les travaux scientifiques (alors considérés comme utopiques) du professeur égyptien Cherif Bassiouni et la contribution de Me. Doudou Thiam (Sénégal), d'heureuse mémoire, dernier rapporteur spécial sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité ⁽¹⁾. Son texte a largement servi de base à la rédaction du Statut de Rome de la CPI. Pour leur part, les activistes des droits de l'homme ont pris une part active à la campagne mondiale pour la création de la CPI, comme l'atteste la déclaration qu'ils ont adoptée, à cet effet, à Dakar, en février 1998. Aux termes de cette déclaration, les participants à la conférence de Dakar, préparatoire de la Conférence de Rome de juin-juillet 1998, ont affirmé leur engagement pour la création de la CPI et souligné l'importance de cette institution pour l'Afrique et pour le reste du monde ⁽²⁾.

Les Etats ont matérialisé ce soutien populaire à la CPI par leur participation à la ratification de son Statut et à son opérationnalisation. Le Sénégal fut le premier Etat à ratifier le Statut de Rome de la CPI. Au 6 janvier 2015, sur les 123 Etats-parties à ce Statut, il y a 32 Etats africains, ce qui en fait le groupe régional le plus important ⁽³⁾. Par ailleurs, les premières affaires déférées à la Cour l'ont été par les Etats africains : République démocratique du Congo, République centrafricaine et Ouganda. Ceux-ci ont été rejoints par d'autres Etats comme la Côte d'Ivoire. Cette participation active de l'Afrique au fonctionnement de la Cour a été malheureusement par l'inculpation, par la CPI de deux présidents chefs d'Etat africains en exercice, le président soudanais Omar Al-Bashir et le président kenyan Uhuru Kenyatta ⁽⁴⁾. L'Union

1 Voir D. THIAM, « Responsabilité internationale de l'individu en matière criminelle », in NATIONS UNIES, *International Law on the Eve of the Twenty-first Century. Views from the International Law Commission/ Le droit international à l'aube du XXI^e siècle. Réflexions de codificateurs*, New York, 1997, pp. 329-337.

2 « Déclaration de Dakar pour la création de la Cour pénale internationale en 1998 », 9 février 1998, p. 1 (document inédit).

3 A la suite des élections intervenues à New York en décembre 2014, le ministre sénégalais de la justice Sidiki Kaba a été désigné comme président de l'Assemblée des Etats parties au Statut de Rome de la CPI. M. Kaba est l'auteur d'un ouvrage évocateur par son titre : *La justice universelle en question. Justice de blancs contre les autres ?*, Paris, L'Harmattan, 2010.

4 Manisuli Ssenyonjo, « Analysing the Impact of the International Criminal Court Investigations and

africaine (UA) a plaidé, en vain, pour la suspension de ces deux procédures, en invoquant les immunités dont bénéficient ces deux chefs d'Etat encore en exercice ⁽⁵⁾. D'où la non-coopération avec la CPI décrétée par l'UA. Cette décision de l'UA s'ajoute à d'autres initiatives qu'elle a prises pour répondre à l'« usage abusif » des cours et tribunaux européens à l'égard des Africains, en général, et de leurs dirigeants, en particulier.

1.2. L'Union africaine face à l'« usage abusif » de la compétence universelle

La compétence universelle, qui constitue une exception notable à la règle de la compétence exclusive de l'Etat sur les crimes commis sur son territoire (voir l'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale en l'affaire du Lotus, 1927), consiste pour un Etat étranger à poursuivre et à faire juger les auteurs des crimes commis à l'étranger, dès lors que leurs auteurs présumés ou les victimes se trouvent sur son territoire ou ont un lien avec cet Etat. Plusieurs pays européens ont adopté des législations consacrant ce principe. Ainsi, la Loi belge dite de compétence universelle, adoptée en 1993, a permis aux juridictions belges de poursuivre plusieurs « génocidaires » impliqués dans les crimes perpétrés au Rwanda lors du conflit de 1994. Loin de se limiter à ce genre de criminels, des tribunaux européens ont initié des actions, contre des hommes politiques, comme par exemple Henry Kissinger, l'ancien secrétaire d'Etat américain sous les présidences de Nixon et de Ford. Il fut un moment inquiété par l'application de cette Loi, à la suite de nombreuses plaintes d'organisations non gouvernementales pour son rôle présumé dans certaines interventions militaires américaines, notamment au Vietnam ⁽⁶⁾. Mais ce sont surtout des personnalités politiques africaines qui ont été visées par la justice de plusieurs pays européens, en particulier la Belgique. Il convient de rappeler le mandat d'arrêt lancé par la justice belge contre M. Abdoulaye Yerodia Ndombasi, ancien ministre des Affaires Etrangères et vice-président de la RDC, qui a conduit ce pays à engager une action en justice contre la Belgique devant la Cour internationale de Justice ⁽⁷⁾. La justice belge a également été à la base d'une autre procédure qui a amené l'Union africaine à proclamer le

Prosecutions of Kenya's Serving Senior State Officials », *State Practice and International Law Journal*, vol. 1, 2014, pp. 39-41. Depuis novembre 2014, la CPI a abandonné les charges pesant sur le président kenyan.

5 Voir Martyna FALKOWSKA et Agatha VERDEBOUT, « L'opposition de l'Union africaine aux poursuites contre Omar Al Bashir. Analyse des arguments juridiques avancés pour entraver le travail de la Cour pénale internationale et leur expression sur le terrain de la coopération », *Revue belge de droit international*, vol. 45, 2012, pp. 201-235 ; Chacha Bhoke Murungu, *Immunity of State Officials and Prosecution of International Crimes in Africa*, thèse de doctorat, Université de Pretoria, mai 2011.

6 Les menaces américaines pour retirer le siège de l'OTAN de Bruxelles ont conduit les autorités belges à donner une interprétation plus restrictive de cette Loi, en particulier l'exigence d'un lien étroit des victimes avec la Belgique (nationalité, résidence, etc.).

7 CJI, *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, 14 février 2002.

principe de sa compétence sur les crimes internationaux commis en Afrique (« compétence régionale », en réponse à la compétence universelle). Il s'agit de l'affaire Hissène Habré.

En effet, la Belgique avait réclamé son extradition par le Sénégal, sur la base de la Convention des Nations de 1984 contre la torture, les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ratifiée par les deux Etats, aux fins de le poursuivre pour les actes de torture commis au Tchad, sous sa présidence, et dont des sujets belges (d'origine tchadienne) auraient été victimes ⁽⁸⁾. Le Sénégal, qui s'était opposé à cette demande d'extradition, avait soumis le dossier à l'Union africaine, pour décision. La Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement de l'Union africaine, réunie à Banjul (Gambie), en juillet 2006, avait décidé que l'affaire Habré relevait de sa compétence, dans la mesure où l'Acte constitutif de l'Union condamnait les crimes internationaux comme le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre et la chargeait de lutter contre l'impunité pour ces actes. L'argumentaire de cette doctrine, qui fonde le principe de « compétence régionale » de l'Union africaine sur les crimes internationaux commis en Afrique, est mieux reflété dans le Mémoire, remis le 19 septembre 2008, par M. Jean Ping, alors président de la Commission de l'UA, au Secrétaire général des Nations Unies, qui inclut, notamment, ce qui suit :

[...] Article 4 (h) of Constitutive Act establishes the practice of the African Union against impunity in respect of specified international crimes. It confers upon the Union the legitimate right to intervene in a Member State pursuant to a decision of the Assembly in respect of grave circumstances, namely war crimes, genocide and crimes against humanity. Acceptance of this right by the Member States of the African Union fundamentally places the Union in the forefront of the fight against impunity while the rest of the world equivocates on the applicability of such a right or on responsibility to protect. Therefore, no Member State of the African Union should ever tolerate nor condone the perpetration of war crimes, genocide and crimes against humanity in Africa. The provision expresses the interest of every African State against the perpetration of these crimes in Africa. Inherent in Article 4 (h) is the substantive and procedural obligation of Member States of the African Union to prevent, investigate, and punish, the perpetration of war crimes, genocide and crimes against humanity ⁽⁹⁾.

8 Cette affaire a également été portée devant la Cour, cette fois-ci par la Belgique agissant contre le Sénégal. Voir Mutoy MUBIALA, « L'affaire Hissène Habré devant la Cour internationale de Justice », *Congo-Afrique* (mars 2012), n° 468, pp. 624-630.

9 UNION AFRICAINE, « Memorandum on the Abuse of the Principle of Universal Jurisdiction », 2008, p. 15 (document inédit).

Cet argumentaire était largement basé sur le rapport établi par le comité des juristes éminents africains créé par la Commission de l'UA pour étudier la question de la compétence universelle en droit international et les implications de son application pour l'Afrique. L'une des principales recommandations de ce comité était de mettre en place des mécanismes africains de justice pénale pour juger les auteurs des crimes internationaux. Sur la base de ces recommandations, la Conférence des chefs d'Etat avait instruit le président de la Commission de l'UA de commencer un processus de consultations sur la possibilité d'élargir le mandat de la Cour africaine de Justice et des droits de l'homme et des peuples. Entretemps, en l'absence d'une cour pénale régionale, la Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement de l'UA a demandé au Sénégal, au cours du sommet de Banjul susmentionné, de prendre les mesures nécessaires pour faire juger M. Habré, « au nom de l'Afrique »⁽¹⁰⁾. A défaut pour le Sénégal d'y parvenir, pour des raisons d'ordre procédural⁽¹¹⁾, et pour donner suite à l'arrêt de la Cour internationale de Justice du 20 juillet 2012 enjoignant au Sénégal de procéder, « sans délai », au jugement de M. Habré ou à son extradition vers la Belgique⁽¹²⁾, le gouvernement sénégalais et la Commission de l'UA ont conclu, le 22 août 2012, un Accord établissant les Chambres extraordinaires africaines au sein du système judiciaire sénégalais chargées de poursuivre et de juger les auteurs présumés des crimes internationaux commis au Tchad entre le 7 juin 1982 et le 1^{er} décembre 1990. Opérationnelles depuis décembre 2012, ces Chambres comportent la participation des magistrats d'autres pays africains⁽¹³⁾. Allant au-delà de cette juridiction hybride ad hoc et en vue de pérenniser l'exercice de sa « compétence régionale » sur les crimes internationaux commis en Afrique, l'Union africaine a, formellement, réformé la future Cour africaine de Justice et des droits de l'homme et des peuples, afin d'élargir son mandat aux affaires de droit international pénal.

2. La réforme de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme et des peuples⁽¹⁴⁾

D'emblée, il convient de préciser que la Cour africaine de Justice et des droits de l'homme et des peuples (CAJDHP) est issue d'une fusion, sur le plan formel, de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (établie en

10 Doc. Assembly/AU/Dec. 127 (VII).

11 Voir CEDEAO, Cour de Justice de la CEDEAO, « Affaire Hissène Habré c. République du Sénégal », arrêt du 18 novembre 2010 ; MUBIALA, op. cit. (note 6), pp. 626-627.

12 C.I.J., *Affaire relative à des questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, 20 juillet 2012, p. 39.

13 Voir Sarah WILLIAMS, « The Extraordinary African Chambers in the Senegalese Courts. An African Solution to an African Problem? », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, 2013, pp. 1139-1150 ; Mutoy MUBIALA, « Vesre une justice pénale régionale en Afrique », *Revue internationale de droit pénal*, vol. 83, 2012, pp. 553-555.

14 Cette section est largement basée sur une chronique récente de l'auteur sur le droit pénal de l'Union africaine, « L'élargissement du mandat de la Cour africaine de Justice et des droits de l'homme aux affaires de droit international pénal », *Revue internationale de droit pénal*, vol. 85, 2014 (à paraître).

1998 par le Protocole de Ouagadougou, entrée en vigueur en 2004) et de la Cour de Justice de l'UA (dont le Statut a été adopté par le Protocole de Maputo, en 2003). Le Protocole, qui a créé la nouvelle CAJDHP, a été adopté à Sharm-El-Sheikh (Egypte) en juillet 2008. Il n'est pas encore entré en vigueur. Seuls 3 Etats (Burkina Faso, Libye et Mali), l'ont ratifié jusqu'à ce jour. 15 ratifications sont requises pour son entrée en vigueur. Aux termes de ce Protocole, les deux Cours fusionnées sont devenues deux Sections : la Section des affaires générales (qui remplace la Cour de Justice de l'Union africaine, chargée du règlement des affaires interétatiques et du contentieux administratif de l'UA, non encore opérationnelle) et la Section des droits de l'homme et des peuples (qui succèdera à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, déjà opérationnelle). Avant même l'entrée en vigueur du Protocole de Sharm-El-Sheikh de juillet 2008, dans le cadre de la concrétisation de sa compétence « régionale » sur les crimes internationaux commis en Afrique, l'UA a adopté à Malabo (Guinée équatoriale), en juin 2014, le Protocole sur les amendements du Protocole relatif au Statut de la CAJDHP (Protocole de Malabo), afin d'élargir son mandat aux affaires de droit international pénal. A cet égard, ce Protocole crée une Section de droit international pénal (SDIP), qui s'ajoute aux deux Sections susmentionnées – la Section des affaires générales et la Section des droits de l'homme et des peuples –. Il convient d'en examiner la structure, la compétence et la procédure, à la lumière du Statut de Rome de la CPI.

2.1. Structure de la SDIP

La SDIP est organisée sur le modèle de la CPI. Son siège comporte une chambre d'examen préliminaire (juge unique), une chambre de première instance (3 juges) et une chambre d'appel. En plus du siège, il y a le bureau du procureur, qui pilote l'action publique. Les deux organes précités sont appuyés par un greffe (commun aux trois Sections), dirigé par un greffier assisté par trois greffiers-adjoints chargés, chacun, de l'appui à une Section de la Cour. A l'instar de la CPI, la SDIP dispose d'un bureau de défense en charge, notamment, de l'assistance judiciaire (articles 6, 7, 8, 9, 9 bis, 10, 11, 16, 17, 18, 22, 22 A, B et C).

Les juges sont élus pour un mandat unique de 9 ans, parmi les candidats compétents en droit international pénal bénéficiant d'une expérience judiciaire avérée dans leurs pays et possédant de hautes qualités morales. Chaque Etat partie au Protocole peut présenter trois candidats, dont au moins une femme. Lors de l'élection des juges, les Etats parties au Protocole tiennent dûment compte de la représentation équitable des régions et des principaux systèmes juridiques du continent. La SDIP fonctionnera au siège de la Cour, à Arusha (Tanzanie).

2.2. Compétence de la SDIP

Ratione materiae, la SDIP est compétente pour connaître une quinzaine de crimes internationaux. Certains de ceux-ci sont déjà consacrés par le Statut de Rome de la CPI. Il s'agit du génocide, des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre, de la piraterie et de l'agression (cette dernière ayant été définie par le Protocole d'amendement du Statut adopté à Kampala en 2010). Tous ces crimes sont consacrés respectivement à l'article 28 A, alinéas 1, 2, 3, 5 et 14 du Protocole de Malabo. En plus de ces crimes de caractère universel, ce Protocole consacre une dizaine de crimes « régionaux », dont le changement anticonstitutionnel de gouvernement (article 28, A, alinéa 4) ; le terrorisme (article 28, A, alinéa 6) ; le mercenariat (article 28 A, alinéa 7) ; la corruption (article 28 A, alinéa 8) ; le blanchiment d'argent (article 28, A, alinéa 9) ; la traite des personnes (article 28, A, alinéa 10) ; le trafic de la drogue (article 28, A, alinéa 11) ; le trafic des déchets dangereux (article 28, A, alinéa 12) ; ainsi que l'exploitation illégale des ressources naturelles (article 28, A, alinéa 13).

Si plusieurs de ces crimes font déjà l'objet d'incrimination par des traités spécifiques au niveau universel et régional africain (terrorisme, corruption, blanchiment d'argent, traite des personnes, trafic de la drogue), certains d'entre eux sont nouveaux et spécifiques à l'Afrique. C'est le cas pour le changement anticonstitutionnel de gouvernement (Acte constitutif de l'Union africaine ; Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance de 2007) ; le mercenariat (Convention de l'OUA de 1977 sur l'élimination du mercenariat en Afrique) ; le trafic des déchets dangereux (Convention de Bamako de 1991 sur l'interdiction d'importer des déchets dangereux et le contrôle de leur mouvements transfrontaliers en Afrique) et l'exploitation illégale des ressources naturelles (Protocole de la Conférence internationale sur la région des Grands Lacs sur la lutte contre l'exploitation illégale des ressources naturelles, 2006). Il ressort de ce qui précède que le Protocole de Malabo procède à une codification régionale de normes universelles de droit international pénal, tout en assurant le développement progressif d'un certain nombre de règles régionales dans ce domaine.

Ratione loci, le Protocole de Malabo a une portée régionale, c'est-à-dire limitée au continent africain, à la différence du Statut de Rome de la CPI, qui est d'application universelle.

Ratione temporis, le Protocole de Malabo s'appliquera aux crimes commis dès son entrée en vigueur, soit après le dépôt du 15^e instrument de ratification. Ce fut la solution retenue pour le Statut de Rome.

Ratione personae, la SDIP est compétente pour juger l'individu, personne physique, qui est personnellement tenu pour responsable de ses actes. Le Protocole de Malabo innove, toutefois, en rendant possibles la poursuite et le jugement des personnes morales (entreprises) présumées auteurs des crimes

consacrés par le Protocole. La responsabilité de celles-ci n'excluant pas celle des personnes physiques qui les dirigent (article 46 C). La SDIP n'est pas compétente pour juger les personnes âgées de moins de 18 ans (article 46 D), c'est-à-dire les mineurs d'âge.

2.3. Procédure devant la SDIP

A l'instar du Statut de Rome (article 17), le Protocole de Malabo consacre le principe de complémentarité, selon lequel la juridiction pénale internationale n'intervient que lorsque l'Etat concerné ne peut, ni ne veut poursuivre un auteur présumé des crimes internationaux commis sur son territoire. Dans le cadre de la mise en œuvre du principe de complémentarité, la juridiction nationale a une priorité sur la juridiction internationale. L'une des critiques formulées à l'endroit de la CPI est de ne pas avoir suffisamment tenu compte de ce principe, concernant certaines procédures relatives à des Etats africains⁽¹⁵⁾. A la différence du Statut de Rome, qui vise deux niveaux de compétence (juridictions nationales et CPI), le Protocole de Malabo en introduit un troisième (cours sous-régionales/régionales) entre la juridiction nationale et la SDIP. En revanche, le Protocole est silencieux sur les rapports entre celle-ci et la CPI. Une réponse à ce silence pourrait être trouvée dans le Cadre politique de l'Union africaine sur la justice transitionnelle, qui prévoit, notamment, en ce qui concerne la répression des crimes internationaux en Afrique, que :

F.3.1. International Criminal Court

The entry into force of the Rome Statute of the International Criminal Court in 2002 establishing the first permanent court tasked with adjudicating international crimes has been a pivotal achievement in the struggle against impunity for international crimes. The ICC is complementary to domestic criminal jurisdictions as a case is admissible before the ICC only when a State is unwilling or genuinely unable to carry out the investigation or prosecution of these crimes. It is the court of last resort.

F.3.1.1. Complementarity

The principle of complementarity implies that in line with this, national states have the primary responsibility to investigate, prosecute and bring to judgement, perpetrators of serious crimes such as genocide, crimes against humanity and war crimes. The principle of complementarity envisages a system in which continental, regional and national jurisdictions take the lead in the investigation and prosecution of international crimes⁽¹⁶⁾.

15 OPEN SOCIETY INITIATIVE FOR EASTERN AFRICA, "Putting Complementarity into Practice: Domestic Justice for International Crimes in DRC, Uganda, and Kenya", New York, Open Society Foundations, 2011.

16 UNION AFRICAINE, « African Union Transitional Justice Framework », Addis-Abéba, 2014 (document inédit) ; sur les origines de ce Document et ses relations avec le combat contre l'« impérialisme judiciaire », voir AFRI-

Ce Document, dont l'élaboration est étroitement liée au débat sur l'« impérialisme judiciaire » en Afrique, consacre la primauté (en lieu et place de la priorité) des juridictions nationales, sous-régionales et régionales africaines sur la CPI. Les Etats africains parties au Statut de Rome et au Protocole se retrouveront face à un système de « double complémentarité » ou de conflit de juridictions. En tout cas, le problème des rapports entre la SDIP et la CPI devrait être posé et résolu pour répondre à ce conflit (17).

Un autre aspect opposant les deux textes est l'octroi d'immunités de poursuite aux chefs d'Etat et autres dirigeants africains en exercice. En effet, aux termes de l'article 46 A bis du Protocole de Malabo,

Aucune accusation ne sera déposée devant la Cour contre un chef d'Etat ou de gouvernement de l'Union africaine en exercice, toute personne exerçant ou autorisée à exercer ces fonctions, ou tout autre haut représentant de l'Etat sur la base de leurs fonctions, pendant la durée de leur mandat.

Cette disposition contrarie frontalement l'article 27 du Statut de Rome de la CPI, qui dispose :

Défaut de pertinence de la qualité officielle

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

L'article 46 A bis du Protocole de Malabo soulève plusieurs problèmes. Premièrement, il établit un traitement discriminatoire entre les justiciables potentiels de la SDIP. Deuxièmement, les Etats africains parties au Protocole de Malabo et au Statut de Rome de la CPI auront des engagements contradictoires au plan international. Enfin, troisièmement, l'immunité ainsi accordée aux chefs d'Etat en exercice inclinera plusieurs d'entre eux à ne pas quitter

CAN UNION PANEL OF THE WISE, « Peace and Reconciliation in Africa : Opportunities and Challenges in the Fight Against Impunity », *African Union Series*, New York, International Peace Institute, février 2013.

17 Voir Ademola ABASS, « The Proposed International Criminal Jurisdiction for the African Court: Some Problematic Aspects », *Netherlands International Law Review*, vol. 60, 2013, pp. 46-49.

leurs fonctions, afin d'éviter d'être poursuivis pour des crimes qu'ils auraient éventuellement commis durant l'exercice de leurs pouvoirs.

En ce qui concerne la saisine de la SDIP, le Protocole de Malabo prévoit que celle-ci est ouverte aux Etats parties, au Conseil de paix et de sécurité de l'UA et au Procureur de la SDIP (article 29 du Statut de la CAJDH et article 15 du Protocole de Malabo). Le rôle du Conseil de paix et de sécurité de l'UA devrait encore être mieux précisé, particulièrement à la lumière de celui joué par le Conseil de sécurité de l'ONU auprès de la CPI (articles 13, paragraphe b, et 16 du Statut de Rome).

Pour ce qui est du déroulement du procès, le Protocole de Malabo contient des dispositions détaillées s'inspirant largement du Statut de Rome. Celles-ci sont relatives aux droits des accusés (article 46 A) ; aux conditions d'exercice de ses compétences par la Cour (articles 46 E bis et 46 F) ; à l'application du principe *non bis in idem* (article 46 I) ; à l'exécution des amendes et des mesures de saisie (article 46 J bis) ; à la grâce ou à la commutation de peine (article 46 K) ; à la coopération et à l'assistance judiciaire (article 48 L) et au fonds d'affectation spéciale y relatif (article 46 M).

3. La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples « en sursis »

Le Protocole de Malabo comporte des aspects susceptibles d'avoir un impact sur la mise en œuvre de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et de son Protocole relatif à l'établissement d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (Protocole de Ouagadougou). Ces implications sont d'ordre normatif, organisationnel et procédural.

3.1. Implications normatives

Il n'est pas sans intérêt de s'interroger sur l'impact potentiel de l'action de la future SDIP sur la mise en œuvre des droits et devoirs consacrés par la Charte africaine et d'autres instruments régionaux pertinents. En effet, les faits incriminés par le projet de Statut amendé de la Cour constituent, en eux-mêmes, des violations graves des droits et des devoirs de l'homme et des peuples. Le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et la torture violent gravement et/ou massivement le droit à la vie et le droit à l'intégrité physique (article 4 de la Charte africaine et article 4 (a) de son Protocole facultatif relatif aux droits de la femme en Afrique). La corruption constitue un obstacle majeur à la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels comme le droit au travail, le droit à l'éducation et le droit au développement, également consacrés par la Charte africaine. De même, les changements anticonstitutionnels

de gouvernement violent manifestement le droit de l'homme et des peuples de choisir librement leurs dirigeants et représentants (article 13, paragraphe 1 de la Charte africaine). Le terrorisme et les pratiques mercenaires violent, quant à eux, le droit des peuples à la paix et à la sécurité tant au plan national qu'international (article 23 de la Charte africaine). En réprimant ces violations graves des droits de l'homme, le projet de Statut amendé de la Cour africaine contribuerait à apporter une garantie supplémentaire au respect de ces droits et, en particulier, au droit des victimes à une réparation du préjudice subi du fait de leur perpétration ⁽¹⁸⁾.

3.2. Implications organisationnelles

Le Protocole de Malabo innove en intégrant dans une même structure un organe de sauvegarde des droits de l'homme et des peuples, ainsi qu'un organe de répression pénale. Ces deux catégories d'organes assurent deux types de responsabilités. En effet, alors que le premier contrôle le respect des droits de l'homme et des peuples par les Etats parties à un instrument relatif au droits de l'homme, qui en sont ses « justiciables » (même si, en général, leur responsabilité découle des faits des particuliers), le deuxième est garant de la responsabilité individuelle. A cet égard, comme mentionné à propos de l'interaction normative du Protocole de Malabo et des instruments régionaux relatifs aux droits de l'homme et des peuples, la SDIP et la Section des droits de l'homme et des peuples, en appartenant à la même Cour, se compléteront mutuellement dans la protection des droits de l'homme et des peuples et la lutte contre l'impunité pour la violation de ces droits, aussi bien par les Etats que par les individus et les entreprises.

Cela admis, l'intégration de ces deux Sections, aux côtés d'une troisième (celle des affaires générales), dans une même Cour aura un impact négatif en termes de ressources humaines. Ainsi, à terme, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, composée actuellement de 11 juges, pourrait se retrouver avec moins de 5 juges, dans une CAJDH qui en comptera 16 au total, pour les trois Sections. Cette réduction significative des juges des droits de l'homme et des peuples pourrait porter un coup dur aux capacités de travail déjà faibles de la Cour d'Arusha. C'est en vain que les juges actuels de cette Cour, qui ont participé au processus d'élaboration du Protocole de Malabo, avaient demandé l'augmentation du nombre de juges de la CAJDH ⁽¹⁹⁾, anti-

18 Mutoy MUBIALA, « La compétence 'régionale' de l'Union africaine en droit international pénal », communication à la Conférence célébrant le 30^e anniversaire de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, organisée conjointement par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples et le *Centre for Human Rights* de l'Université de Pretoria, Pretoria, le 11 juillet 2011, p. 14 (document inédit).

19 UNION AFRICAINE, « Evolutions concernant l'extension des compétences de la Cour au règlement d'affaires pénales : Compte-rendu du deuxième atelier de validation portant sur l'extension des compétences de la Cour africaine de Justice et des droits de l'homme, Arusha, Tanzanie, 29 novembre - 10 décembre 2010), Arusha, 15 novembre 2010, p. 4.

cipant la tendance à cette baisse drastique. Ainsi, pour reprendre l'expression du juge Fatsah Ouguerouz, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples serait en « sursis » ⁽²⁰⁾.

3.3. Implications procédurales

À la différence de la future Section des droits de l'homme et des peuples, qui continuera à juger les Etats pour violations alléguées des droits de l'homme et des peuples, la SIDP jugera des individus et des entreprises auteurs présumés des crimes prévus par le Protocole de Malabo. Cette dernière contribuera ainsi à la mise en œuvre de la responsabilité des acteurs non étatiques. La répression d'actes posés par un individu et d'autres acteurs non étatiques permettra de donner effet à un certain nombre de devoirs consacrés par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et plusieurs autres instruments régionaux. Ainsi, le devoir de l'individu de ne pas compromettre la sécurité de l'Etat dont il est national ou résident (article 29, paragraphe 2 de la Charte africaine) ; le devoir de tout réfugié de s'abstenir de tous agissements subversifs dirigés contre un Etat membre de l'OUA (article 3, paragraphe 1, de la Convention de l'OUA de 1969 régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique) ; le devoir des groupes armés de ne pas provoquer des déplacements arbitraires de populations, de ne pas entraver la liberté de mouvement de celles-ci et de ne pas entraver la fourniture et la distribution de l'aide humanitaire aux personnes déplacées (article 7, paragraphe 5 de la Convention de l'UA de 2009 sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique), etc. L'action pénale de la future Cour africaine pourrait assurer une certaine efficacité aux devoirs consacrés, notamment, par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Elle permettrait ainsi de parer aux critiques sur la nature « incantatoire » de ces devoirs ⁽²¹⁾.

La mise en œuvre du principe de complémentarité et l'application de l'immunité aux dirigeants africains en exercice par la SDIP ne devrait pas empêcher la future Section des droits de l'homme et des peuples d'exercer sa compétence à l'égard des Etats pour violation de ces droits, dès lors que les conditions prévues par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples à son article 56 (dont l'épuisement des voies de recours internes) sont remplies. Cela dit, l'on s'attend à avoir des cas de traitements différents des affaires portant sur les mêmes faits devant les deux Sections. Le règlement de la future CAJDH devrait se pencher sérieusement sur la solution à apporter aux cas de litispendance.

20 Fatsah OUGUERGOUZ, « Les premiers pas de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », conférence inaugurale à la session d'été d'enseignement de l'Institut international des droits de l'homme, Strasbourg, 22 juillet 2009, p. 4 (document inédit).

21 Voir, en particulier, Wa Mutua MAKAU, 'The Banjul Charter and the African Cultural Fingerprint. An Evaluation of the Language of Duties', *Virginia Journal of International Law*, vol. 35, 1995, pp. 339-380

Conclusion

L'attitude des Etats africains à l'égard de la justice pénale internationale a évolué d'une première phase d'adhésion aux mécanismes universels, en particulier la CPI, à celle du développement progressif d'une justice pénale régionale. Le régionalisme africain émergent apparaît à la fois complémentaire et contradictoire avec le droit international pénal. Dans ce cadre, il nous paraît plus important de mettre l'accent sur ce qui rassemble le Protocole de Malabo que sur ce qui le sépare du Statut de Rome de la CPI, en particulier la question de l'immunité aux dirigeants africains en exercice. Il n'est pas exclu que l'adoption du Protocole de Malabo, en juin 2014, ait influencé positivement l'abandon des charges contre le président kenyan Uhuru Kenyatta, quelques mois plus tard. Malgré leurs divergences, les deux textes (Protocole de Malabo et Statut de Rome) et leurs mécanismes de sauvegarde respectifs peuvent jouer un rôle déterminant et complémentaire dans la lutte contre l'impunité en Afrique. Pour cela, la reprise de la coopération de l'Union africaine avec la CPI devrait s'imposer. Cette coopération renouvelée devrait permettre de fixer le cadre relationnel entre la CPI et la future SDIP de la CAJDH, de régler la question de la « double complémentarité » à laquelle seront inévitablement confrontés les Etats africains parties aux deux textes universel et régional, ainsi que de contribuer au développement d'une politique de coopération pour le renforcement de l'administration de la justice pénale dans l'ordre national des Etats africains.

L'UA devrait fournir les moyens nécessaires au fonctionnement de cette nouvelle juridiction pénale régionale et veiller, en même temps, au maintien ou à l'augmentation des ressources (humaines et financières) au profit de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, qui risque d'être la grande perdante de cette nouvelle réforme de la CAJDH. ■