

Le journal du

N 9 OCTOBRE 2012

DIENNALE DE LA FAISSE 2012

EDI

SOMMAIRE

▪ Editorial
 Albane GESLIN

▪ Dossier

2012

CIJ, Question concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. S n gal), 20 juillet 2012
 Baba Hamad DEME

La r paration du pr judge dans l'affaire Ahmadou Sadio Diallo devant la Cour internationale de justice
 Maria BOUTROS ABDELNOUR

Jugement n 2867 du TAOIT sur requ te contre le FIDA ou un l g re att nuation des in galit s des parties
 Methap KAYGUSUZ

Commentaire de l'affaire Le Procureur c. Thomas Lubanga D ilo (CPI, 14 mars et 10 juillet 2012)
 G rard AIVO

L Affaire Hirsi Jamaa contre l'Italie devant la Cour europ enne de droits de l'homme
 Kiara NERI

▪ Br ves
 ▪ Actualit du CDI
 ▪ Conf rrences et colloques

D
 C
 J
 'Application de la convention pour la prvention et la rpression du crime de g nocide (Bosnie-Herz g ovine c/ Serbie-et-Mont n g ro),
 C
 I
 Ahmadou Sadio Diallo
 D ' 30 2010, C
 C
 C
 1966
 12 C
 C
 G
 (CIJ, arr t, 19
 juin 2012), C
 C
 EDH, C
 /I , C
 /A , C
 A , C
 G 2000,

2.
 C ,
 ' D'
 5
 , 4
 (Immunit s
 juridictionnelles de l'Etat Ahmadou Sadio
 Diallo),
 (Questions
 concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader),
 (Jugement n 2867 du Tribunal administratif de
 l'Organisation internationale du Travail sur requ te
 contre le Fonds international de d veloppement
 agricole). C
 CIJ,
 (Jugement n 2867 du TAOIT),
 (Ahmadou Sadio Diallo).
 C
 A ,
 Immunit s juridictionnelles de l' t at,

2 Discours de S. E c. M. Gilbert Guillaume, Pr sident de la Cour internationale de justice, prononc devant la si i me Commission de l'Assembl e g n rale des Nations Unies, 27 oct. 2000, www.ij-cij.org.

3 EL BOUDOUHI (S.), L'arr t Ahmadou Sadio Diallo (R publique de Guin e c/ R publique d mocratique du Congo). La CIJ est-elle devenue une juridiction de protection des droits de l'homme? , *AFDI*, 2010, p. 277.

1 KAMTO (M.), Les interactions des jurisprudences internationales et des jurisprudences nationales , in *La juridictionnalisation du droit international*, SFDI, colloque de Lille, Pedone, 2003, p. 415.

CIJ, (B .), 20

2012

B H DE E*

L'arrêt de la Cour internationale de justice (ci-après CIJ) en date du 20 juillet 2012 constitue le prolongement judiciaire des négociations entre la Belgique et le Sénégal propos de l'organisation du procès d'Hissène Habré, Président de la République du Tchad de 1982 à 1990.

Hissène Habré est accusé, entre autres, d'actes de torture et de crimes contre l'humanité qu'il aurait commis durant son mandat présidentiel¹. C'est ainsi que le 25 janvier 2000, sept tchadiens et une association des victimes ont saisi le juge d'instruction au tribunal hors classe de Dakar qui, après avoir procédé à un interrogatoire, l'avait inculpé pour complicité de crimes contre l'humanité, d'actes de torture et de barbarie. Cette décision est infirmée en appel, le 4 juillet 2000, par la chambre d'accusation de la Cour d'appel de Dakar qui relève l'incompétence du juge sénégalais pour connaître de cette affaire. Les faits visés n'étaient pas incriminés en droit sénégalais. Cet arrêt de la Cour d'appel est confirmé le 20 mars 2001 par la Cour de cassation sénégalaise. C'est dire que les juridictions sénégalaises se sont saisies du dossier comme le prévoit le droit national. Mais l'affaire ne s'est pas arrêtée. 15 mois environ après que la Cour d'appel de Dakar a rendu son arrêt, des plaintes sont déposées (entre le 30 novembre 2000 et le 11 décembre 2001) devant un juge d'instruction belge accusant Hissène Habré de violations graves de droit international humanitaire, de crimes de torture et de crimes de génocide. Poursuivant ses investigations, le juge d'instruction belge va lancer un mandat d'arrêt international contre le Président d'ancien régime, en résidence surveillée, au Sénégal. Par une note verbale du 22 septembre 2005, la Belgique a demandé l'extradition de l'intéressé. La Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Dakar refuse de faire droit à cette demande. Selon elle, M. Habré devait bénéficier de l'immunité de juridiction, qui a vocation à survivre à la cessation de fonctions du (pr)ésident de la République ; et qu'elle ne pouvait dès lors connaître de la régularité (des) actes de poursuite et de validité d'un mandat d'arrêts appliquant un chef d'Etat².

Mandaté en juillet 2006 par l'Union africaine pour juger au nom de l'Afrique³ Hissène Habré, le Sénégal va procéder aux modifications législatives en 2007 et constitutionnelles en 2008⁴ pour que ses juridictions soient compétentes afin de connaître de l'affaire. Depuis, le Sénégal attend le soutien financier qu'il a demandé pour que le procès puisse avoir lieu avec les garanties procédurales qui s'imposent. C'est cette lenteur judiciaire dans la poursuite et le jugement d'Hissène Habré qui a poussé la Belgique à saisir la CIJ le 19 février 2009. Le différend opposant la Belgique au Sénégal portait devant la Cour porte ainsi sur l'obligation, à la charge de l'Etat sénégalais, de poursuivre l'accusé ou de le traduire vers la Belgique. À l'appui de sa requête, la Belgique invoque le non-respect par le Sénégal du droit international coutumier mais également et surtout de la violation de la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 (ci-après Convention contre la torture).

Après avoir refusé d'indiquer de mesures conservatoires, comme le demandait la Belgique, par une ordonnance en date du 28 mai 2009, la Cour devait statuer sur le fond dans cet arrêt du 20 juillet 2012. En substance, la question posée était de savoir si l'Etat du Sénégal avait violé le droit international coutumier et la Convention contre la torture en ne jugeant pas et en ne traduisant pas Hissène Habré. D'abord, la Cour se déclare incompétente pour connaître des violations éventuelles du droit international coutumier par le Sénégal au motif qu'il n'existe pas de différend entre les deux Etats sur ce point. Ensuite, après avoir analysé la Convention des Nations Unies contre la torture, elle constate que le Sénégal l'a doublement violée : d'une part, en ne procédant pas à une enquête préliminaire comme le prévoit la ladite Convention (I) et d'autre part, en ne soumettant pas à l'autorité compétente Hissène Habré pour qu'il soit jugé (II).

I. _____

La Cour a conclu à la violation par l'Etat du Sénégal de son obligation de procéder à une enquête préliminaire comme le exige l'article 6.2 de la Convention contre la torture⁵. Cette

(*) L'auteur est ATER de droit public à l'Université Jean Moulin-Lyon3. Il prépare une thèse sur La protection des intérêts de l'Etat dans le contentieux international des investissements. Courriel : baba-hamad_deme@univ-lyon3.fr

¹ CIJ, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader, Belgique c. Sénégal*, 20 juillet 2012, 16. Après avoir pris le pouvoir le 7 juin 1982 à la tête d'une rébellion, M. Hissène Habré a présidé la République du Tchad pendant huit années, au cours desquelles de multiples violations des droits de l'homme auraient été commises, notamment des arrestations d'opposants politiques rudes ou présumés, des détentions sans jugement ou dans des conditions inhumaines, de mauvais traitements, des actes de torture, des exécutions extrajudiciaires et des disparitions forcées.

² 22 de l'arrêt

³ Décision sur le procès Hissène Habré et l'Union africaine, Doc. Assembl./AU/3 (VII).

⁴ Le code pénal est modifié pour sanctionner les crimes de génocide, crimes contre l'humanité, crime contre la guerre et autres violations du droit international humanitaire (art.431-1 à 431-5). Le code de procédure pénale également (art. 669) est modifié pour que le juge sénégalais puisse juger l'étranger qui serait coupable de crimes contre l'humanité, crime de génocide, et crime de guerre et qui se trouverait sous sa juridiction. L'article 9 de la constitution est modifié aussi pour faire une exception au principe de non-rétroactivité de la loi pénale s'agissant des crimes internationaux.

⁵ Article 6.1 et 2 : 1. S'il estime que les circonstances le justifient, après avoir obtenu les renseignements dont il dispose,

enquête conduite par les autorités qui sont chargées d'établir un dossier en rassemblant les faits et les éléments de preuve () est destinée, selon la Cour, à corroborer ou non les soupçons qui pèsent sur la personne concernée⁶. Or, en l'espèce, aucun élément vers au dossier ne montre que le Sénégal a procédé à cette enquête préliminaire. Ce raisonnement de la Cour s'est construit en deux temps.

D'abord, elle a analysé l'attitude des juridictions sénégalaises après que les sept Tchadiens et l'association des victimes ont déposé leur plainte. Sur ce point, elle considère, avec raison, que le juge sénégalais n'avait pas procédé à des enquêtes préliminaires pour établir les faits et qu'il n'avait pas sollicité l'entraide judiciaire pour réunir les éléments de preuve. Toutefois, force est de constater que ce défaut d'enquête préliminaire se justifiait pleinement. En effet, le juge sénégalais avait abandonné les poursuites contre Hissène Habré en raison du dispositif national qui, avant 2007, ne permettait pas que l'affaire soit jugée en raison du principe *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Le juge d'instruction qui, par un jugement de 2000, avait inculpé l'intéressé n'a pas poursuivi son enquête, la décision de la Chambre d'accusation de la Cour d'appel confirmée en cassation a ainsi mis fin à cette procédure.

Après cette première phase, la Cour analyse le comportement de l'Etat sénégalais après le dépôt d'une plainte en 2008 contre l'accusé à Dakar. A cette période, le Sénégal s'était doté d'un arsenal juridique performant permettant la répression des crimes internationaux. Cette réforme de la législation sénégalaise, conforme à ses obligations internationales⁷, devait donc, sans ambages, permettre la tenue de ce procès. Mais, le constat de la CJJ est sans ambiguïté. Aucune enquête préliminaire n'a été diligentée après 2008. L'absence d'enquête de la part du Sénégal était donc avérée, du moins s'agissant de cette deuxième plainte. Devant juger l'accusé au nom de l'Afrique, le Sénégal attendait le soutien financier promis par certains Etats tels que la Belgique. Toutefois et comme le précise la Cour, cela ne justifie pas le défaut d'enquête.

Après avoir retenu la responsabilité du Sénégal sur la base de cette obligation procédurale d'enquêter, la Cour s'attache

tout Etat partie sur le territoire duquel se trouve une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction visée à l'article 4 assure la détention de cette personne ou prend toutes autres mesures juridiques nécessaires pour assurer sa présence. Cette détention et ces mesures doivent être conformes à la législation dudit Etat; elles ne peuvent être maintenues que pendant le délai nécessaire à l'engagement et poursuites pénales ou d'une procédure d'extradition.

2. Ledit Etat procède immédiatement à une enquête préliminaire en vue d'établir les faits.

⁶ 83 de l'arrêt.

⁷ L'article 4 de la Convention contre la torture dispose que 1. Tout Etat partie veille à ce que tous les actes de torture constituent des infractions au regard de son droit pénal. Il en est de même de la tentative de pratiquer la torture ou de tout acte commis par n'importe quelle personne qui constitue une complicité ou une participation à l'acte de torture. 2. Tout Etat partie rend ces infractions passibles de peines appropriées qui prennent en considération leur gravité.

analyser la prétendue violation de l'obligation de poursuivre.

II.

L'obligation de poursuivre ou d'extrader dans le cadre de la lutte contre la torture est prévue à l'article 7 1 de la Convention contre la torture⁸. Elle a trait à la manière de procéder (au juridictions nationales) le soin de décider s'il y a lieu ou non d'engager des poursuites, dans le respect de l'indépendance du système judiciaire et pressif des Etats parties⁹. Ces juridictions gardent ainsi la maîtrise du déclenchement des poursuites, en fonction des preuves leur disposition et des règles pertinentes de la procédure pénale¹⁰. La Cour analyse cette disposition à la lumière des autres règles de la Convention. Cette obligation de poursuivre est le prolongement d'une série d'obligations que l'Etat sénégalais doit respecter. D'abord, il devait modifier sa législation nationale et donner une compétence universelle à ses juridictions pour que les actes de torture soient jugés. Ensuite, il était tenu de procéder à une enquête préliminaire. C'est après ces deux phases seulement qu'intervient enfin le troisième volet qui est de poursuivre l'intéressé. Ce dispositif institutionnel participe donc d'une volonté de lutte contre la torture dont l'interdiction constitue, selon la Cour, une norme de *jus cogens*¹¹.

C'est après avoir analysé cette philosophie (lutte contre l'impunité) qui a précédé l'adoption de l'article 7 1 comme il résulte des travaux préparatoires de la Convention contre la torture¹² que la Cour s'attache à préciser la nature et le sens de l'obligation de poursuivre, sa portée temporelle et sa mise en œuvre en l'espèce. S'agissant de la portée et du sens qu'il faut donner à cette disposition, la Cour précise qu'elle constitue une obligation dont la violation engage la responsabilité internationale de l'Etat pour fait illicite. Le sens qu'il faut donc lui donner est qu'elle met à la charge de l'Etat l'obligation de saisir ses juridictions nationales pour l'exercice de l'action pénale et ce, indépendamment d'une demande d'extradition. L'extradition se présente ainsi comme une option dont l'utilisation permet à l'Etat obligé de se délier de son obligation de poursuivre.

S'agissant de la portée temporelle de l'obligation de poursuivre prévue à l'article 7 1, la Cour considère qu'elle est limitée aux actes commis après l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de cet Etat. Or, la Convention a été ratifiée par le Sénégal le 26 juin 1987. C'est donc

⁸ Il dispose que l'Etat partie sur le territoire sous la juridiction duquel l'auteur présumé d'une infraction visée à l'article 4 (torture, tentative de torture) est découvert, s'il n'extrade pas ce dernier, soumet l'affaire dans les cas visés à l'article 5, à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale.

⁹ 90 de l'arrêt.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ 99 de l'arrêt. Rappelons que la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) avait déjà reconnu que l'interdiction de la torture constituait une règle impérative (CEDH, *Al-Adsani c. Royaume Uni*, 21 novembre 2001, § 60). Voir aussi TPIY, *Chambre de première instance, Procureur c/ Anto Furundžija*, 10 décembre 1998, 152-153.

¹² 90 de l'arrêt.

uniquement pour les actes commis à partir de 1987 que le Sénégal est tenu de poursuivre Hissène Habré¹³. Toutefois, rien dans la Convention ne lui interdit de mettre en œuvre l'obligation de poursuivre pour des actes antérieurs.

L'interdiction de la torture est une norme impérative de droit international. Toutefois, cette qualification n'entraîne pas une application rétroactive de la Convention. Aussi, si la Cour considère, comme elle l'a fait dans l'affaire *Barcelona Traction* propos des actes d'agression et du crime de génocide¹⁴, que les Etats ont un intérêt juridique, en l'espèce, à ce que les droits en cause soient protégés, elle n'admet pas et pressément une application rétroactive de la Convention contre la torture.

S'agissant enfin de la mise en œuvre de cette obligation, il est vrai que le Sénégal a modifié sa législation nationale, demandé des appuis financiers pour juger Hissène Habré. Toutefois, les difficultés financières qu'il connaît ne le déchargent pas de son obligation de poursuivre. Aussi, il devait à partir de la première plainte en 2000 faire juger

l'accusé dans les meilleurs délais. On voit bien ici que ce qui est en cause c'est le délai jugé raisonnable en filigrane par la Cour. Depuis 2000, l'affaire n'est pas jugée et après 2008, elle ne l'est pas encore malgré les modifications législatives et constitutionnelles. Pour ces raisons, la Cour conclut à la violation de l'article 7-1 de la convention contre la torture.

En définitive, force est de constater que des efforts, certes insuffisants, ont été fournis par le Sénégal pour juger M. Habré. Cet arrêt a cependant le mérite, en reconnaissant la responsabilité du Sénégal, de faire avancer les choses. Il faut donc se réjouir que, suivant en cela les recommandations de la Cour elle-même, l'Etat du Sénégal et l'Union africaine aient signé le 22 août 2012 un accord pour qu'Hissène Habré soit enfin jugé par un tribunal *ad hoc* comme l'avait proposé la Cour de justice de la Communauté Economique des Etats d'Afrique de l'Ouest (CEDEAO)¹⁵. Il reste donc souhaiter que justice soit enfin rendue.

¹³ La Cour ajoute que c'est uniquement à partir de la date d'entrée en vigueur de la convention son regard, c'est-à-dire le 25 juillet 1999, que la Belgique pouvait lui demander de statuer sur la responsabilité internationale de l'Etat pour son comportement à partir de l'an 2000.

¹⁴ CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, 5 février 1970, 33 et 34.

¹⁵ Cour de justice de la CEDEAO, *Hissène Habré c. République du Sénégal*, 18 novembre 2010, 61. Elle estime que le mandat reçu par (le Sénégal) de l'Union Africaine lui confère plutôt une mission de conception et de suggestion de toutes modalités propres à poursuivre et faire juger dans le cadre strict d'une procédure spéciale ad hoc caractéristique internationale telle que pratiquée en Droit International par toutes les nations civilisées.

Abmadou Sadio Diallo

C

B

ABDE

*

Seize ans après le dépôt de sa requête introductive d'instance devant la Cour internationale de justice (CIJ), la

précédente⁸. Ces faits ont été pour M. Diallo *une source d'importantes souffrances psychologiques [a tant] portée atteinte à sa réputation*. Il s'agit notamment de son arrestation, de l'entente et de l'expulsion illicites. Certaines circonstances aggravent ce préjudice, selon elle. Il s'agit notamment du lien qui paraît exister entre l'arrestation, la détention et l'expulsion arbitraires de M. Diallo, et les actions qu'il a tentées en vue de recouvrer ses créances.

La Cour s'est fondée sur des considérations d'équité pour fixer la somme de l'indemnisation pour le préjudice moral. Elle a pris en compte la durée que M. Diallo a passée en détention ainsi que le contexte dans lequel il a été détenu. Compte tenu de ces circonstances la Cour a décidé d'accorder la somme de 85000 USD au titre de ce préjudice.

S'agissant du dommage matériel, trois chefs de préjudice étaient allégués. Le premier concernait la perte d'effets personnels par M. Diallo lors de son arrestation et de l'expulsion. Le second traitait de la perte de revenus durant sa détention et suite à son expulsion. Le troisième portait sur les gains potentiels.

En ce qui concerne la perte des effets personnels subie par M. Diallo, la Guinée a demandé une somme très élevée, en raison de la perte d'objets précieux qui étaient dans l'appartement de M. Diallo, repris par l'organisme bailleur après son expulsion. Elle n'a, cependant, apporté aucune preuve sur l'existence de ces biens. Ils n'étaient pas dans l'inventaire détaillant les biens qui étaient dans l'appartement et qui a été soumis à la Cour par les deux parties au stade de la procédure sur le fond. La RDC, quant à elle, prétendait que M. Diallo aurait pu récupérer ses affaires par l'intermédiaire de certains proches. En dépit de ces prétentions, la Cour a considéré qu'il était normal qu'une perte d'effets personnels résulte de la détention et de l'expulsion illicites commises par la RDC. Pour fixer le montant de l'indemnisation correspondant à ce préjudice, la Cour s'est appuyée sur l'inventaire qui lui a été présenté. Elle lui a ainsi fixé une somme de 10 000 dollars américains.

Concernant la perte de revenus durant la détention et suite à l'expulsion de M. Diallo, la Guinée a demandé une somme de 6 430 148 USD. Pour la justifier, elle prétendait que M. Diallo percevait 25 000 USD par mois en qualité de gérant des deux sociétés. Toutefois, elle n'a apporté aucune preuve que les sociétés gagnaient cette somme avant son arrestation. De plus, les documents relatifs à ces sociétés indiquaient qu'elles n'étaient plus actives, plusieurs années avant la détention de M. Diallo. Leur seule activité était les poursuites judiciaires en vue du règlement de leur créance. La Cour n'a donc accordé aucune indemnisation à la Guinée au titre de perte de revenus.

Quant à l'alléguation de perte de gains potentiels, la Cour a estimé que demander une réparation à ce titre aurait pour raison la perte de la valeur des deux sociétés qui serait due à la détention et à l'expulsion de M. Diallo. Or, la Cour avait déclaré, dans son arrêt sur le fond, irrecevables les demandes de la Guinée concernant ces sociétés. Elle n'accorde donc aucune indemnité au titre de perte de gains potentiels.

⁸ 74 et 84.

⁹ La Cour s'est référée au Comité des droits de l'Homme et la Cour africaine des droits de l'Homme qui, sans préciser le montant, ont recommandé une indemnité adéquate. Pour plus de détail, voir : 24.

La RDC doit donc verser, au total, la somme de 95 000 USD à la Guinée avant le 31 août 2012. À partir du 1^{er} septembre 2012 devaient courir des intérêts moratoires d'un taux annuel de 6 pour cent.

II.

Après avoir fixé le montant de l'indemnisation la Cour a pris le soin de rappeler *que l'indemnité accordée à la Guinée, dans l'exercice par celle-ci de sa protection diplomatique à l'égard de M. Diallo, est destinée à réparer le préjudice subi par celui-ci*¹⁰. De cette affirmation deux idées peuvent être dégagées.

D'abord l'idée selon laquelle l'indemnisation est accordée à la Guinée, ce qui s'inscrit dans le cadre de l'interprétation classique¹¹ du *dictum* de la CPJI concernant la protection diplomatique. En effet, dans l'affaire *Mavromatis* elle avait défini la protection diplomatique comme *un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'État à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre État, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international*¹². Selon l'interprétation classique de cette définition, en faisant valoir la protection diplomatique l'État fait valoir son propre droit et non celui de son ressortissant. Il accorde ainsi sa protection à l'individu, incapable de mener une action au niveau international. Il lui accorde cette protection non parce qu'il est juridiquement tenu, mais parce que lui-même a subi un préjudice du fait de la violation des droits de l'un de ses ressortissants. Il s'agit d'une *protection que l'on accorde à l'incapable, non parce qu'on en a l'obligation, mais simplement parce que l'offense faite à un membre de la tribu est ressentie par le chef de tribu comme une offense faite à lui-même*¹³.

Il découle de cette interprétation deux conséquences. Premièrement, l'État a le pouvoir discrétionnaire d'accorder ou non sa protection à l'individu. Deuxièmement, la réparation est due à l'État et à lui seul.

Ensuite l'idée selon laquelle, cette indemnisation est versée en r p

droits de ses ressortissants, la violation de ce droit lui a tant causé que dommageablement un préjudice¹⁶. Cette interprétation semble être en conformité avec le droit international contemporain.

Cette deuxième idée est conforme au projet d'articles de la Commission de droit international selon lequel *[u]n État en droit d'exercer sa protection diplomatique conformément au présent projet d'articles devrait: (...) Transférer à la personne lésée toute indemnisation pour le préjudice obtenu de l'État responsable, sous réserve de déductions raisonnables.*¹⁷ Elle se conforme par ailleurs à l'évolution du droit international en ce qui concerne la protection des droits de l'Homme.

¹⁶ La Commission de droit international a, quant à elle, défini la protection diplomatique de manière vague qui visait « à décrire les caractéristiques principales de la protection diplomatique au sens où cette expression est employée dans le présent projet d'articles », évitant ainsi le conflit de définition. Ainsi, elle n'a pas pris position quant à la question de savoir si l'État qui exerce sa protection diplomatique, la pratique pour son propre compte ou pour le compte de son national. Selon l'article 1^{er} de son projet d'articles « la protection diplomatique consiste en l'invocation par un État, par une action diplomatique ou d'autres moyens de règlement pacifique, de la responsabilité d'un autre État pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite dudit État à une personne physique ou morale ayant la nationalité du premier État en vue de la mise en œuvre de cette responsabilité ». Voir aussi le commentaire de cet article, annexé au projet.

¹⁷ Projet d'article sur la protection diplomatique, Commission de droit international, 2006, article 19.

Toutefois, la question qui se pose est la suivante : que pourrait-il se passer si la Guinée ne versait pas cette somme à l'individu ? Quelle action pourrait-il intenter ? Une question qui semble, pour l'instant, être sans réponse.

Cette affaire est intéressante également d'autres regards. En effet, la CIJ fait référence à la jurisprudence des autres juridictions internationales et régionales des droits de l'Homme. Des questions peuvent être soulevées sur l'interaction et l'influence mutuelle entre la CIJ et ces juridictions ainsi que sur la position qu'adopterait la Cour si elle s'agissait de questions *plus controversées touchant à la souveraineté étatique*¹⁸. La Cour adopterait-elle la position des juridictions de protection des droits de l'Homme qui sont plus protectrices ?!

¹⁸ EL BOUDOUHI (S.), *Affaire Ahmadou Sadio Diallo* (R. publique de Guinée c. R. publique Démocratique du Congo), Fond : La CIJ est-elle devenue une juridiction des droits de l'Homme ? , *op. cit.*, p.285.

Les individus ne sont, à l'heure actuelle, que des sujets dérivés et mineurs du droit international¹. En dépit des évolutions du droit international, cette constatation reste toujours valide, comme en témoigne l'avis consultatif de la Cour internationale de justice (CIJ) rendu le 1^{er} février 2012². Dans cette affaire, le Fonds international de développement agricole (FIDA) a saisi la CIJ contre la décision n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du travail (TAOIT)³. À l'origine de l'affaire⁴, se trouve le refus de renouvellement du contrat d'engagement de Mme Sae Garcia qui travaillait au sein du Mécénat mondial de la Convention des Nations unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification particulièrement en Afrique, organisme hébergé par le FIDA. À la suite dudit refus, Mme Sae Garcia a saisi la Commission paritaire de recours du FIDA qui recommandera sa réintégration, ainsi que le versement d'une somme équivalant aux traitements, allocations et indemnités qu'elle n'avait pas perçus⁵. Le président du FIDA n'a tout de même pas accepté les recommandations de la Commission, Mme Sae Garcia a introduit un recours devant le TAOIT en vue de l'annulation de la décision du président du FIDA. Le TAOIT a, quant à lui, décidé l'annulation de la décision du président du FIDA et le versement de dommages-intérêts et le paiement des dépens⁶. À la suite du jugement du TAOIT, le FIDA a saisi la CIJ d'une demande de réformation de ce jugement.

Le FIDA a posé à la Cour neuf questions portant sur la validité de la décision n° 2867 du TAOIT⁷. Mais, c'est plutôt la position de la Cour sur l'alignement / l'inalignement des parties (l'Organisation internationale et l'individu) devant les cours et tribunaux internationaux qui retiendra notre attention, une inalignement la subjectivation⁸ inachevée de l'individu

en droit international⁹. La question est de savoir si l'individu et l'institution internationale sont sur un pied d'égalité au cours d'une procédure de réformation du jugement du TAOIT. Suivant en cela la démarche de la CIJ, il convient de voir dans un premier temps, l'alignement quant au droit d'accès à la Cour (I) et dans un second temps les solutions qu'elle a appliquées, en l'espèce, afin d'atténuer ces inalignements (II)¹⁰.

I. L'alignement

Il nous faut rappeler, tout d'abord, que le Statut de la Cour n'autorise pas que les individus se présentent devant elle. Pour les affaires contentieuses, d'une part, l'article 34 de son statut réserve aux États le droit de la saisir.

En ce qui concerne les avis consultatifs, d'autre part, selon l'article 65 du Statut, seuls les organes ou institutions autorisés peuvent le demander¹¹. L'individu ne peut donc pas être partie à une affaire contentieuse ni demander directement un avis à la Cour même si il est lui-même concerné¹².

Une autre raison de l'inalignement d'accès à la Cour est mise en évidence par cette dernière : l'article XII du statut du TAOIT et de son annexe produit l'alignement en ce qu'il prévoit le droit d'accès à la Cour pour les institutions et non pas pour les fonctionnaires¹³. En d'autres termes, ce n'est que l'institution internationale qui a accès à la CIJ pour une demande de réformation du jugement du TAOIT. Quant à l'individu, il ne peut saisir la Cour même pour protéger ses droits. Cette inalignement, estime le juge Greenwood, est une faille fondamentale dans le système créé par l'article XII qui nécessite une réforme¹⁴. Cette conclusion est pertinente, car, lorsque l'on se demande quels auraient été les moyens de recours disponibles pour Mme Sae Garcia, si le jugement du TAOIT n'avait pas été en sa faveur, la réponse ne serait pas satisfaisante du point de vue de la protection des droits des fonctionnaires¹⁵.

(*) L'auteur est doctorante à l'Université Jean-Moulin Lyon III. Elle prépare actuellement sa thèse de doctorat sur Les Nations unies et la protection de l'environnement. Courriel : mehtap.ka.gusu.3@univ-lyon3.fr.

¹ DE BRICHAMBAUT (M. P.), DOBELLE (J.-F.), *Leçons de droit international public*, Paris, Presses de sciences po et Dallo, 2^e éd., 2011, p. 195.

² Voir CIJ, avis consultatif du 1^{er} février 2012, *Jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole*, Opinion individuelle du juge Canado Trindade.

³ CIJ, avis consultatif du 1^{er} février 2012, *Jugement n° 2867 du tribunal administratif de l'Organisation internationale du développement agricole sur requête contre le Fonds international de développement agricole*, CIJ Recueil 2012, 1.

⁴ Voir particulièrement *Ibid.*, 50.

⁵ *Idem.*

⁶ *Idem.*

⁷ *Idem.*, 49. Pour les questions posées voir *Ibid.*, 1. Pour les réponses de la Cour aux questions du FIDA voir 62-99.

⁸ Selon D. Quelhas *[L]a subjectivation de l'individu à travers l'adoption de divers textes internationaux ou régionaux de protection des droits de l'homme accélère*. QUELHASS (D.), Vers la reconnaissance d'un droit à la nationalité en droit international des droits de l'homme, *Sentinelle*, Bulletin n° 313, 15/07/2012, disponible sur http://www.sentinelle-droit-international.fr/bulletins/a2012/20120715_bull_313/bulletin_sentinelle_313.php

[international.fr/bulletins/a2012/20120715_bull_313/bulletin_sentinelle_313.php](http://www.sentinelle-droit-international.fr/bulletins/a2012/20120715_bull_313/bulletin_sentinelle_313.php)

⁹ Pour le lien entre les inalignements en faveur de l'individu devant les juridictions internationales et la subjectivation de l'individu voir l'opinion individuelle du juge Canado Trindade, pr c..

¹⁰ CIJ, avis consultatif du 1^{er} février 2012, pr c., 36.

¹¹ L'article 96 de la Charte des Nations Unies dispose que l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité peuvent demander l'avis consultatif de la CIJ. En vertu du même article, les autres organes et les institutions spécialisés doivent recevoir l'autorisation de l'Assemblée générale pour pouvoir demander à la Cour un avis consultatif. À ce propos voir CIJ, avis consultatif du 1^{er} février 2012, pr c., 22.

¹² Pour certains emplois voir l'opinion individuelle du juge Canado Trindade, pr c., 78-79 et 38.

¹³ CIJ, avis consultatif du 1^{er} février 2012, pr c., 36.

¹⁴ CIJ, avis consultatif du 1^{er} février 2012, *Jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole*, Déclaration du juge Greenwood, 3 (notre traduction).

¹⁵ Voir Opinion individuelle du juge Canado Trindade, pr c., 112.

La Cour souligne l'évolution du principe de l'égalité d'accès au cours et tribunal et note que selon le Comité des droits de l'homme *le droit à l'égalité garantit l'égalité d'accès et l'égalité des armes. En matière non pénale, le droit à l'égalité d'accès n'implique pas le droit de faire appel, mais lorsque des droits procéduraux sont accordés, ils doivent l'être également à toutes les parties, sauf si des motifs objectifs et raisonnables justifient une distinction*¹⁶.

Par ailleurs, la Cour de La Haye constate que l'égalité d'accès au procès dures fait « partie intégrante du principe de l'égalité entre les parties, sauf exception fondée sur des motifs objectifs et raisonnables »¹⁷. Elle trouve que le système de 1946¹⁸ n'est pas compatible avec l'approche moderne du principe de l'égalité d'accès au cours et tribunal en précisant qu'elle ne peut reformer le système actuel¹⁹. Il n'est pas inutile de se demander si le système fondé en 1945 n'aurait pas besoin d'une réforme profonde et quel serait/devrait être son contenu. La réponse vient du juge Canado-Trindade. Selon lui, afin d'assurer l'égalité des parties il faut que les juridictions internationales, compris la Cour, reconnaissent l'individu un *jus standi* ainsi qu'un *locus standi in judicio*²⁰.

En effet, la Cour, malgré l'absence de *parties au sens formel* dans une affaire consultative²¹, s'efforce de trouver une solution afin de réduire les inégalités devant elle. La CIJ précise que l'inégalité d'accès sa juridiction prévue l'article XII du Statut du TAOIT et de son annexe *n'est pas, en réalité, une inégalité devant la Cour*, en reprenant ce qu'elle avait dit il y a 56 ans²².

II. CIJ

Pour contourner les inégalités entre Mme Sea García et le FIDA devant la Cour, cette dernière prend les mesures suivantes²³ : premièrement elle demande au FIDA la transmission des déclarations de Mme Saeta García en accordant les mêmes délais au FIDA et à la fonctionnaire. Deuxièmement, les individus ne pouvant pas participer aux audiences dans une affaire relative à la reformation du jugement d'un tribunal administratif, la Cour décide de ne pas engager la procédure orale. En effet, au vu des critiques formulées par la CIJ, et des efforts qu'elle fournit afin de réduire les inégalités, il est possible d'en déduire que *la conception de la CIJ des droits procéduraux reconnus aux individus se rapproche visiblement de celle de la Cour européenne des droits de*

¹⁶ CIJ, avis consultatif du 1^{er} février 2012, par c., 39. P. Weckel attire l'attention sur la référence de la Cour au Pacte des droits civils et politiques et considère que ledit pacte n'est pas formellement applicable dans cette espèce. WECKEL (P.), CIJ, Avis du 01/02/2012, jugement du TAOIT contre le FIDA, *Sentinelle*, Bulletin n° 292 du 05/02/2012 disponible sur http://sentinelle-droit-international.fr/bulletins/a2012/20120205_bull_292/bulletin_sentinelle_292.php#126

¹⁷ CIJ, avis consultatif du 1^{er} février 2012, par c., 44.

¹⁸ C'est en 1946 que la procédure de reformation a été établie. *Ibid.*, 39.

¹⁹ *Ibid.*, 44.

²⁰

supprimer la procédure orale constituée, selon le juge Canado-Trindade, une *acrobatie procédurale* (*procedural acrobatic*)³⁵, *plutôt qu'une solution, c'est transposition [des principes de procédure contentieuse]³⁶ dans l'ordre international est pleinement justifiée par le degré de perfectionnement atteint par l'organisation juridictionnelle interne, sous réserve de la place réduite laissée aux individus*³⁷, une situation liée au statut problématique de l'individu dans l'ordre international.

Finalement, la Cour a confirmé sa position de 1956 quant à l'égalité des parties et indiqué pressamment la nécessité d'une réforme en mettant en relief l'insuffisance du système de 1946. Il semble qu'elle ait essayé de trouver un compromis entre le possible et le souhaitable, même si ce compromis ne paraît pas assez satisfaisant³⁸. Cependant, cela

du 1^{er} février 2012. Jugement du TAOIT sur requête contre le FIDA, *loc.cit.*, p. 393.

³⁵ Opinion individuelle du juge Canado-Trindade, *pr.c.*, 104.

³⁶ Comme le précise P. Weckel, même si cette affaire est qualifiée de l'avis consultatif, on est en présence d'une affaire contentieuse. WECKEL (P.), Cour internationale de justice. Avis du 1^{er} février 2012. Jugement du TAOIT sur requête contre le FIDA, *loc.cit.*, p. 391. Voir également l'opinion individuelle du juge Canado-Trindade, *pr.c.*, 40.

³⁷ NGUYEN (Q.-D.), *et al.*, *op.cit.*, p. 385. (nous soulignons).

³⁸ Voir CIJ, avis consultatif du 1^{er} février 2012, *pr.c.*, 40.

ne veut pas dire qu'il n'y ait aucun point qui suscite des interrogations. On peut se demander, par exemple, si la Cour avait conclu à l'incompétence du TAOIT, ainsi que l'invalidité de son jugement³⁹, en d'autres termes, si l'avis de la Cour n'avait pas été *une fin heureuse* (*happy end*)⁴⁰, quelles auraient été les conséquences pour Mme Sae-García ? On peut s'interroger également sur un changement révolutionnaire pour que *l'ignorance traditionnelle des individus*⁴¹, *dogmatisme dépassé* (*outdated dogmatism*) affectant la bonne administration de la justice⁴² fasse d'ordinaire partie du passé.

³⁹ La Cour a conclu à la validité de la décision du TAOIT qui était en faveur de Mme Sae-García. *Ibid.*, 99.

⁴⁰ Opinion individuelle du juge Canado-Trindade, *pr.c.*, 112.

⁴¹ CARREAU (D.) et MARELLA (F.), *Droit international*, Paris, Pedone, 11^e éd., 2012, p. 66.

⁴² Opinion individuelle du juge Canado-Trindade, *pr.c.*, p. 20 et *Ibid.*, 48.



d'enfants de moins de 15 ans et leur participation au hostilité s. En effet, dans le premier arrêt rendu le 14 mars 2012, après avoir analysé les éléments de preuve, la Cour dit être convaincue au-delà de tout doute raisonnable que la mise en œuvre du plan commun tendant à mettre sur pied une armée dans le but de prendre et de conserver le contrôle de l'Ituri, aussi bien politiquement que militairement, a abouti à la conscription et à l'enrôlement d'enfants de moins de 15 ans au sein de l'UPC/FPLC entre le 1^{er} septembre 2002 et le 13 août 2003¹¹. De même, (...) l'UPC/FPLC a fait participer activement des enfants de moins de 15 ans à des hostilités (...), ces enfants ont été utilisés comme des soldats et comme garde du corps de hauts responsables dont l'accusé¹²⁻¹³. Elle déclare Thomas Lubanga coupable des crimes de conscription et d'enrôlement, d'enfants de moins de 15 ans dans la FPLC et du fait de les avoir fait participer activement à des hostilités, au sens des articles 8-2-e-vii et 25-3-a du Statut¹⁴ (...) ¹⁵. La Cour reconnaît que l'accusé n'a pas commis ces crimes seul, qu'il est coauteur, mais que ses contributions étaient essentielles à cet effet¹⁶. Cet arrêt est particulier dans la mesure où c'est la première fois qu'une juridiction pénale internationale reconnaît un accusé coupable de crimes de guerre exclusivement sur la base de faits de violation graves des droits des enfants en situation de conflit armé¹⁷, et plus précisément dans un conflit armé non international¹⁸.

Conformément aux articles 76-2 de son Statut, et 143 de son Règlement, la Cour a tenu une audience distincte où elle a statué sur les peines dans son arrêt du 10 juillet 2012. Dans cet arrêt, la Cour condamne Thomas Lubanga à 14 ans de prison¹⁹.

¹¹ Les hostilités armées qui sont déroulées pendant cette période en République démocratique du Congo sont considérées par la Cour comme un conflit armé non international, (para. 567).

¹² Contrairement à la Cour, le Juge Eliabeth Odio BENITO, dans son opinion dissidente annexée à l'arrêt du 14 mars 2012, inclut juste titre les violences sexuelles faites aux enfants dans la définition du crime de faire participer des enfants de moins de 15 ans au hostilités (para. 15-21).

¹³ ICC- 01/04-01/06- 2842, 14 mars 2012, para. 1355.

¹⁴ L'article 8-2-e-vii du Statut de la Cour dispose qu'est constitutif de crime de guerre « le fait de procéder à la conscription ou à l'enrôlement d'enfants de moins de 15 ans dans les forces armées ou dans des groupes armés ou de les faire participer activement à des hostilités ».

¹⁵ ICC- 01/04-01/06- 2842, 14 mars 2012, para. 1358 ; ICC-01/04-01/06-2901, 10 juillet 2012, para. 97.

¹⁶ Parmi ses complices, la Cour cite Flobert Kisembo, Bosco Ntaganda, le Chef Kah a, les chefs militaires Tchalignon a, Bagon a et Kasangaki. Voir ICC- 01/04-01/06- 2842, 14 mars 2012, para. 1351-1356.

¹⁷ Pour une analyse approfondie de la protection juridique des enfants en période de conflit armé, voir AIVO (G.), *Le statut de combattant dans les conflits armés non internationaux. Etude critique de droit international humanitaire*, Thèse, Université Jean Moulin Lyon 3 et Université de Genève, 2011, pp. 242-265, AIVO (G.), *La protection spéciale des femmes et des enfants dans les conflits armés*, in DOUMBE-BILLE S. (dir.), *Justice et solidarité*, Bruylant, Bruylant, 2012, pp. 99-122.

¹⁸ On retrouve le chef d'accusation de crime d'enrôlement d'enfants dans les forces ou groupes armés dans la jurisprudence notamment du Tribunal pénal spécial pour la Sierra-Leone (TSSL), mais c'était un chef d'accusation parmi d'autres. Voir TSSL, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Fofana et Kondewa*, 2 août 2007 ; Chambre de première instance, *Le Procureur c. Brima, Kamara et Kanu*, 20 juin 2007 ; Chambre de première instance, *Le Procureur c. Sesay, Kallon et Gbao*, 25 février 2009 ; Chambre de première instance, *Le Procureur c. Charles Taylor*, 18 mai 2012.

¹⁹ ICC- 01/04-01/06-2901, 10 juillet 2012, para. 107. Voir l'opinion dissidente annexée de la Juge Eliabeth Odio BENITO, qui

II.

Dans l'arrêt rendu le 10 juillet 2012, la Cour pénale internationale rappelle les trois crimes de guerre (conscription, enrôlement et participation d'enfants de moins de 15 ans au hostilités) retenus contre Thomas Lubanga Dilo dans sa précédente décision du 14 mars 2012. En vertu de l'article 78-3 de son Statut, la Cour condamne le coupable pour chacun des crimes : 13 ans d'emprisonnement pour le crime de conscription ; 12 ans pour le crime d'enrôlement et 14 pour avoir fait participer les enfants de 15 ans au hostilités. Cependant, la durée totale d'emprisonnement retenue est de 14 ans²⁰ desquels sera déduit le temps déjà effectué en détention par Thomas Lubanga²¹. Il faut préciser que l'accusation ainsi que le Procureur de la Cour, avaient réclamé 30 ans de prison contre lui, mais la Cour n'a pas suivi cette demande, elle a plutôt tenu compte d'un certain nombre de facteurs atténuants en faveur de la défense : l'absence de circonstance aggravante et la coopération constante de Thomas Lubanga avec la Cour tout au long de la procédure alors même que l'accusation le soumettait à des pressions considérables²².

L'un des aspects frappants de cette affaire est l'impartialité de la Cour vis-à-vis de l'accusé tout au long de la procédure. En effet, malgré les allégations des victimes et du Procureur, mais surtout la volonté de ce dernier de faire condamner Thomas Lubanga de lourdes peines, la Cour a veillé au respect des droits de la défense. Par exemple, la Chambre de première instance I a suspendu le 13 juin 2008 la procédure contre lui au motif que l'accusation n'a pas divulgué plus de 200 documents contenant des pièces potentiellement à charge²³ de l'accusé²⁴. La Chambre a même pris une ordonnance provisoire de mise en liberté sans restriction de l'accusé²⁵, même si par la suite, cette décision a été jugée excessive par la Chambre d'appel de la Cour le 21 octobre 2008 au motif qu'une telle libération n'était pas nécessaire pour la suspension de la procédure. La chambre de première instance I a suspendu à nouveau le procès le 8 juillet 2010²⁶ au motif que l'arrêt des procédures n'était pas garantie vis-à-vis de l'accusé en raison du non-respect par l'accusation des ordonnances de la Chambre, demandant la communication d'informations à la défense²⁷. Cependant, la

a propos d'une peine plus sévère de 15 ans d'emprisonnement (para. 24-26).

²⁰ ICC- 01/04-01/06-2901, 10 juillet 2012, para. 98.

²¹ La déduction du temps de détention sera comptée à partir du 26 mars 2006, date de son transfert à La Haye, suite à un mandat d'arrêt émis par la Chambre préliminaire le 10 février de la même année.

²² ICC- 01/04-01/06-2901, 10 juillet 2012, para. 92-97.

²³ Selon l'article 54-1-a du Statut de la Cour relatif aux devoirs et pouvoirs du Procureur : *Le Procureur, pour établir la vérité, étend l'enquête à tous les faits et éléments de preuve qui peuvent être utiles pour déterminer s'il y a responsabilité pénale au regard du présent Statut et, ce faisant, enquête tant à charge qu'à décharge*.

²⁴ Décision relative aux conséquences de non-communication de pièces à charge couvert par les accords prévus à l'art. 54-3-e du Statut : ICC-01/04-01/06-1401 du 13 juin 2008.

²⁵ ICC-01/04-01/06-1418 du 2 juillet 2008.

²⁶ ICC-01/04-01/06-2517.

²⁷ Ce sont les articles 67-2 du Statut de la Cour et 76 et 79 du Règlement de procédure et de preuve, qui ont consacré l'obligation pour le Procureur de communiquer toute information et tous les éléments de preuve en sa possession à l'accusé, même ceux qui le disculpent ou tendent à le disculper ou à atténuer sa culpabilité.

La décision de mise en liberté de l'accusé du 15 juillet 2010 fut annulée par la Chambre d'appel qui a estimé que d'autres types de sanctions contre l'accusation seraient plus pertinentes et moins excessives que celle-ci. Jusqu'à la condamnation de Thomas Lubanga le 10 juillet 2012, la Cour a veillé au respect des droits de l'accusé face au Procureur²⁸. Les victimes ont aussi fait l'objet d'une attention particulière au point où la Cour a rendu pour la première fois un arrêt le 7 août relatif à la réparation des préjudices qu'elles ont subis²⁹. Une telle décision fera sans doute jurisprudence.

Dans l'affaire Lubanga, les décisions de la Cour étaient attendues par les observateurs tant sur le fond que sur la

Cependant, il y a des restrictions à cette obligation posée par les articles 54-3-e, 68-5 du Statut et 81-4. Sur cette question, voir NENE BI (A.), *La protection des témoins devant la Cour pénale internationale*, Mémoire, Master II recherche, Université Jean Moulin Lyon 3, 2012, pp. 46-54.

²⁸ Pour une analyse approfondie des droits de tout accusé devant la CPI, voir ESSOMBA (S. T.), *La protection des droits de l'accusé devant la Cour pénale internationale*, Paris, L'Harmattan, 2012, 658 p. Voir aussi l'opinion individuelle du juge Adrian FULFORD annexée à l'arrêt du 14 mars 2012, para. 20.

²⁹ Chambre de première instance I, ICC-01/04-01/06-2904 du 7 août 2012.

forme. Les enjeux de cette affaire sont importants pour l'avenir, elle témoigne de la capacité de la Cour à mener de tels procès leur terme, mais surtout à garantir un procès équitable quelle que soit la gravité des crimes dont sont accusés les prévenus. L'enracinement de la foi des États et surtout des peuples en la justice pénale internationale est tributaire de l'impartialité de la Cour. L'avenir de la justice pénale internationale en dépend. Il n'y a pas de doute que l'aboutissement de ce procès est une victoire non seulement pour la Cour pénale internationale qui en tire symboliquement une certaine crédibilité, mais aussi pour la justice pénale internationale dans sa lutte contre l'impunité des violations graves du droit international humanitaire et des droits de l'homme. Toutefois, des critiques souvent pertinentes contre l'inaction de la Cour à l'égard des criminels ressortissants des pays les plus puissants animent le débat³⁰ sur sa capacité à rendre justice à tous et pour tous.

³⁰ GARAPON (A.), *Des crimes qu'on ne peut ni punir, ni pardonner pour une justice internationale*, Paris, Ed. Odile Jacob, 2002, pp. 78 et s., DANGNOSSI (I.), *L'efficacité de l'action de la Cour pénale internationale dans la répression des crimes internationaux commis dans les conflits armés en Afrique*, Mémoire Master II recherche, Université Jean Moulin Lyon 3, 2012, pp. 79-111 ; SIDIKI (K.), *La justice universelle en question : justice de blancs contre les autres ?*, Paris, L'Harmattan, 2010, 298 p.

L'Affaire *Hirsi Jamaa c. Italie*¹ jugée par la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme², intervient au moment où la question de l'immigration clandestine en mer est plus que jamais d'actualité, spécialement en mer Méditerranée. La question du droit applicable aux migrants en mer est l'une des plus épineuses du droit de la mer contemporain. Le Protocole de Palerme de 2005 prévoit un cadre général d'intervention, fondé sur le consentement de l'Etat du pavillon, mais peine à envisager les cas les plus fréquents de situations de détresse ou de navires sans pavillon. De nombreuses inconnues subsistent également quant aux suites à donner aux éventuelles interventions en mer et quant au sort des migrants, en particulier en haute mer, alors qu'ils n'ont traversé aucune frontière internationale.

Le flou juridique sur les droits et les obligations internationales des Etats en mer en matière d'immigration clandestine est l'origine de nombreuses catastrophes humaines comme celle, bien connue, du *Tampa*³. Bien plus récemment, l'on notera l'épopée, particulièrement effrayante, d'une embarcation qui a quitté Tripoli avec 72 personnes à bord et qui, au bout de deux semaines en mer, s'est échouée sur les côtes libyennes avec seulement neuf survivants. Et ce, sans que personne ne vienne leur secourir, alors même que des signaux de détresse avaient été enregistrés par le Centre italien de l'OTAN⁴. Dans le même sens, le Comité contre la torture des Nations unies a condamné l'Espagne pour violation de l'article 16 de la

Convention contre la torture, suite à la mort d'un jeune Soudanais. Dans la nuit du 25 au 26 septembre 2007, des agents de la Guardia Civil ont intercepté une embarcation de fortune au large de Ceuta. Les agents ont accompagné les migrants dans les eaux territoriales marocaines avant de crever leurs gilets de sauvetage et de leur demander de rejoindre la côte libyenne. Un jeune Soudanais de 29 ans, Lauding Sonko, n'a pas réussi à rejoindre le bord et est mort noyé⁵. Les affaires se succèdent et font l'objet d'un drame humain qui ne fait que s'amplifier dans le flou du droit.

L'Affaire *Hirsi Jamaa* portait précisément sur l'interception en mer, par les autorités italiennes, de plus de deux cent migrants qui avaient quitté la Libye à bord de trois embarcations dans le but de rejoindre les côtes italiennes. Le 6 mai 2009, alors que les embarcations se trouvaient trente-cinq milles marins au sud de Lampedusa, dans la « zone maritime de recherche et de sauvetage »⁶ relevant de la compétence de Malte, ils avaient été approchés par trois navires de la garde des finances et des garde-côtes italiens. Les navires de guerre italiens ont procédé à l'interception des embarcations, les migrants ont été transférés sur les navires militaires italiens et reconduits à Tripoli, sans avoir été informés de leur véritable destination et sans qu'aucune procédure d'identification n'ait été effectuée.

La Cour européenne retient la responsabilité internationale de l'Italie, pour avoir éloigné des migrants sans égard préalable de leur situation personnelle vers une destination où ils risquaient des mauvais traitements, en faisant une application extraterritoriale, en haute mer, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de ses Protocoles (I). Ce faisant, elle contribue à clarifier le très obscur régime juridique des migrants irréguliers en mer (II).

I. C

L'Italie alléguait devant la Grande Chambre que les faits suscités tant d'roulés en haute mer, les requérants n'étaient pas placés sous sa juridiction au regard de l'article 1 de la Convention européenne, la rendant ici inapplicable. Certes, la Cour a déjà admis que des faits commis en dehors du territoire d'un Etat membre⁷, compris en haute mer, étaient susceptibles de relever de la juridiction de l'Etat Partie à la Convention, mais elle fait remarquer qu'il s'agissait d'opérations de police, à l'instar des affaires *Rigopoulos*⁸ ou *Medvedyev*⁹. Selon l'Etat défendeur, il n'était pas question, en l'espèce, de exercer une quelconque compétence de police mais simplement de procéder à une opération de sauvetage, obligation découlant de l'article 98 de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer. Dès lors, les requérants

(*) L'auteur est Docteur en droit, chercheur au Centre de droit international. Chargé de cours à l'Université catholique de Louvain, courriel : kiara.neri@univ-lon3.fr

¹ CEDH, *Affaire Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, 23 février 2012, Requête no 27765/09.

² L'affaire avait originellement été attribuée à la deuxième section de la Cour, mais elle s'est dessaisie au profit de la Grande Chambre conformément aux articles 30 de la Convention et 72 du Règlement intérieur.

³ Le 26 août 2001, la demande des garde-côtes australiens, un cargo norvégien, le *Tampa*, porte secours à un navire en graves difficultés se trouvant dans les eaux internationales et transportant 438 migrants, pour la plupart d'origine afghane. Le *Tampa* fit route vers Christmas Island, territoire australien et port le plus proche. Le gouvernement australien refusa au *Tampa* la permission de débarquer et ordonna au *Tampa* de quitter ses eaux territoriales. Le *Tampa* entra néanmoins dans les eaux territoriales australiennes en raison de la situation sanitaire à bord et de l'état de santé de plusieurs passagers et lança un signal de détresse. L'armée australienne prit le contrôle du *Tampa* afin d'empêcher l'entrée des migrants sur l'île. L'affaire trouva son dénouement le 1er septembre quand la Nouvelle-Zélande et Nauru acceptèrent de se charger d'accueillir elle-même le bien-fondé des demandes d'asile. Voir ICART (J.-C.), *L'Odysse du Tampa*. Analyse d'un cas emblématique dans la conjoncture du 11 septembre, atelier du C.R.I.E.C. du 2 octobre 2002, Université du Québec à Montréal, http://www.criec.uqam.ca/Page/Document/textes_en_lignes/od_ssee.pdf

⁴ Voir le Rapport de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Vies perdues en Méditerranée: qui est responsable?*, Rapport de la Commission des migrations, des réfugiés et des personnes déplacées Rapporteur: Mme Tineke STRIK, Pays-Bas, Groupe socialiste, 29 mars 2012.

⁵ CAT, *Comision Espanola de Ayudo al Refugiado c. Espagne*, février 2012.

⁶ Ou (zone de responsabilité SAR).

⁷ Voir par exemple, CEDH, *Ilașcu et autres c. Moldovie et Russie*, 8 juillet 2004, req. no 48787/99.

⁸ CEDH, *Rigopoulos c. Espagne*, 2 janvier 1999, req. no 37388/97.

⁹ CEDH, *Medvedyev c. France*, 29 mars 2010, n° 3394/03.

ne taient pas placés sous le contrôle absolu et exclusif des militaires italiens¹⁰.

Au contraire, pour la Cour européenne, et conformément à une jurisprudence bien établie, [dès l'instant où un Etat, par le biais de ses agents opérant hors de son territoire, exerce son contrôle et son autorité sur un individu, et par voie de conséquence sa juridiction, pèse sur lui en vertu de l'article 1 une obligation de reconnaître à celui-ci les droits et libertés définis au titre I de la Convention qui concernent son cas¹¹. En l'occurrence, les juges se fondent sur le droit de la mer pour considérer qu'un navire en haute mer se trouve sous la juridiction exclusive de l'Etat du pavillon. Les navires étaient des navires gouvernementaux italiens, dès lors, partir du moment où ils sont montés à bord des navires des forces armées italiennes et jusqu'à leur remise aux autorités libyennes, les requérants se sont trouvés sous le contrôle continu et exclusif, tant de jure que de facto, des autorités italiennes.

Les articles 3, 13 et 4 du Protocole 4 (4P4)¹² invoqués par les requérants vont alors revêtir une portée territoriale.

Par ailleurs, la Cour condamne la politique italienne de dénationalisation en matière d'immigration clandestine. L'Italie avait en effet agi au titre d'accords bilatéraux conclus avec la Libye et entrés en vigueur le 4 février 2009. Dans ce cadre, du 6 au 10 mai 2009, plus de 471 migrants clandestins avaient été interceptés en haute mer et transférés vers la Libye conformément auxdits accords bilatéraux, ce qui constituait, selon les autorités italiennes un moyen très efficace de lutter contre l'immigration clandestine¹³. Cette pratique, déjà condamnée par le Comité pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du Conseil de l'Europe¹⁴, est censurée par la Cour européenne. Elle constate que le transfert des requérants vers la Libye a été exécuté en l'absence de toute forme d'examen de la situation individuelle de chaque requérant et viole ainsi l'article 4 du Protocole 4¹⁵.

II. Conclusion

La Cour européenne apporte, grâce à cette affaire, deux séries de clarifications sur les obligations qui pèsent sur les Etats luttant contre l'immigration clandestine en mer.

Tout d'abord, la Cour tend au migrants interceptés en haute mer sa jurisprudence relative à l'éloignement des étrangers initiée dans l'affaire *Soering*¹⁶. En effet, les Etats membres du Conseil de l'Europe ne peuvent, sans violer la

¹⁰ 64 et s. de l'arrêt.

¹¹ 74.

¹² Protocole n 4 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, adopté le 19 septembre 1963 et entré en vigueur le 2 mai 1968.

¹³ Selon l'Italie ladite politique d'interception des organisations criminelles liées au trafic illicite et à la traite des personnes, contribuait à sauver des vies en mer et réduisait sensiblement les débarquements de clandestins sur les côtes italiennes, d'abordements qui en mai 2009 avaient été cinq fois moins nombreux qu'en mai 2008.

¹⁴ Il a estimé que la politique de l'Italie consistant à intercepter des migrants en mer et à les contraindre à retourner en Libye ou dans d'autres pays non européens constituait une violation du principe de non-refoulement, rapport, rendu public le 28 avril 2010.

¹⁵ 186.

¹⁶ CEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, req. n° 14038/88.

Convention, transférer des migrants interceptés ou secourus en mer, un Etat où ils risquent des traitements contraires à l'article 3. Et ce même s'ils agissent en vertu de Conventions internationales de coopération dans la lutte contre l'immigration clandestine. Par ailleurs, la Cour va plus loin dans cette affaire en condamnant l'Italie non seulement pour avoir confié les migrants à la Libye, où ils risquaient des mauvais traitements, mais également parce que ce faisant ils se posaient les requérants une épreuve de la Libye vers l'Érythrée et la Somalie, où ils risquaient également des traitements contraires à l'article 3. Ainsi, par une procédure de double ricochet, la Cour ouvre la brèche à la sanction des éloignements d'étrangers vers un pays où les garanties sembleraient réunies, s'il est probable, en vertu de la politique de cet Etat, qu'ils seront par la suite traduits vers un Etat où ils risquent des traitements contraires à l'article 3. L'on pourrait alors se demander si la Cour ne fait pas peser ici un fardeau excessif sur les Etats du Conseil de l'Europe.

En second lieu, la Cour met à la charge des Etats Parties l'obligation procédurale de procéder à l'examen individuel de la situation de chaque passager en cas d'interception en haute mer de migrants irréguliers, mais également dans le cadre d'une opération de sauvetage. Dans le cas contraire, l'éloignement des migrants sera qualifié d'épreuve collective d'étrangers et tombera sous le coup de l'interdiction de l'article 4P4. Elle peut également, selon le Haut-commissariat aux réfugiés, être qualifiée de refoulement au sens de la Convention de Genève sur les réfugiés de 1951 et engager la responsabilité internationale de l'Etat¹⁷.

Dans le même sens, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a également reconnu l'importance de ces garanties procédurales dans l'affaire *The Haitian Center for Human Rights et al. v. United States*¹⁸. Elle condamne les Etats-Unis pour avoir renvoyés des migrants haïtiens interceptés en haute mer, sans avoir procédé à une détermination ad quate de leur statut ni les avoir entendus au préalable afin de vérifier s'ils pouvaient prétendre au statut de réfugiés¹⁹. La clarification de ces obligations à la charge des Etats permet également d'éviter qu'ils ne se rangent derrière l'obligation d'assistance pour se décharger de leurs obligations au regard du droit des réfugiés et du droit international des droits de l'homme.

Cet arrêt de la Cour européenne constitue alors une source inestimable de précision du droit applicable, mais également une avancée importante dans la protection des droits des migrants irréguliers en route vers l'Europe²⁰. Il vient alors compléter les précédentes décisions des juges de Strasbourg en la matière telles que le fameux arrêt *MSS contre Grèce et Belgique*²¹.

¹⁷ 27, p. 10.

¹⁸ Commission interaméricaine des droits de l'homme, affaire n° 10 675, Rapport no 51/96, 163.

¹⁹ Cette décision serait d'autant plus importante qu'elle contredirait la position prise précédemment par la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Sale v. Haitian Centers Council* (113 S.Ct, 2549, 1993).

²⁰ Voir également LENZERINI (F.), Il principio del non-refoulement dopo la sentenza a Hirsi della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Rivista di diritto internazionale*, 2012, pp.721-761.

²¹ CEDH, *MSS contre Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011, req. n° 30696/09.

