

Référence:

**GUELDICH (H.)**, "La future Cour africaine de justice et des droits de l'Homme: de la pertinence normative aux considérations pratiques", in HARELIMANA (J-B) et MAIA (Ch.), (dir.), *20 ans du Statut de la CPI: l'œuvre africaine dans la pénalisation du droit international*, Colloque international de l'Académie africaine de la pratique du Droit international, Maison de l'Unesco, Paris, 10 décembre 2018, en cours de publication.

## **LA FUTURE COUR AFRICAINE DE JUSTICE ET DES DROITS DE L'HOMME: DE LA PERTINENCE NORMATIVE AUX CONSIDERATIONS PRATIQUES**

**Hajer GUELDICH**

*Professeure agrégée en droit public à l'Université de Carthage (Faculté des sciences  
juridiques, politiques et sociales de Tunis) et membre élue de la Commission de  
l'Union africaine pour le Droit international (CUADI)*

### *RESUME*

Parmi les conséquences de l'hostilité des pays africains à l'égard de la Cour pénale internationale, la non-coopération avec la Cour, la menace d'un retrait massif du Statut de Rome et la recherche d'un palliatif à la justice de la CPI.

En effet, et au cours du Sommet de janvier 2015, quelques pays membres de l'Union Africaine ont solennellement manifesté leur désir de créer une Cour africaine de justice et des droits de l'Homme et lui ajouter une compétence pénale.

À cet effet, les États membres de l'UA ont adopté un nouveau protocole en 2008 à Shem El Cheikh qui est le Protocole relatif au Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'Homme (Protocole de 2008 ou «Protocole relatif à la fusion») afin d'élargir les compétences de la Cour africaine et intégrer les crimes internationaux graves dans son système pénal. Le Protocole de 2008 n'est pas encore entré en vigueur. Malgré cela, on adopte un troisième Protocole en 2014 à Malabo (Protocole d'amendement du Protocole de 2008). Ce Protocole de Malabo de 2014 n'est pas non plus entré en vigueur.

Néanmoins, cela constitue, à notre sens, un danger à l'universalité de la justice pénale internationale en matière de crimes de masse, étant donné que l'article 46 A bis- de ce Protocole confère «une immunité aux Chefs d'État durant la totalité de leur mandat, y compris pour des chefs d'inculpations de génocide, de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, ainsi qu'à tout autre haut représentant de l'État». C'est donc sur la base de cet article 46 A bis du Protocole portant Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme qu'il sera permis, non seulement aux Chefs d'État et de gouvernement en exercice, mais également à tout autre haut responsable, sur la base de leurs fonctions et pendant la durée de leur mandat, qu'aucune charge ne puisse être retenue ou

maintenue contre eux devant cette Cour. Cette décision est incompatible avec l'article 27 du Statut de Rome, qui prévoit le défaut de pertinence de la qualité officielle devant la CPI, en cas de commission de crimes de masse.

Par conséquent, nous pouvons affirmer que, dans un contexte international marqué par la lutte contre l'impunité, cette position de l'Union africaine de mettre entre parenthèses la compétence de la CPI (en matière de crimes contre l'humanité, de crimes de guerre, du crime de génocide et du crime d'agression), reste controversée. Et même si elle trouve son fondement dans les choix politiques et géostratégiques des Etats membres de l'Union africaine (d'ailleurs fondement très peu convainquant), il reste que sur le plan moral et éthique, cela revient à bloquer la compétence de la CPI pour les crimes les plus cruels, tout en se cachant derrière un soi-disant penchant sélectif de la part de la Cour. Or, la justice pénale internationale est par essence universelle et s'applique à tous de la même manière. Cette réaction communautariste de la part des Etats africains (si elle sera effective et si elle entrera en vigueur) modifiera sérieusement le schéma fondateur d'une justice pénale internationale dont la construction fut très longue, très difficile et pleine d'embûches.

Nul n'ignore la place primordiale des organes judiciaires au sein des instances internationales et le rôle indéniable que jouent ces dernières dans l'affermissement et l'effectivité du système juridique et institutionnel de toute organisation régionale. C'est aussi le cas pour l'Union africaine. La création d'une Cour de justice africaine représente, alors, un progrès substantiel, dans la mesure où les Etats membres de l'ancienne OUA éprouvaient beaucoup de difficultés à régler leurs différends devant une juridiction internationale, préférant un règlement par consensus ou par médiation politique.

La Cour africaine de justice est créée par l'Acte constitutif de l'Union africaine pour résoudre les problèmes d'interprétation des traités de l'Union. Ainsi, l'Acte constitutif de l'UA avait préconisé la mise en place d'une Cour africaine de justice faisant partie des principaux organes de l'UA. Le Protocole relatif à la Cour africaine de justice, adopté en juillet 2003, est entré en vigueur en février 2009, soit 30 jours après sa ratification par 15 Etats membres<sup>1</sup>. Mais cette cour n'a jamais vu le jour jusqu'à maintenant.

Pour remonter à l'historique et à la genèse de cette future Cour africaine de justice et des droits de l'Homme, il faut dire que le projet en lui-même n'est pas récent. Il a été émis pour la première fois au début des années 1980, lors de l'élaboration de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples. Le passage de l'Organisation de l'unité africaine à l'Union africaine en 2002 a amené cette dernière à revoir le mode de fonctionnement de ses organes et envisager la Cour unique, compétente pour juger les auteurs de crimes de droit international.

---

<sup>1</sup> A ce jour, 44 Etats membres avaient signé le Protocole et 18 l'avaient ratifié. Cependant, la Cour n'a jamais vu le jour .

Le Président du Nigéria va actualiser le projet en juillet 2004<sup>2</sup>, à l'occasion des débats à la Conférence de l'Union africaine<sup>3</sup>. Mais, les événements politiques au début des années 2008, qui ont vu la mise en accusation du Président soudanais Omar El Bachir par la CPI, vont amener l'UA à une accélération de création d'une Cour unique avec des compétences élargies aux crimes de droit international.

À sa session de juillet 2008, la Conférence de l'UA a décidé de fusionner la Cour africaine de justice et la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples<sup>4</sup> pour former la Cour africaine de justice et des droits de l'Homme. La Conférence a adopté le Protocole de 2008 sur les statuts de la Cour africaine de justice et des droits de l'Homme pour fusionner les deux cours<sup>5</sup>. Par conséquent, le Protocole de 2008 a remplacé le Protocole de 1998 portant création d'une Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples ainsi que le Protocole de 2003 instituant la Cour africaine de justice. Néanmoins, le Protocole de 1998 reste provisoirement en vigueur, afin de permettre à la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples qui était opérationnelle avant l'adoption du Protocole de 2008 de transférer ses prérogatives à la Cour africaine de justice et des droits de l'Homme lorsque celle-ci prendra ses fonctions<sup>6</sup>.

Entre temps, au travers d'une série de décisions prises à partir de janvier 2009, le Sommet de l'UA a instruit la Commission de l'Union africaine d'étudier, de concert avec la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples et la Commission de l'Union

---

<sup>2</sup> Cf. Décision sur les sièges de l'Union, 3<sup>ème</sup> session ordinaire de la Conférence de l'Union africaine, 6-8 juillet 2004, Addis-Abeba (Éthiopie), Assembly/AU/Dec 45 (III).

Rapport sur la décision de la Conférence de l'Union africaine de fusionner la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples avec la Cour de justice de l'Union africaine, Conseil exécutif, sixième session ordinaire, 24-28 janvier 2005, Abuja, Nigeria, EX.CL/162, p. 1-2.

<sup>3</sup> Rapport sur la décision de la Conférence de l'Union africaine de fusionner la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples avec la Cour de justice de l'Union africaine, Conseil exécutif, sixième session ordinaire, 24-28 janvier 2005, Abuja, Nigeria, EX.CL/162, p. 1-2.

<sup>4</sup> La Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples a été créée en vertu de l'article 1er du Protocole relatif à la Charte des droits de l'Homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples, qui a été adopté en juin 1998 par les Etats membres de l'OUA à Ouagadougou au Burkina Faso. Le Protocole est entré en vigueur le 25 janvier 2004, soit 30 jours après sa ratification par 15 Etats membres .

Les premiers juges ont été élus en janvier 2006 à Khartoum au Soudan et ont prêté serment devant la Conférence de l'UA le 2 juillet 2006 à Banjul en Gambie. La Cour a, officiellement, pris ses fonctions à Addis-Abeba en Ethiopie en novembre 2006. En août 2007, son siège a été transféré à Arusha en Tanzanie.

<sup>5</sup> Lors du Sommet de 2008, au regard des tensions existantes entre l'UA et la Cour pénale internationale, le protocole sur le Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme a été modifié. La Cour africaine de justice et des droits de l'Homme est prévue par le protocole portant Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme, adopté le 1er juillet 2008 par la 11e Session ordinaire de la Conférence de l'UA. Ce dernier n'est pas encore entré en vigueur car il n'a pas bénéficié du nombre minimum de ratification par les États membres, puisqu'il faut 15 ratifications. Or sur 30 signatures, seuls 5 États ont ratifié ce Protocole (Bénin, Burkina-Faso, Congo, Kenya, Mali).

<sup>6</sup> Le passage à la nouvelle Cour commencera après la ratification du Protocole de 2008 relatif aux statuts de la Cour africaine de justice et des droits de l'Homme par 15 Etats membres. Au mois de décembre, 30 Etats membres avaient signé le Protocole de 2008 et 6 l'avaient ratifié.

africaine des droits de l'Homme, la possibilité d'élargir les compétences de la Cour africaine pour intégrer les crimes internationaux graves dans son système pénal.

Il convient de signaler, à cet égard, qu'après des années de discussions et travaux en commission, le projet de Protocole a été déposé pour adoption en juillet 2012, lors de la 19<sup>e</sup> session ordinaire de la Conférence de l'Union africaine<sup>7</sup>. Mais dans ce projet, aucune disposition ne faisait référence à l'octroi d'une immunité aux Chefs d'Etats en exercice, encore moins aux membres de gouvernement. Plutôt que d'adopter le projet, la Conférence va charger la Commission de l'Union africaine et la Cour africaine des droits humains d'une autre tâche: celle de préparer une étude sur les incidences financières et structurelles de l'élargissement de la compétence de la CAJDH et proposer une définition du crime relatif au changement anticonstitutionnel de gouvernement<sup>8</sup>. Mais pendant que se déroule le processus de la création d'une Cour africaine unique avec des compétences élargies aux crimes de droit international, les relations entre la Cour pénale internationale et l'Union africaine deviennent de plus en plus tendues et vont influencer tout le processus de création.

C'est ainsi que la réunion ministérielle de l'UA des Comités techniques spécialisés (CTS) sur la justice et les affaires juridiques<sup>9</sup> qui se tenait du 15 au 16 mai 2014 à Addis-Abeba a donné l'occasion aux Etats africains d'aller plus loin. À cette occasion, une nouvelle disposition visant à protéger les Chefs d'Etat et de gouvernement en exercice de toute poursuite pénale a été proposée, par le conseiller juridique de l'UA, pour incorporation au discours d'ouverture<sup>10</sup>. L'adoption des amendements au Protocole de 2008 devenait alors un impératif pour les Chefs d'Etats africains.

Finalement en juin 2014, lors de la 23<sup>e</sup> session ordinaire de la Conférence de l'UA qui s'est tenue à Malabo (Guinée équatoriale), le processus sera achevé avec l'adoption du Protocole portant amendement du protocole portant création de la Cour africaine justice et des droits de

---

<sup>7</sup> Décision concernant le Protocole portant amendements au Protocole relatif au statut de la Cour africaine de justice et des droits humains, Assembly/AU/Dec.427(XIX), § 2.

<sup>8</sup> Rapport sur l'atelier sur la définition du crime relatif au changement anticonstitutionnel de gouvernement et des incidences financières et structurelles, AfCHPR/LEGAL/Doc.3, § 12.

<sup>9</sup> Cette réunion avait pour objet principal la définition du crime relatif au changement anticonstitutionnel de gouvernement qui est restée en suspens depuis 2012.

<sup>10</sup> Amnesty International, 2016, *Le Protocole de Malabo, incidences juridiques et institutionnelles de la Cour Africaine issue d'une fusion et à compétence élargie*, pp. 10-12.

l'Homme (Protocole de Malabo)<sup>11</sup>. Ce protocole d'amendement n'est pas entré en vigueur non plus<sup>12</sup>.

Une question cruciale se pose lors: quel genre de coopération va-t-il y avoir entre cette future Cour et la Cour pénale internationale? S'agit-il de l'émergence d'un véritable système pénal régional de type communautaire? et quelles sont les répercussions de l'émergence de ce système sur la justice pénale internationale dans son ensemble, notamment eu égard de la contradiction flagrante entre l'article 46 A bis du Protocole de Malabo et l'article 27 du statut de la Cour pénale internationale, en ce qui concerne la question de l'immunité des Chefs d'Etat en exercice?

A vrai dire, nul n'ignore que le continent africain a ses propres spécificités, ses propres problèmes et ses propres défis, notamment en matière de justice pénale régionale. Dans ce cadre, notre article sera axé sur les avancées de la création de cette nouvelle juridiction vis-à-vis de la justice pénale internationale dans son ensemble (I), mais aussi sur les points cruciaux qui en découlent, arguant des difficultés pratiques de mise en œuvre effective de cette nouvelle Cour (II).

## **I. IMPACT DE LA REFORME DE LA FUTURE COUR AFRICAINE DE JUSTICE ET DES DROITS DE L'HOMME SUR LA JUSTICE PENALE INTERNATIONALE:**

D'emblée, il convient de rappeler que la future Cour africaine de justice et des droits de l'Homme sera le résultat d'une fusion, sur le plan formel, de la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples<sup>13</sup> et de la Cour de Justice de l'Union africaine<sup>14</sup>. Par ailleurs et en vertu du Protocole de Sharm-El-Sheikh adopté en juillet 2008<sup>15</sup>, les deux Cours fusionnées sont devenues deux Sections, à savoir : 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'Union africaine, non encore opérationnelle) et la Section des

---

<sup>11</sup> Le Kenya est le premier État à signer le Protocole de Malabo le 27 janvier 2015. Le Président du Kenya était même très actif diplomatiquement et militait en faveur de la ratification du Protocole de Malabo par les autres Etats membres de l'Union africaine.

<sup>12</sup> 15 ratifications sont nécessaires pour l'entrée en vigueur du Protocole de Malabo. A ce jour, seuls 11 Etats ont signé le Protocole (Ouganda, Sao Tomé, Sierra Leone, Mauritanie, Kenya, Guinée-Bissau, Ghana, Congo, Comores, Tchad, Benin). Aucun État ne l'a encore ratifié.

<sup>13</sup> établie en 1998 par le Protocole de Ouagadougou, entrée en vigueur en 2004.

<sup>14</sup> dont le Statut a été adopté par le Protocole de Maputo de 2003.

<sup>15</sup> Protocole qui n'est pas encore entré en vigueur, ayant été ratifié à ce jour par seulement 3 Etats (Burkina Faso, Libye et Mali), sur les 15 ratifications requises pour son entrée en vigueur.

droits de l'Homme et des peuples (qui succèdera à la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples, déjà opérationnelle).

Dans cette première partie de notre analyse, un accent particulier sera mis sur les points avantageux de cette réforme, notamment une compétence élargie de la future Cour africaine (A), mais aussi sur les points les moins avantageux, notamment la question de l'immunité des Chefs d'Etats africains en exercice contraire à l'esprit même de la justice pénale internationale (B).

### **A. Les compétences élargies de la future Cour africaine de justice et des droits de l'Homme**

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'Union africaine a adopté, en juin 2014 à Malabo, le Protocole sur les amendements du Protocole relatif au Statut de cette Cour, afin d'élargir le mandat de celle-ci aux affaires de droit international pénal. A cet égard, une section de droit international pénal sera créée. Elle s'ajoute aux deux autres sections: celle des affaires générales et celle des droits de l'Homme et des peuples.

La structure de la future Cour africaine de justice et des droits de l'Homme comporte une chambre d'examen préliminaire, une chambre de première instance et une chambre d'appel, en plus du bureau du procureur. Ils 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 des trois sections de la Cour.

Autrement dit, le Protocole de 2008 prévoit la mise en place d'une nouvelle Cour à trois compétences: une compétence dans le domaine des droits de l'Homme et des peuples (transférée de l'actuelle Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples, une compétence en matière d'«affaires générales» (transférée du «Protocole de fusion»)<sup>16</sup>, et une nouvelle compétence en matière pénale internationale<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> L'article 28 des statuts de la Cour africaine de justice et des droits de l'Homme, annexés au Protocole de 2008, stipule que la Cour a compétence pour connaître de toute affaire ou différend d'ordre juridique relatif notamment à l'interprétation et à l'application de l'Acte constitutif de l'UA, aux traités de l'Union, à tous les instruments juridiques dérivés, à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples, à la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, au Protocole à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples relatif aux droits

En juin 2014, la Conférence a adopté un nouveau protocole : le Protocole relatif aux amendements au Protocole sur les statuts de la Cour africaine de justice et des droits de l'Homme.

Une fois la Cour africaine de justice et des droits de l'Homme mise en place, le continent se dotera, ainsi, d'un instrument important, non seulement pour la protection des droits de l'Homme mais aussi pour l'administration d'une justice panafricaine indépendante et ce, dans l'objectif de la construction de l'Etat de droit et la consolidation de la démocratie.

Ceci étant précisé, il est important de souligner que la future Cour africaine de justice et des droits de l'Homme sera compétente pour connaître d'une quinzaine de crimes internationaux. Il s'agit du génocide, des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre, du crime de changement anticonstitutionnel de gouvernement, du crime de la piraterie, du crime de terrorisme, du mercenariat, de la corruption, du blanchiment d'argent, de la traite d'êtres humains, du trafic de stupéfiants, du trafic de déchets dangereux, de l'exploitation illégale des ressources naturelles et du crime d'agression<sup>18</sup>.

A les examiner de plus près, il convient de dire que, *ratione materie*, en plus des crimes à 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 notamment 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

---

des femmes en Afrique (Protocole de Maputo), à tout autre traité sur les droits de l'Homme auquel l'Etat concerné fait partie, et à toute question de droit international.

<sup>17</sup> Cf. MUBIALA (M.), «L'élargissement du mandat de la Cour africaine de Justice et des droits de l'Homme aux affaires de droit international pénal », *RIDP*, vol. 85, 2014, pp. 749-758.

<sup>18</sup> Tous ces crimes sont consacrés respectivement à l'article 28 A, alinéas 1, 2, 3, 5 et 14 du Protocole de Malabo.

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 15ème instrument de ratification.

*Ratione personae*, la future Cour sera compétente pour juger l'individu, personne physique, qui est personnellement tenue 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).

A cet égard, il convient de préciser que la compétence pénale de cette Cour compléterait les compétences nationales et ne serait utilisée que si les États membres qui ont ratifié l'instrument juridique établissant la compétence pénale n'ont vraiment pas la capacité ou la volonté d'exercer leur compétence à l'égard d'individus coupables de tout crime relevant de la Cour.

## **B. L'immunité des Chefs d'Etats africains en exercice: un véritable recul par rapport aux standards de la justice pénale internationale**

A voir de plus près le Protocole de Malabo de 2014, qui n'est toujours pas entré en vigueur, on peut constater que l'article 46 A bis<sup>19</sup> - a conféré «*une immunité aux Chefs d'État durant la totalité de leur mandat, y compris pour des chefs d'inculpations de génocide, de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, ainsi qu'à tout autre haut représentant de l'État*».

---

<sup>19</sup> L'article 46 A bis, que certains analystes qualifient de « clause d'impunité » aborde la question de la compétence de la Cour, en disposant qu' : « *Aucune procédure pénale n'est engagée ni poursuivie contre un Chef d'État ou de gouvernement de l'UA en fonction, ou toute personne agissant ou habilitée à agir en cette qualité ou tout autre haut Responsable public en raison de ses fonctions* ».



C'est donc sur la base de cet article 46 A bis du Protocole portant Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'Homme qu'il sera permis, non seulement aux Chefs d'État ou de gouvernement en exercice, mais également à tout autre haut responsable, sur la base de leurs fonctions et pendant la durée de leur mandat, qu'aucune charge ne puisse être retenue ou maintenue contre eux devant cette Cour.

Pourtant, en décidant d'accorder l'immunité aux dirigeants et hauts responsables en exercice pour toute implication dans des crimes internationaux, les Chefs d'État et de gouvernement de l'Union africaine ont pris une décision incompatible avec l'article 27 du Statut de Rome, qui prévoit le défaut de pertinence de la qualité officielle devant la CPI<sup>20</sup>. Cet article est même contraire à l'article 4 (o) de l'Acte constitutif de l'Union africaine qui rejette l'impunité et qui précise que parmi les principes de l'Union, figure le "*Respect du caractère sacro-saint de la vie humaine et condamnation et rejet de l'impunité, des assassinats politiques, des actes de terrorisme et des activités subversives*".

Il est indéniable que cette disposition est controversée car elle reste contraire aux principes et objectifs que s'est fixée l'Union africaine dans son texte constitutif. De surcroît, elle est contraire aux principes coutumiers liant les Etats africains eux mêmes<sup>21</sup>.

Certains vont même jusqu'à considérer qu' "*au-delà du fait que l'article 46 A bis du protocole porte gravement atteinte à l'intégrité de la Cour africaine, il révèle l'intention de la Conférence de l'UA d'instaurer deux régimes juridiques applicables aux personnes selon les fonctions occupées. Manifestement, l'article révèle une intention d'instaurer une règle pour les personnes occupant des postes de pouvoir et une autre pour les populations. Dans la pratique, cette disposition aura pour conséquence d'empêcher tout simplement la CAJDH d'engager des poursuites à l'encontre d'un chef d'État en tant que commanditaire de crimes*

---

<sup>20</sup> L'article 27 du Statut de Rome relatif au « défaut de pertinence de la qualité officielle » dispose que : « 1. *Le présent Statut s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle. En particulier, la qualité officielle de Chef d'État ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent d'un État, n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale au regard du présent Statut, pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine.*

2. *Les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne ».*

<sup>21</sup> D'ailleurs le principe du défaut de la pertinence de la qualité officielle en cas de crimes graves et l'absence de l'immunité devant une juridiction internationale universelle ont été rappelés à l'occasion de l'affaire Charles Taylor devant le tribunal spécial pour la Sierraleone en 2004 (Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Procureur c. Charles Ghankay Taylor, Cas No. SCSL-2003-01-I, Chambre d'appel, Décision sur l'immunité de la juridiction du 31 mai 2004, § 52) et affirmés par la Cour internationale de justice à l'occasion du mandat d'arrêt contre Abdulaye Yerodia (C.I.J, arrêt du 14 février 2002, Mandat d'arrêt du 11 avril 2000) (République démocratique du Congo c. Belgique), Recueil 2002, p. 22, § 54.

*contre l'humanité ; tout en le faisant pour le subalterne ou l'exécutant, quand bien même ce dernier aurait reçu les ordres du premier*"<sup>22</sup>.

Par ailleurs, cette disposition (article 46 A bis) a retenu l'attention des médias et des ONG qui l'ont critiquée non pas d'un point de vue juridique, mais d'un point de vue moral, en spécifiant que c'est un «*immense pas en arrière*»<sup>23</sup>. Il s'agit de la disposition la plus controversée du Protocole de Malabo, une "clause de l'impunité" qui garantit clairement la non poursuite des Chefs d'Etats africains, en leur accordant un permis de tuer.

Si l'Union africaine se plaint du fait que seules des affaires africaines fassent l'objet de situations devant la CPI, on voit mal cette Cour africaine de justice et des droits de l'Homme réagir quand il s'agit de Chefs d'Etats en exercice, si l'article susmentionné (l'article 46 A bis du Protocole de 2014) sera maintenu. S'agit-il d'une tentative de verrouillage de la justice pénale universelle? S'agit-il d'un déni de justice délibéré au niveau de la juridiction régionale africaine?

A notre sens, cet article 46 A bis s'il sera maintenu est extrêmement dangereux et mettra définitivement les Chefs d'Etats africains à l'abri de toute poursuite pénale en matière de crimes de masse. D'ailleurs, l'Afrique aurait pu, grâce à l'extension de la compétence de la Cour africaine de justice et des droits de l'Homme, s'approprier la poursuite et le jugement de telles affaires.

Cette position reste très mitigée et encore discutée et contestée, même aujourd'hui. Ceci dit, *"les Chefs d'État et de gouvernement de l'Union africaine devraient refuser l'application de cette mesure, notamment en prévoyant, dans leur droit interne, le défaut de pertinence de la qualité officielle. Ils devraient montrer à leurs populations qu'ils refusent d'être considérés comme intouchables et hors-la-loi et qu'ils s'opposent au fait de commettre des crimes internationaux sans être sanctionnés, plutôt que de freiner toute avancée dans la lutte contre l'impunité en Afrique"*<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> KOUASSI (A-R), *La justiciabilité des Chefs d'Etat en exercice devant la Cour pénale internationale*, Thèse de doctorat en droit international, Université Grenoble Alpes, 2018, page 401.

<sup>23</sup> GUELDICH (H), « La Cour pénale internationale : une justice trébuchante », in Recueil d'études offert en l'honneur du Pr. Rafâa Ben Achour, *Mouvances du Droit*, Simfact, 2015, Tome III, pp.89-130.

<sup>24</sup> *Idem.* op. cit.

Bien entendu, cette œuvre est loin d'être achevée, notamment en raison des difficultés auxquelles elle peut être confrontée.

## **II- DIFFICULTES PRATIQUES DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA FUTURE COUR AFRICAINE DE JUSTICE ET DES DROITS DE L'HOMME:**

Bien qu'ils ne soient pas encore entré en vigueur, les Protocoles de Sharm-El-Cheikh de 2008 et de Malabo de 2014, présentent des difficultés de mise en œuvre réelles, à la fois d'ordre conceptuel (A) et pratique (B). En vertu de ces deux textes, la future Cour africaine unifiée sera investie d'une compétence originale et d'appel, y compris une compétence internationale pénale. De surcroît, la Cour a compétence pour connaître d'autres questions ou d'appels similaires qui lui sont référés dans tous autres accords que les Etats membres, les Communautés économiques régionales ou toutes autres organisations internationales reconnues par l'Union africaine pourraient conclure entre eux. Cette triple compétence très entendue semble très difficile à être réalisée.

### **A. Les difficultés d'ordre conceptuel:**

Sur le plan conceptuel, trois problèmes attirent notre attention.

Premièrement en ce qui concerne la dilution de la Cour de justice africaine dans une Cour plus générale. A notre avis, il est souhaitable que la nouvelle Cour de Justice ne soit pas diluée dans la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples qui n'a qu'une compétence spécialisée et des limites quant à l'exécution de ses décisions, alors que la nouvelle Cour de l'Union a une compétence générale, notamment dans l'interprétation du droit communautaire .

La réforme institutionnelle de l'Union africaine conçue par son excellence Paul Kagame, depuis 2016, et son équipe fait de cette future Cour la clé de voute de tout le système de justice régionale et continentale au niveau de l'Afrique. C'est ce qui nous pousse à affirmer que l'investissement de l'Union africaine dans un système régional de justice pénale n'est, par ailleurs, pas une avancée si l'impunité est garantie aux dirigeants en exercice en Afrique et si les Chefs des États d'Afrique veulent juste une Cour de justice qui fait écho aux dysfonctionnements des tribunaux nationaux composés de juges pas toujours indépendants et pas toujours impartiaux.

C'est la deuxième remarque que nous formulons, eu égard à cette contradiction entre l'article 46 A bis du Protocole de Malabo et l'article 27 du statut de la CPI. A y voir de plus près, nous pouvons dire que cette nouvelle institution judiciaire telle que conçue aujourd'hui, ne serait alors qu'un simple moyen d'échapper à la justice pénale internationale. Alors que cette institution judiciaire doit, tout au contraire, être en mesure de juger les Chefs des États d'Afrique, sans crainte ni favoritisme, ce qui est loin d'être acquis.

Par conséquent, nous pouvons affirmer que, dans un contexte international marqué par la lutte contre l'impunité, cette position de l'Union africaine de mettre entre parenthèses la compétence de la CPI (en matière de crimes contre l'humanité, de crimes de guerre, du crime de génocide et du crime d'agression), reste controversée<sup>25</sup>. Et même si elle trouve son fondement dans les choix politiques et géostratégiques des Etats membres de l'Union africaine (d'ailleurs fondement très peu convainquant), *"il reste que sur le plan moral et éthique, cela revient à bloquer la compétence de la CPI pour les crimes les plus cruels, tout en se cachant derrière un soi-disant penchant sélectif de la part de la Cour. Or la justice pénale internationale est par essence universelle et s'applique à tous de la même manière. Cette réaction communautariste de la part des Etats africains (si elle sera effective et si elle entrera en vigueur) modifiera sérieusement le schéma fondateur d'une justice pénale internationale dont la construction fut très longue, très difficile et pleine d'embuches"*<sup>26</sup>.

Ainsi et si une Cour africaine de justice et des droits de l'Homme dotée d'une compétence pénale viendrait à être créée, elle est censée aider les Etats africains à assumer pleinement leur responsabilité à l'égard des crimes internationaux les plus graves, en luttant contre l'impunité<sup>27</sup>. Peu importe si les Etats devraient confier cette responsabilité à une juridiction régionale. Pourvu que celle-ci ne constitue pas un instrument pour conforter l'impunité des crimes internationaux les plus graves. Dans ce cas, la Cour pénale internationale n'aurait

---

<sup>25</sup> Cf. notamment:

ANDREU-GUZMAN (F.), « Impunité et droit international : quelques réflexions historico-juridiques sur la lutte contre l'impunité », *Mouvements*, 2008, p. 54.

AYAT (M.), « Immunité des Chefs d'État en exercice et justice pénale internationale », in DOUCET (G.) (dir), *Livre noir- Terrorisme et responsabilité pénale internationale*, Paris, Calmann-lévy, 2002, pp.215-238.

BOURDON (W.), « Vers la fin de l'immunité des Chefs d'État en exercice ? », in *Livre noir - Terrorisme et responsabilité pénale internationale*, Paris 2002, éd. S.O.S. Attentats, pp. 347- 356.

KOBILA (J-M), « L'Afrique et les juridictions pénales internationales », in *Annuaire Français des relations internationales*, février 2012, pp. 1-59.

TACHOU-SIPOWO (A-G), « L'immunité de l'acte de fonction et la responsabilité pénale pour crimes internationaux des gouvernants en exercice », in *McGill Law Journal*, April 2011, Vol 56 n°3, pp. 629-672.

<sup>26</sup> GUELICH (H), « La Cour pénale internationale : une justice trébuchante », op. cit.

<sup>27</sup> D'ailleurs, cela a été bien rappelé par l'article 4 (o) de l'Acte constitutif de l'Union africaine.

d'autres choix que celui d'exercer sa compétence. Il en sera de même si, au lieu de trouver une alternative crédible à la Cour, les Etats africains se contentaient de dénoncer les faiblesses de celle-ci, tout en restant indifférents à l'égard des conflits internes qui secouent leur continent. Pour résoudre cette question d'interprétation des textes, à priori contradictoires, on peut opter pour une lecture large du principe de complémentarité, tel qu'établi par l'article 17 du statut de la CPI.

Ceci étant dit, et si les tribunaux nationaux ont compétence d'engager des poursuites et enquêter les crimes internationaux, la CPI n'intervient qu'à titre subsidiaire, en cas d'incapacité ou de manque de volonté pour un Etat d'agir. Peut on comprendre ce principe de complémentarité de façon large, jusqu'à y inclure à la fois le niveau national et régional?

Cette lecture permettra de combler une lacune juridique du statut de la CPI qui n'évoque pas le cas de la compétence pénale des juridictions internationales régionales et continentales (type future Cour africaine de justice et de droits de l'Homme avec sa chambre criminelle), contrairement à la future Cour africaine de justice et des droits de l'Homme qui introduit une justice intermédiaire entre le niveau national et le niveau universel. En effet l'article 46 H du Protocole de Malabo de 2014 dispose que: « *la juridiction de la Cour est complémentaire à celle des juridictions nationales et à celle des communautés économiques régionales quand cela est expressément prévu par lesdites communautés* ». Toutefois, le Protocole de Malabo, contrairement aux rapports entre l'instance pénale régionale africaine et les juridictions nationales ou communautaires, il ne comporte aucune disposition sur ses rapports avec la Cour pénale internationale. Faut-il sous-entendre de ce vide juridique une manœuvre des dirigeants africains, afin de détourner la CPI et faire de la future Cour africaine fusionnée une sorte de juridiction écran à la CPI?

En réalité, la création des cours régionales africaines impliquera la compétence prioritaire des tribunaux nationaux, éventuellement la compétence secondaire des cours communautaires, et en dernier ressort la compétence de la Cour pénale internationale, régionale ou universelle. Cela renvoie aux questions de la coopération des organes régionaux avec la Cour pénale internationale. Dans cette optique, le Protocole de Malabo n'est pas explicite. Tout au plus, l'article 46 L (3) prévoit que : « *La Cour a le droit de chercher à coopérer ou à se faire aider par les États non parties, les cours internationales et régionales et les partenaires de coopération de l'Union africaine et peut conclure des accords à cet effet* ».

Ainsi, cette interprétation extensive du principe de la complémentarité a pour conséquence de déclencher la compétence de la CPI, érigée et mise en place pour être le dernier rempart contre l'impunité, à l'égard des Hauts dirigeants africains en exercice soupçonnés d'être impliqués dans des crimes internationaux pour les poursuivre et les juger. C'est l'esprit même de la justice pénale internationale universelle, conçue pour lutter contre l'impunité et mettre fin aux violations graves du droit international. Ainsi et en faisant de la CPI une institution complémentaire aux juridictions régionales, on s'assure que sa compétence ne sera activée que si les instances nationale et régionales choisissent de ne pas intervenir, ou n'ont pas la capacité ou la volonté de le faire.

De surcroît, l'article 46 A bis soulève une autre énigme relative aux catégories des personnes auxquelles est accordée cette immunité. En effet, et outre les Chefs d'Etat en exercice, une autre catégorie emblématique réside justement dans l'imprécision de la notion de « *Haut responsable public* ». Cette expression pourrait donner lieu à tous les abus, au risque d'aboutir à son extension pour y associer des individus exerçant des fonctions sans lien avec la "*haute fonction publique*", uniquement dans le but de les soustraire à la justice pénale régionale. En fin de compte, il en ressort clairement que l'article 46 A bis risque d'accorder une immunité à des catégories de personnes non encore déterminées et qui n'en disposent pas, au regard du Statut de Rome, notamment au sein de l'article 27 où aucune exception n'est permise au principe de défaut de pertinence de la qualité officielle en cas de commission de crimes de masse.

Une troisième et dernière observation s'impose, eu égard à l'élargissement important de la compétence de cette nouvelle Cour, des chefs d'inculpation très divers et très étendus qui donneront un nouvel élan à la dynamique de la nouvelle justice pénale internationale mais qui posent encore des problèmes quant à leur définition. En effet, il est difficile de cerner et définir certains des crimes de cette liste de l'article 28, notamment en ce qui concerne le crime du terrorisme). S'y ajoutent d'autres défis d'ordre pratique quant à la mise en œuvre de cette justice régionale aux compétences étendues.

#### **B. Les difficultés d'ordre pratique:**

D'un point de vue procédural, le Protocole de 1998 portant création d'une Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples reste provisoirement en vigueur, afin de permettre à la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples qui était opérationnelle avant l'adoption du

Protocole de 2008 de transférer ses prérogatives, ressources, droits et obligations à la Cour africaine de justice et des droits de l'Homme lorsque celle-ci prendra ses fonctions.

Néanmoins, le projet de fusion des deux cours africaines (celle de justice et celle des droits de l'Homme et des peuples), en sus du large éventail des crimes pour lesquels la future Cour fusionnée sera compétente, avait suscité un certain nombre d'inquiétudes. Dans ce sens, on peut se demander si le fait qu'une seule juridiction, composée seulement par 16 juges<sup>28</sup>, soit compétente pour examiner des affaires aussi variées, n'aurait-il pas des incidences sur l'efficacité même de cette Cour ?

Pour être réaliste, nous rappelons qu'à priori, la nouvelle Cour au triple mandat n'est pas encore effective, étant donné que ni le Protocole de 2008, ni celui de 2014, ne sont encore entrés en vigueur. Selon le Professeur Maurice Kamga, *"En raison de l'incertitude des délais dans lesquels seront déposés les instruments de ratification pertinents, les observateurs, même les plus avertis, seraient dans l'incapacité totale de dire pendant combien de temps encore l'Organisation continentale sera ainsi privée de son organe judiciaire principal"*<sup>29</sup>. Ce dernier ne manqua pas d'évoquer les points positifs de ce projet de création d'une future juridiction au triple mandat. Néanmoins, il évoque aussi toutes les difficultés pratiques de mise en œuvre de cette future juridiction qu'il qualifie d'un *"géant aux pieds d'argile"*<sup>30</sup> et de *"fantôme juridique"*<sup>31</sup>, notamment par rapport aux problèmes liés au caractère excessif du mandat de la future Cour, en sus des problèmes institutionnels et financiers. Il mentionne, entre autres, que la mise en place de cette future Cour comporte, à titre d'exemple, la création de nouveaux organes, notamment le bureau du Procureur et le bureau de la défense. Il rappelle aussi le fait que la justice pénale internationale est excessivement chère, qu'elle implique la nécessité de protéger les témoins et les victimes, de créer des forces de sécurité et des facilités de détention, ainsi que la mise sur pied des modalités d'indemnisation des victimes. L'auteur ne manqua pas de faire allusion à la possibilité de réticence des donateurs classiques de l'UA,

---

<sup>28</sup> Voir modalités d'élection des juges de la future Cour prévues par l'article 4 du statut de la Cour annexé au Protocole de Malabo.

<sup>29</sup> KAMGA (M.), "Régionalisme et justice internationale en Afrique", in BEN ACHOUR (R.) et GUELDICH (H.), *Intégration et régionalisme en Afrique: où en est l'Union africaine aujourd'hui?*, Journée d'étude du 1<sup>er</sup> novembre 2018, Tunis, SIMPACT, 2019, page 127 .

<sup>30</sup> *Idem. op. cit.*

<sup>31</sup> *Idem. op. cit.*

à l'instar de l'Union européenne, qui avaient clairement indiqué qu'ils "*n'étaient pas disposés à financer la Cour au triple mandat, en raison de la clause d'immunité*"<sup>32</sup>.

Un avis optimiste de Augustin Nguefeu souligne que cette nouvelle Cour fusionnée "*vient parfaire l'ossature juridictionnelle de l'UA en la dotant en plus d'une section des affaires générales et de la section des droits de l'Homme, d'une section de droit pénal, faisant ainsi de l'UA la première organisation régionale dotée d'une structure juridictionnelle aussi complète*"<sup>33</sup>. De surcroît, l'auteur affirme que "*l'articulation présagée des rapports de cette instance juridictionnelle pénale régionale tant avec les instances nationales et communautaires africaines qu'avec la CPI, augure formellement la formation d'un véritable bouclier de lutte contre l'impunité au moins sur le continent africain, qui est par ailleurs aujourd'hui un espace privilégiée de perpétration des crimes internationaux*"<sup>34</sup>.

L'auteur conclut même qu' "*au regard des règles contenues dans le Protocole relatives à la compétence de la section de droit international pénal de la CAJDPH, il se dégage qu'il s'agira d'une instance régionale qui répond véritablement aux aspirations africaines*"<sup>35</sup>.

De surcroît et selon le Professeur Blaise Tchikaya, "*il ne serait pas superflu de penser à une harmonisation des juridictions africaines actuelles dans l'intérêt des principes et de l'uniformisation de la jurisprudence. Cela éviterait les disparités dans le traitement du contentieux continental*"<sup>36</sup>. Il ne manque pas de rappeler les différentes juridictions africaines au niveau sous-régional et finit par conclure "*Ce cadre juridictionnel paraît trop abondant pour un continent qui devrait davantage unifier sa jurisprudence sur bien des questions*"<sup>37</sup>.

Nous partageons l'avis de tous ces éminents auteurs quant à l'importance d'asseoir le continent africain d'une véritable juridiction continentale à compétence élargie, dépassant ainsi les crimes classiques reconnues à la CPI, par le statut de Rome; néanmoins, il est important d'être réaliste et de dire qu'un projet d'une telle envergure nécessite beaucoup de moyens humains et financiers. Les contraintes financières ont souvent contrecarré le décollage de certaines

---

<sup>32</sup> *Ibid.* page 130.

<sup>33</sup> NGUEFEU (A.), "Les chambres africaines extraordinaires pour la répression des crimes internationaux: embryon d'une instance juridictionnelle pénale africaine?", in *L'Afrique et le droit international pénal, Actes du troisième colloque annuel de la SFDI*, Paris Pedone, 2015, page 143.

<sup>34</sup> *Idem.* op. cit;

<sup>35</sup> *Ibid.* page 138.

<sup>36</sup> TCHIKAYA (B.), *Le droit de l'Union africaine: principes, institutions et jurisprudences*, Ed. LGDJ, 2019, page 282.

<sup>37</sup> *Idem.* op. cit.



institutions africaines. Aussi la volonté politique des Chefs d'Etats africains n'y est pas encore. Il suffit de voir le nombre nul de ratifications du Protocole de Malabo, qui date pourtant de 2014, pour comprendre que les priorités des Africains sont, pour l'instant, toutes autres.

## **CONCLUSION**

A notre sens et outre les aspects positifs qu'on venait d'énumérer, le Protocole de Malabo constitue une remise en cause dangereuse et contestée de l'esprit de la justice pénale internationale et de la lutte contre l'impunité, en raison de l'octroi de l'immunité aux Chefs d'Etats africains, même s'ils commettent des violations graves au droit international. Ce Protocole de 2014 a été signé dans un contexte particulier de tension de certains pays africains à l'égard de la Cour pénale internationale, mais le contexte actuel est tout à fait différent. En témoigne une véritable ouverture de nouveaux cas (Géorgie, Colombie, Honduras, Ukraine, Irak, Palestine, Myanmar, etc.) devant la CPI et qui ne concernent pas le continent africain. Par conséquent, ce Protocole de 2014 mérite d'être revu et rectifié aujourd'hui, à travers un nouvel amendement de ce Protocole d'amendement.

La société civile internationale, les ONG humanitaires et l'opinion publique mondiale ont un rôle à jouer. Ils doivent faire pression et déclencher un plaidoyer dans le sens de la suppression de la clause d'immunité, c'est à dire de l'article 46 A bis du Protocole de Malabo. De surcroît, il faut suivre, de plus près, le mouvement de réforme institutionnelle de l'Union africaine et de ses organes, afin d'améliorer la qualité de nos institutions et hisser la justice pénale africaine au niveau des standards internationaux en la matière.