Affaire du Mavi Marama : un pas de plus dans le développement du droit au stade des pré-enquêtes

Pierre Jouette

▶ **To cite this version:**

Pierre Jouette. Affaire du Mavi Marama : un pas de plus dans le développement du droit au stade des pré-enquêtes. 2020. hal-03228832

HAL Id: hal-03228832
https://hal.science/hal-03228832

Submitted on 18 May 2021

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

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

AFFAIRE DU *MAVI MARMARA* : UN PAS DE PLUS DANS LE DEVELOPPEMENT DU DROIT AU STADE DES PRE-ENQUETES

Commentaire de l'arrêt

Cour pénale internationale, Chambre préliminaire I, *Situation relative aux navires battant pavillons comorien, grec et cambodgien*, 16 septembre 2020, ICC-01/13[1].

Par Pierre Jouette

Maître de conférences en Droit privé et Sciences criminelles

ISCrim' – Faculté de Droit – Université de Poitiers

1. L'arrêt rendu le 16 septembre dernier par la Chambre préliminaire I près la Cour pénale internationale[2] est une contribution supplémentaire portée à l'édification du droit des pré-enquêtes. Mais serait-elle la dernière ? Il est permis d'en douter au regard notamment des derniers développements de l'arrêt[3]. Les juges renvoient la Chambre d'appel à ses responsabilités afin qu'elle clarifie sa position relativement aux pouvoirs dont dispose la Chambre préliminaire pour contraindre le Bureau du Procureur à revoir son analyse en matière de refus d'enquêter[4].

2. Pour rappel, cette décision est la quatrième d'une série d'arrêts rendus par les chambres préliminaire et d'appel, dans la situation relative aux navires battant pavillons comorien, grec et cambodgien, connue également comme l'affaire dite du *Mavi Marmara*[5]. À l'origine le Bureau du Procureur avait été saisi par l'Union des Comores sur le fondement de l'article 13 a) du Statut de Rome[6], d'une affaire opposant Israël à une flottille dénommée *Gaza Freedom Flotilla*. Destinée,

---

1 Les extraits des décisions citées, en version anglaise, sont le fruit de notre traduction.

2 CPI, Chambre préliminaire I, *Situation on Registered Vessels of Comores, Greece and Cambodia*, Decision on the request of the Union of the Comoros to review the Prosecutor's decision not to initiate an investigation, 16 sept. 2020, ICC-01/13.

3 *Ibid.*, §§105-112.

4 *Ibid.*, §111.

5 Les documents relatifs à cette affaire sont accessibles *via* l'adresse https://www.icc-cpi.int/comoros?ln=fr

6 Article 13 -Exercice de la compétence

La Cour peut exercer sa compétence à l'égard d'un crime visé à l'article 5, conformément aux dispositions du présent Statut :

a) Si une situation dans laquelle un ou plusieurs de ces crimes paraissent avoir été commis est déférée au Procureur par un État Partie, comme prévu à l'article 14 ;

b) Si une situation dans laquelle un ou plusieurs de ces crimes paraissent avoir été commis est déférée au Procureur par le Conseil de sécurité agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies ; ou

c) Si le Procureur a ouvert une enquête sur le crime en question en vertu de l'article 15.

entre autres, à « *livrer de l'aide à Gaza* »[7], une partie des huit navires composant la flottille est interceptée puis arraisonnée par les forces israéliennes. Les passagers sont débarqués et font l'objet de mesures privatives de liberté. Au total, d'après les différents rapports établis[8], l'opération provoque la mort d'environ dix personnes, une cinquantaine de blessées ainsi qu'une centaine d'atteintes à la dignité, tortures ou traitements inhumains.

Lors de l'examen préliminaire, le Bureau du Procureur refuse l'ouverture d'une enquête en raison de l'insuffisante gravité des faits, conformément aux dispositions de l'article 53 §1 c) du Statut. Trois arguments principaux viennent au soutien de sa décision[9]. Déjà, la compétence de la Cour dans cette affaire se limite à trois navires. Ensuite, cette limite, qui restreignait d'autant l'étendue des dommages, implique conséquemment un faible nombre de victimes. Enfin, l'absence de facteurs qualitatifs ne permet pas d'ajouter à la gravité des faits relevant de la situation. Après plusieurs échanges de vues entre les parties, la Chambre préliminaire I est saisie de l'affaire et rend un premier arrêt le 16 juillet 2015 où elle infirme la décision du Bureau du Procureur[10]. À rebours de celle-ci, les juges évoquent que l'objectif principal de l'enquête tend à apporter des éclaircissements sur l'existence ou non de crimes internationaux d'une gravité suffisante[11]. En d'autres termes, les doutes évoqués par le Procureur en lien avec les informations contradictoires doivent logiquement conduire à l'ouverture d'une enquête afin de les dissiper. C'est une vision particulièrement souple et large du stade des « pré-enquêtes » que nous livrait la Chambre préliminaire.

Après un réexamen de la part du Bureau du Procureur en 2017[12] et un deuxième arrêt de la Chambre de première instance concluant à son insuffisance en 2018[13], la Chambre d'appel dans

---

7 CPI, Bureau du Procureur, *Rapport sur les activités menées en 2013 en matière d'examen préliminaire*, 2013, §86.

8 La situation a fait l'objet d'une Mission d'établissement des faits de l'Organisation des Nations Unies, qui a rendu son rapport en septembre 2010, ainsi que d'une enquête réalisée par un panel d'experts nommé par le Secrétaire général des Nations Unies, qui a publié son rapport en septembre 2011. Les gouvernements turc et israélien ont également mené leurs propres enquêtes.

9 CPI, Bureau du Procureur, *Situation relative aux navires battant pavillons comorien, grec et cambodgien, Rapport établi au titre de l'article 53-1 du Statut*, 6 nov. 2014, §25.

10 CPI, Chambre préliminaire, *Situation on Registered Vessels of Comores, Greece and Cambodia*, Decision on the request of the Union of the Comoros to review the Prosecutor's decision not to initiate an investigation, 16 juil. 2015, ICC-01/13.

11 *Ibid*, §13.

12 CPI, Bureau du Procureur, *Situation on Registered Vessels of Comores, Greece and Cambodia*, Decision on the « Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros », 29 nov. 2017, ICC-01/13-57-Anx1.

13 CPI, Chambre de préliminaire I, *Situation on Registered Vessels of Comores, Greece and Cambodia*, Decision on the « Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros », 15 nov. 2018, ICC-01/13.

un arrêt du 2 septembre 2019, juge à son tour le réexamen insuffisant[14]. Selon elle, le Procureur ne se fonde que sur des arguments évoqués par les parties lors de l'instance de 2015, ignorant alors les instructions de la Chambre préliminaire[15]. Pour autant, la Chambre d'appel fait preuve de précautions et précise que si la Chambre préliminaire peut contraindre le Procureur à prendre en compte certains éléments factuels, il ne lui appartient pas de le diriger dans l'évaluation des informations[16]. Avec cet arrêt, la Chambre d'appel vient au secours de l'indépendance du Procureur mais insiste sur l'intérêt qu'il y a d'enquêter en cas de doute sur la gravité. Malgré cela, le 2 décembre 2019 le Bureau du Procureur maintient sa position précédente dans une nouvelle version de sa décision de réexamen[17], à la suite de quoi les Comores déposent une demande de contrôle juridictionnel devant la Chambre préliminaire[18] au motif que le Procureur n'avait pas corrigé les erreurs identifiées précédemment par la Chambre d'appel. Cette demande ayant abouti à l'arrêt présentement commenté.

3. Pour la première fois, la Chambre préliminaire n'impose pas au Procureur de reconsidérer sa décision de ne pas enquêter[19]. L'arrêt met ainsi fin à l'examen préliminaire et à l'alternance répétée entre réexamens et arrêts. Malgré cela les juges n'abondent pas dans le sens du Bureau du Procureur. Au contraire, ils maintiennent leur position initiale, corrigent leur analyse à l'aune de l'arrêt de la Chambre d'appel et insistent véritablement sur l'appréciation que devrait mener le Procureur. Concrètement, sans imposer la prise en compte de certains éléments pour conclure à la suffisante gravité des faits, les juges énoncent que l'analyse à laquelle s'est livré le Procureur n'est pas conforme au standard de la preuve exigé par le Statut au stade des pré-enquêtes, à savoir « une base raisonnable de croire »[20]. Mais les juges n'en restent pas là et interpellent la

---

14 CPI, Chambre d'appel, *Situation on Registered Vessels of Comores, Greece and Cambodia*, Judgment on the appeal of the Prosecutor against Pre-Trial Chamber I's Decision on the « Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros » », 2 sept. 2019, ICC-01/13 OA 2.

15 *Ibid*, §73.

16 *Ibid*, §§80-82.

17 CPI, Bureau du Procureur, Final decision of the Prosecutor concerning the "Article 53(1) Report" (ICC-01/13-6-AnxA) dated 6 November 2014, ICC-01/13-99-Anx1, paras 4, 97, annexed as Annex 1 to Notice of Prosecutor's Final Decision under rule 108(3), as revised and refiled in accordance with the Pre-Trial Chamber's request of 15 November 2018 and the Appeals Chamber's judgment of 2 September 2019, 2 December 2019, ICC-01/13-99.

18 CPI, Présidence, *Situation on Registered Vessels of Comores, Greece and Cambodia*, Decision Assigning the Situation on Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia to Pre-Trial Chamber I, 5 juil. 2013, ICC-01/13, Letter of Referral under Articles 14 and 12(2)(a) of the Rome Statute arising from the 31 May 2010, Gaza Freedom Flotilla situation, ICC-01/13-1-Anx1, annexed as Annex 1 to Presidency.

19 CPI, Chambre préliminaire I, *Situation on Registered Vessels of Comores, Greece and Cambodia*, Decision on the request of the Union of the Comoros to review the Prosecutor's decision not to initiate an investigation, 16 sept. 2020, ICC-01/13, §111.

20 *Ibid.*, §45.

Chambre d'appel afin qu'elle clarifie sa position quant à l'étendue des pouvoirs dont ils disposent afin d'ordonner au Procureur de reconsidérer sa décision de ne pas enquêter[21].

4. L'arrêt du 16 septembre 2020 est donc une étape supplémentaire mais pas définitive dans l'élaboration et la clarification du droit au stade des pré-enquêtes et ce, grâce à l'insistance des juges de la Chambre préliminaire qui exigent à la fois un seuil minimal de preuve (I) et en appellent à plus de clarté (II).

I. EXIGER UN SEUIL MINIMAL DE PREUVE DANS LA PHASE DES PRE-ENQUETES

5. La Chambre préliminaire profite de l'opportunité qui lui est offerte pour rappeler au Bureau du Procureur que procéduralement, au stade des pré-enquêtes, le seuil minimal de preuve exigé par le Statut de Rome est celui d'« une base raisonnable de croire » (A) et implique *de jure* une appréciation holistique de la gravité des crimes présumés (B).

A. SE FONDER SUR LE STANDARD D'« UNE BASE RAISONNABLE DE CROIRE »

6. La procédure devant la Cour pénale internationale se divise en trois phases principales : la phase préliminaire dite d'enquête et de poursuites[22], celle du procès[23] et les phases postérieures d'exercice des recours et d'exécution des condamnations[24]. En réalité, chacune de ces phases procédurales, à l'exception de la phase de jugement peut-être, se divisent en plusieurs autres phases spécifiques. Pour ce qui nous intéresse, le Chapitre V du Statut, réservé à l'enquête et aux poursuites, se décompose entre la phase de saisine de la Cour ou des pré-enquêtes, l'enquête puis la confirmation des charges. Chaque phase procédurale est unique et se caractérise par des règles spécifiques et des modes de preuves particuliers.

7. Il en va ainsi de la phase des pré-enquêtes, comme l'atteste l'arrêt du 16 septembre 2020. D'après l'article 13 du Statut, la Cour peut être saisie par un État partie, le Conseil de sécurité ou lorsque le Procureur se saisit d'initiative et lui soumet une demande d'ouverture d'une enquête. Quelle que soit l'hypothèse concernée, le Procureur est le premier véritable acteur de la procédure à se saisir de l'affaire et à porter une appréciation sur celle-ci. Compte tenu de ce rôle central, il est tenu en vertu de l'article 53[25] §1 du Statut d'évaluer « les renseignements portés à sa

---

21 *Ibid.*, §111.

22 Chapitre V du Statut de Rome.

23 Chapitres VI et VII du Statut de Rome.

24 Chapitres VII (article 85) et VIII du Statut de Rome.

25 Article 53. Ouverture d'une enquête

… / …

connaissance » et d'ouvrir une enquête s'il existe « une base raisonnable pour poursuivre ». Ce dernier élément, constitue le seuil minimal de preuve exigé par le Statut pour apprécier les différents facteurs permettant l'ouverture de l'enquête. Précisément il s'agit des renseignements en sa possession (53 §1 a)), de la recevabilité de l'affaire (b)) et de l'intérêt de la justice, qui s'apprécie lui-même au travers de la gravité du crime et de l'intérêt des victimes (c))[26]. Par la suite, la décision d'enquêter ou de ne pas enquêter est soumise à la Chambre préliminaire qui confirme ou non la décision du Bureau du Procureur (article 53 §3 b) du Statut). En apparence plutôt simple, les rédacteurs du Statut de Rome n'avaient très certainement pas imaginé toutes les complications qui ressortiraient de l'articulation entre le pouvoir discrétionnaire conféré au Procureur en matière d'enquêtes et celui des juges.

8. Dans la présente espèce, le Bureau du Procureur considérait que le facteur de la gravité n'était pas caractérisé malgré l'existence d'une base raisonnable de croire que des crimes avaient été

---

1. Le Procureur, après avoir évalué les renseignements portés à sa connaissance, ouvre une enquête, à moins qu'il ne conclue qu'il n'y a pas de base raisonnable pour poursuivre en vertu du présent Statut. Pour prendre sa décision, le Procureur examine :

a) Si les renseignements en sa possession fournissent une base raisonnable pour croire qu'un crime relevant de la compétence de la Cour a été ou est en voie d'être commis ;

b) Si l'affaire est ou serait recevable au regard de l'article 17 ;

et c) S'il y a des raisons sérieuses de penser, compte tenu de la gravité du crime et des intérêts des victimes, qu'une enquête ne servirait pas les intérêts de la justice. S'il ou elle conclut qu'il n'y a pas de base raisonnable pour poursuivre et si cette conclusion est fondée exclusivement sur les considérations visées à l'alinéa c), le Procureur en informe la Chambre préliminaire.

2. Si, après enquête, le Procureur conclut qu'il n'y a pas de base suffisante pour engager des poursuites :

a) Parce qu'il n'y a pas de base suffisante, en droit ou en fait, pour demander un mandat d'arrêt ou une citation à comparaître en application de l'article 58 ;

b) Parce que l'affaire est irrecevable au regard de l'article 17 ;

ou c) Parce que poursuivre ne servirait pas les intérêts de la justice, compte tenu de toutes les circonstances, y compris la gravité du crime, les intérêts des victimes, l'âge ou le handicap de l'auteur présumé et son rôle dans le crime allégué ; il ou elle informe de sa conclusion et des raisons qui l'ont motivée la Chambre préliminaire et l'État qui lui a déféré la situation conformément à l'article 14, ou le Conseil de sécurité s'il s'agit d'une situation visée à l'article 13, paragraphe b).

3. a) À la demande de l'État qui a déféré la situation conformément à l'article 14, ou du Conseil de sécurité s'il s'agit d'une situation visée à l'article 13, paragraphe b) la Chambre préliminaire peut examiner la décision de ne pas poursuivre prise par le Procureur en vertu des paragraphes 1 ou 2 et demander au Procureur de la reconsidérer.

b) De plus, la Chambre préliminaire peut, de sa propre initiative, examiner la décision du Procureur de ne pas poursuivre si cette décision est fondée exclusivement sur les considérations visées au paragraphe 1, alinéa c) et au paragraphe 2, alinéa c). En tel cas, la décision du Procureur n'a d'effet que si elle est confirmée par la Chambre préliminaire.

4. Le Procureur peut à tout moment reconsidérer sa décision d'ouvrir ou non une enquête ou d'engager ou non des poursuites à la lumière de faits ou de renseignements nouveaux.

26 Le c) de l'article en question est formulé de manière négative. Le Procureur peut ainsi justifier sa décision de ne pas enquêter car un tel choix s'inscrirait en contradiction avec les intérêts de la justice.

commis[27]. Pour parvenir à cette conclusion, le Procureur appréciait différents éléments factuels au titre de la gravité et considérait que le standard de la preuve impliquait l'absence de caractérisation dudit critère.

9. C'est précisément ce sur quoi s'oppose la Chambre préliminaire. Selon les juges, l'existence d'une base raisonnable de croire constitue un standard de preuve minimal requis par le Statut de Rome[28]. En tant que tel, il implique que les informations disponibles, même – et surtout – contradictoires et incohérentes, amènent le Procureur à ouvrir une enquête « afin de pouvoir évaluer correctement les faits »[29]. En d'autres termes, le Procureur ne devait pas conclure de manière catégorique à l'absence de gravité des faits de la présente affaire, faute pour ces derniers d'avoir tous été vérifiés avec certitude. Au contraire, l'ouverture d'une enquête doit offrir l'opportunité au Procureur, aux juges et aux victimes de déterminer si la Cour est compétente pour juger de la gravité des faits. C'est d'ailleurs ce que précise la Chambre lorsqu'elle énonce qu'« au stade de la pré-enquête, les informations dont dispose le Procureur n'ont pas besoin d'être « claires, univoques ou non contradictoires ». Le fait de subordonner l'ouverture d'une enquête à la condition que les informations disponibles soient claires, univoques ou non contradictoires crée un « court-circuit ». Des faits difficiles à établir ou peu clairs, ou l'existence de comptes rendus contradictoires, appellent l'ouverture d'une enquête (et non l'inverse), car c'est le but même d'une telle enquête que d'évaluer correctement les faits et de fournir des éclaircissements »[30]. À cet égard, la Chambre rappelle au Procureur qu'il doit procéder à une appréciation holistique de la gravité des crimes présumés.

B. PROCEDER A UNE APPRECIATION HOLISTIQUE DE LA GRAVITE DES CRIMES PRESUMES

10. C'est à partir de ce standard de preuve que les juges examinent et corrigent les conclusions du Procureur. L'examen se fait au prisme de cinq critères dégagés par la Cour pour évaluer quantitativement et qualitativement la gravité[31] : les personnes impliquées, l'ampleur, la nature, l'impact et le mode de commission des crimes allégués.

---

27 CPI, Chambre préliminaire I, *Situation on Registered Vessels of Comores, Greece and Cambodia*, Decision on the request of the Union of the Comoros to review the Prosecutor's decision not to initiate an investigation, 16 sept. 2020, ICC-01/13, §2.

28 Les standards de preuve d'après le Statut de Rome sont la « base raisonnable de croire » et « doute raisonnable » (par exemple avec l'article 66).

29 CPI, Chambre préliminaire I, *Situation on Registered Vessels of Comores, Greece and Cambodia*, Decision on the request of the Union of the Comoros to review the Prosecutor's decision not to initiate an investigation, 16 sept. 2020, ICC-01/13, §16.

30 *Ibidem.*

31 CPI, Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Bahar Idriss Abu Garda*, Décision relative à la confirmation des charges, ICC-02/05-02/09, 8 fév. 2010, §31.

11. Reprenons deux exemples issus de l'arrêt commenté. Le premier concerne les personnes impliquées pour lesquelles le Procureur s'était contenté dans son examen préliminaire, de mettre l'accent sur les auteurs directs des dommages. La Chambre le contredit car la gravité d'une affaire dépend également de la possibilité d'enquêter sur les individus portant les plus hautes responsabilités. D'après les juges, l'appréciation de ce facteur ne doit pas permettre d'évaluer la portée de l'affaire et de conclure à sa suffisante ou son insuffisante gravité, comme le fait le Procureur dans le cas d'espèce, mais simplement de s'interroger sur le fait de savoir si les personnes impliquées portent des responsabilités qui dépassent les auteurs directs et s'approchent des sphères politiques. Au stade des pré-enquêtes, la portée de l'affaire est une considération étrangère et l'analyse du Procureur ne doit pas se focaliser sur l'identification précise des auteurs, mais simplement sur sa capacité à identifier et à enquêter, dans la phase de l'enquête, sur des personnes qui portent les plus hautes responsabilités.

Le second exemple est relatif à la nature des crimes allégués. Le Procureur concluait que les crimes n'étaient pas suffisamment graves pour être qualifiés de traitements inhumains en tant que crimes de guerre au sens de l'article 8 §2 a) ii) du Statut. Pour se prononcer ainsi, il se fondait sur le doute afférant à la cause des mauvais traitements et notamment l'attribution de ceux-ci soit à une mauvaise préparation des équipes médicales du *Mavi Marmara*, soit aux violences exercées par les forces armées. La Chambré désavoue le Procureur qui doit, conformément au standard de preuve, ne pas se fonder sur la cause des mauvais traitements mais au contraire, sur l'existence d'un doute justifiant à lui seul l'ouverture d'une enquête.

En définitive et comme l'admettent les juges eux-mêmes « l'interprétation du critère de la « base raisonnable de croire » a été au centre de cette procédure depuis le début et a été une question litigieuse tout au long de celle-ci »[32]. Tantôt le Procureur se fonde sur une appréciation ferme et arrêtée des éléments factuels même incertains, tantôt la Chambre préliminaire insiste sur l'incertitude de ces mêmes éléments et des versions en présence impliquant *de facto* la nécessité d'ouvrir une enquête.

12. La position de la Chambre nous semble parfaitement légitime. En effet les victimes, le Procureur et les juges ont tout intérêt à l'ouverture d'une enquête afin de clarifier les faits et d'établir ou de rejeter les responsabilités et par là même, de crédibiliser l'office de la Cour. À ce stade de la procédure il importe peu de savoir si l'enquête se soldera ou non par un renvoi devant une chambre de première instance. Sans le dire expressément, la Chambre préliminaire semble considérer qu'il en va de l'intérêt de la justice d'ouvrir une enquête dans la présence espèce.

---

32 CPI, Chambre préliminaire I, *Situation on Registered Vessels of Comores, Greece and Cambodia*, Decision on the request of the Union of the Comoros to review the Prosecutor's decision not to initiate an investigation, 16 sept. 2020, ICC-01/13, §103.

13. À cet égard, « l'intérêt de la justice » est également un facteur à prendre en compte dans l'évaluation des renseignements par le Procureur. En d'autres termes, faute d'une gravité avérée emportant avec certitude la compétence de la Cour, il est toujours dans l'intérêt de la justice d'ouvrir une enquête sur toutes les situations qui lui sont déférées. La position soutenue par les juges est conforme à la jurisprudence de la Cour, également portée par la Chambre d'appel dans son arrêt du 5 mars 2020, relatif à la *Situation en Afghanistan*[33], dans lequel les juges incitent là encore le Procureur à ouvrir une enquête.

14. Si cette tendance jurisprudentielle venait à se confirmer, les juges auraient la charge de trouver un moyen juridique de contraindre le Procureur à enquêter d'une manière ou d'une autre, position qui, à l'heure actuelle, oppose les chambres. C'est d'ailleurs cette opposition qui incite la Chambre préliminaire à appeler de ses vœux à plus de clarté dans la phase des pré-enquêtes.

II. ATTENDRE DAVANTAGE DE CLARTE DANS LA PHASE DES PRE-ENQUETES

15. Une fois le standard de preuve précisé la Chambre préliminaire concentre sa motivation sur la répartition des pouvoirs entre les chambres et le Bureau du Procureur (A), précisément afin de lever l'ambiguïté jetée par la jurisprudence de la Chambre d'appel (B).

A. REPARTIR LES POUVOIRS DES CHAMBRES ET DU BUREAU DU PROCUREUR

16. En sus de la question du standard de la preuve et de son application aux faits, la Chambre préliminaire interpelle la Chambre d'appel relativement aux pouvoirs qui lui sont octroyés pour imposer au Procureur de revoir son examen préliminaire.

17. Précédemment la Chambre préliminaire avait ordonné au Procureur de réexaminer sa décision du 6 novembre 2014 conformément à l'arrêt du 16 juillet 2015[34], exigeant du Procureur qu'il démontre de quelle manière celui-ci avait procédé au réexamen des faits, en accord avec les indications de la Chambre.

18. La lecture des textes nous renseigne que l'étendue des pouvoirs de la Chambre préliminaire en matière de réexamen des décisions du Procureur de ne pas enquêter. La Chambre dispose ainsi de pouvoirs particulièrement importants. L'article 53 §1 c) du Statut et la règle 110 §2 du

---

33 CPI, Chambre d'appel, *Situation en République islamique d'Afghanistan*, Judgment on the appeal against the decision on the authorization of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan, 5 mars 2020, ICC-02/17 OA4.

34 CPI, Chambre préliminaire I, *Situation on Registered Vessels of Comores, Greece and Cambodia*, Decision on the « Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros »,15 nov. 2018, ICC-01/13-68.

Règlement de procédure et de preuve[35] prévoient qu'elle peut procéder à un réexamen de sa propre initiative et que la décision du Procureur de ne pas enquêter n'est effective que si elle est confirmée par la Chambre. En d'autres termes, la Chambre préliminaire dispose du pouvoir de passer outre la décision du Procureur de ne pas ouvrir une enquête.

19. Selon la Chambre préliminaire, l'arrêt de la Chambre d'appel du 2 septembre 2019 livre une interprétation confuse et contraire à celle des dispositions précédentes. Dans les développements y afférant, les juges d'appel considèrent le Procureur lié par la décision de la Chambre préliminaire en ce qui concerne l'interprétation du droit applicable, ne pouvant corrélativement pas ignorer une décision qui lui impose de prendre en compte certaines informations disponibles. En revanche, ils estiment qu'il n'appartient pas à la Chambre préliminaire de donner au Procureur des instructions quant à la façon d'évaluer les informations et quelles sont les conclusions factuelles auxquelles il doit parvenir[36]. En définitive, la décision finale de poursuivre ou de ne pas poursuivre appartient au Procureur car il dispose d'un « pouvoir discrétionnaire ultime sur la manière de procéder »[37].

20. C'est sur ce point précis que revient la Chambre préliminaire dans la présente décision. En effet, la limite entre les pouvoirs dont disposent les juges en matière de contrôle de la décision d'enquête et ceux qui appartiennent en propre au Procureur est difficile à établir. À cet égard, la Chambre préliminaire relève que « les questions de droit sont inextricablement liées à l'application de la loi aux faits. Ceci est particulièrement vrai en ce qui concerne la norme de preuve […] Si le Procureur ne l'applique pas correctement, la Chambre doit lui indiquer comment appliquer le droit aux faits »[38]. Les juges concluent que « Pour ces raisons, la Chambre décide de ne pas demander au Procureur de reconsidérer sa décision [et] considère que la jurisprudence actuelle de la Chambre d'appel n'établit pas avec suffisamment de clarté la répartition exacte des prérogatives entre le Procureur et la Chambre préliminaire »[39].

---

35 Règle 110 - Décision de la Chambre préliminaire au titre de l'alinéa b) du paragraphe 3 de l'article 53

La décision de la Chambre préliminaire de confirmer ou non une décision prise par le Procureur sur le seul fondement des sous-alinéas 1 c) ou 2 c) de l'article 53, est prise à la majorité des juges qui composent la Chambre ; elle est motivée. Elle est notifiée à tous ceux qui ont participé à la procédure de réexamen.

Lorsque la Chambre préliminaire ne confirme pas la décision du Procureur visée à la disposition 1 ci-dessus, celui-ci procède à l'enquête ou aux poursuites.

36 CPI, Chambre d'appel, *Situation on Registered Vessels of Comores, Greece and Cambodia*, Judgment on the appeal of the Prosecutor against Pre-Trial Chamber I's Decision on the « Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros » », 2 sept. 2019, ICC-01/13 OA 2, §80.

37 *Ibid.*, §76.

38 CPI, Chambre préliminaire I, *Situation on Registered Vessels of Comores, Greece and Cambodia*, Decision on the request of the Union of the Comoros to review the Prosecutor's decision not to initiate an investigation, 16 sept. 2020, ICC-01/13, §108.

39 *Ibid.*, §111.

B. LEVER L'AMBIGUÏTE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA CHAMBRE D'APPEL

21. En réalité, l'arrêt de septembre 2019[40] nous semble suffisamment explicite et révèle davantage des divergences d'opinions entre les chambres, qu'une absence de clarification attribuable aux juges d'appel. À travers ces oscillations jurisprudentielles, la Chambre d'appel tend à consacrer un principe d'opportunité des poursuites, tandis que la Chambre de première instance s'efforce de privilégier l'intérêt de la justice et se rapproche d'un principe de légalité des poursuites.

22. D'après la motivation de l'arrêt d'appel, le Procureur dispose d'une marge de discrétion totale dans le choix qui lui est offert d'enquêter ou non. À cet égard, la Chambre motive sa décision par l'orientation prise lors de l'élaboration du Statut de Rome, qui vise à garantir au Procureur une certaine marge de discrétion[41]. Cette justification n'est en réalité pas tout à fait juste et les juges de la Chambre d'appel font l'économie d'une référence aux travaux préparatoires. Plus exactement, à l'occasion de la rédaction du Statut de Rome, certaines délégations manifestaient leur crainte de voir l'institution se doter d'un Procureur puissant, dont la discrétion en matière d'enquête et de poursuite laisse peser un risque d'instrumentalisation[42]. Cette situation est en partie dissipée par l'appréciation de la Chambre préliminaire. L'arrêt de septembre 2020 perçoit quant à lui la phase des pré-enquêtes comme plus contraignante pour le Procureur, de telle sorte que chaque situation doit susciter quasi-systématiquement l'ouverture d'une enquête. En définitive, l'arrêt de la Chambre préliminaire fait état d'un renversement de la crainte exprimée initialement à l'encontre du Bureau du Procureur, qui se retrouve désormais exprimée du côté des juges[43].

23. L'ambiguïté apparaît davantage lorsqu'il s'agit de procéder à une comparaison entre la position de la Chambre d'appel dans l'arrêt de septembre 2020 et celle développée dans l'arrêt relatif à la *Situation en Afghanistan*[44]. Dans ce dernier, la Chambre insistait aux côtés de la Chambre de première instance pour que le Procureur enquête sur les exactions commises par les parties belligérantes[45]. Là aussi, l'arrêt interrogeait l'équilibre des pouvoirs, en présence d'un pouvoir

---

40 CPI, Chambre d'appel, *Situation on Registered Vessels of Comores, Greece and Cambodia*, Judgment on the appeal of the Prosecutor against Pre-Trial Chamber I's Decision on the « Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros » », 2 sept. 2019, ICC-01/13 OA 2.

41 *Ibid.*, §76.

42 United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Rome, 15 juin – 17 juillet 1998, Vol. II, doc. ONU A/CONF.183/13 (Vol.11), §10 p.65, §§82-137, pp.199-203.

43 R. NOLLEZ-GOLDBACH, « Article 15 : Le Procureur », *in* J. FERNANDEZ, X. PACREAU (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, Pedone, 2e éd., 2019, Tome I, p.835.

44 CPI, Chambre d'appel, *Situation en République islamique d'Afghanistan*, Judgment on the appeal against the decision on the authorization of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan, 5 mars 2020, ICC-02/17 OA4.

45 *Ibid.*, §79.

judiciaire sans contrôle et un Procureur soumis aux injonctions qu'il reçoit de ce dernier. En parallèle, l'arrêt d'appel relatif à l'affaire du *Mavi Marmara* jette le trouble quant au but défendu par la Chambre d'appel. Est-elle, encore aujourd'hui, véritablement en faveur d'une ouverture systématique des enquêtes ? Quelles raisons justifient ce soudain changement de doctrine de la part de la Chambre d'appel ? Peut-être l'arrêt d'espèce mérite de retenir l'attention, du moins symboliquement, pour les questions qu'il soulève. En effet, malgré le rejet de la demande et le fait pour la Cour de ne pas imposer au Procureur de revoir sa décision, celle-ci n'en est pas moins une invitation à ce que chacun, et notamment les juges de la Chambre d'appel, lève l'ambiguïté jetée par leur arrêt de septembre 2020 et précisent avec clarté leur position quant aux enquêtes. Dans la même veine, les juges sont appelés à élaborer un droit des pré-enquêtes davantage prévisible. À ce titre, les arrêts à venir seront riches en enseignements.