



HAL
open science

La situation en Afghanistan : quoi qu'il en coûte, exhorter le Procureur à enquêter

Pierre Jouette

► **To cite this version:**

Pierre Jouette. La situation en Afghanistan : quoi qu'il en coûte, exhorter le Procureur à enquêter. Revue pénitentiaire et de droit pénal, 2020, avril-juin 2020 (2), pp.273-284. hal-03256517

HAL Id: hal-03256517

<https://hal.science/hal-03256517v1>

Submitted on 14 Nov 2022

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.

LA SITUATION EN AFGHANISTAN : QUOI QU'IL EN COUTE, EXHORTER LE PROCUREUR A ENQUETER

COMMENTAIRE DE L'ARRET
COUR PENALE INTERNATIONALE, CHAMBRE D'APPEL, *SITUATION EN REPUBLIQUE
ISLAMIQUE D'AFGHANISTAN*, 5 MARS 2020, ICC-02/17 OA4¹.

Par Pierre Jouette

Docteur en Droit privé et Sciences criminelles

Maître de conférences – Institut de Sciences criminelles

Faculté de Droit, Université de Poitiers

1. Le 5 mars dernier, la Chambre d'appel près la Cour pénale internationale rendait son arrêt relatif à l'examen de la situation en République islamique d'Afghanistan. Il fait suite au rejet, par la Chambre préliminaire II², de la demande d'ouverture d'une enquête formulée par le Bureau du Procureur³.
2. Cet arrêt est d'une grande importance, car il est le premier à soumettre aux juges d'appel la question du contrôle qu'exerce la Chambre préliminaire sur les demandes d'ouverture d'enquêtes fondées sur l'article 15 du Statut⁴. Surtout, il fait figure d'exception car les juges

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

² CPI, Chambre préliminaire II, *Situation en République islamique d'Afghanistan*, 12 avril 2019, ICC-02/17, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan.

³ CPI, Bureau du Procureur, *Situation en République islamique d'Afghanistan*, 20 nov. 2017, ICC-02/17-7-Conf-Exp, Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15.

⁴ Article 15. Le Procureur

1. Le Procureur peut ouvrir une enquête de sa propre initiative au vu de renseignements concernant des crimes relevant de la compétence de la Cour.

2. Le Procureur vérifie le sérieux des renseignements reçus. À cette fin, il peut rechercher des renseignements supplémentaires auprès d'États, d'organes de l'Organisation des Nations Unies, d'organisations intergouvernementales et non gouvernementales, ou d'autres sources dignes de foi qu'il juge appropriées, et recueillir des dépositions écrites ou orales au siège de la Cour.

3. S'il conclut qu'il y a une base raisonnable pour ouvrir une enquête, le Procureur présente à la Chambre préliminaire une demande d'autorisation en ce sens, accompagnée de tout élément justificatif recueilli. Les

contredisent une jurisprudence admise par la Chambre préliminaire qui consistait à apprécier les enquêtes *proprio motu* (article 15 du Statut) à l'aune du droit applicable à celles initiées sur renvois par un État partie ou par le Conseil de sécurité (article 53 du Statut⁵).

3. Pour rappel, la situation en Afghanistan s'inscrit dans le contexte des attaques perpétrées le 11 septembre 2001 sur le territoire des États-Unis et à la suite desquelles ces derniers, à la tête d'une coalition, lancent des frappes aériennes et des offensives terrestres en Afghanistan contre les

victimes peuvent adresser des représentations à la Chambre préliminaire, conformément au Règlement de procédure et de preuve.

4. Si elle estime, après examen de la demande et des éléments justificatifs qui l'accompagnent, qu'il existe une base raisonnable pour ouvrir une enquête et que l'affaire semble relever de la compétence de la Cour, la Chambre préliminaire donne son autorisation, sans préjudice des décisions que la Cour prendra ultérieurement en matière de compétence et de recevabilité.

5. Une réponse négative de la Chambre préliminaire n'empêche pas le Procureur de présenter par la suite une nouvelle demande en se fondant sur des faits ou des éléments de preuve

6. Si, après l'examen préliminaire visé aux paragraphes 1 et 2, le Procureur conclut que les renseignements qui lui ont été soumis ne constituent pas une base raisonnable pour l'ouverture d'une enquête, il en avise ceux qui les lui ont fournis. Il ne lui est pas pour autant interdit d'examiner, à la lumière de faits ou d'éléments de preuve nouveaux, les autres renseignements qui pourraient lui être communiqués au sujet de la même affaire.

⁵ Article 53. Ouverture d'une enquête

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.

Taliban. Ce conflit armé non international se généralise à l'ensemble du territoire afghan et oppose jusqu'en 2014 son Gouvernement, soutenu alors par la Force internationale d'assistance et de sécurité de l'OTAN et les forces américaines, à différents groupes armés non étatiques. L'examen préliminaire mené par le Bureau du Procureur lui permet de conclure provisoirement à l'existence de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre, commis à la fois par les groupes armés non étatiques, les forces gouvernementales afghanes et les forces armées américaines. En outre, l'examen préliminaire conduit le Procureur à porter son appréciation sur des crimes perpétrés par les Américains au sein de centres de détention secrets de la CIA situés en Pologne, Lituanie et Roumanie. Un rapport évoque que « *des individus capturés dans le cadre du conflit armé en Afghanistan, tels que des membres présumés des Taliban ou d'Al Qaïda, auraient été transférés dans des centres de détention situés dans ces pays* »⁶.

4. Se saisissant de ces faits sur son initiative, le Procureur soumet aux juges une demande d'autorisation d'ouverture d'une enquête, comme l'y enjoint l'article 15 §3 du Statut. Le 19 avril 2019, la Chambre préliminaire II rend une décision où elle rejette la demande, estimant qu'en l'espèce, une enquête ne servirait pas les intérêts de la justice. Pourtant, les juges concluent dans le même temps à la compétence de la Cour et à la recevabilité potentielle des affaires présentées par l'accusation⁷. Pour se prononcer, les juges avancent trois arguments qui se résument ainsi : alors qu'elle n'est qu'au stade de l'examen préliminaire, les informations – et non les preuves – présentées par l'accusation, longtemps après la perpétration desdits crimes et dans un contexte de faible coopération, amoindrissent la probabilité de recueillir des éléments de preuve pertinents et d'appréhender les suspects potentiels⁸. La Chambre conclut que « *loin d'honorer les souhaits et l'aspiration des victimes à ce que justice soit faite, cela entraînerait une frustration et éventuellement de l'hostilité à l'égard de la Cour et aurait donc un impact négatif sur sa capacité même à poursuivre de manière crédible les objectifs pour lesquels elle a été créée* »⁹.
5. Cette solution repose sur l'appréciation d'un facteur éminemment flou et subjectif¹⁰, l'intérêt de la justice. Prévu notamment à l'article 53 §1 c) du Statut, il est notamment envisagé pour les hypothèses d'enquêtes ouvertes à la suite d'un renvoi soit par un État partie au Statut, soit par le Conseil de sécurité. Son appréciation avait été étendue par la Chambre préliminaire aux

⁶ CPI, Bureau du Procureur, Rapport sur les activités menées en 2016 en matière d'examen préliminaire, nov. 2016, §199.

⁷ CPI, Chambre préliminaire II, *Situation en République islamique d'Afghanistan*, 12 avril 2019, *op. cit.* §§45-86.

⁸ *Ibid.*, §91.

⁹ *Ibid.*, §96.

¹⁰ G. POISSONNIER, « CPI : quand « les intérêts de la justice » s'opposent à l'ouverture d'une enquête », *in AJ Pénal*, n°6, mars 2019, pp.329-330 ; du même auteur « CPI : enquêter sur les crimes en Afghanistan ne servirait pas les intérêts de la justice », *in GCP G*, n°17, mars 2019, p.812.

hypothèses où le Procureur se saisit d'une affaire de sa propre initiative (article 15)¹¹, troisième voie de saisine de la Cour envisagée par les rédacteurs du Statut¹².

6. C'est en partie ce que reproche l'accusation à travers les deux moyens qu'elle développe en appel. Dans un premier moyen, elle désapprouve que la Chambre ait outrepassé le cadre d'appréciation fixé par l'article 15 §3 et 4 du Statut, limitant l'examen de la demande à l'existence d'une « base raisonnable » pour ouvrir une enquête. Selon elle, si la demande qu'elle présente à la Chambre ne mentionne pas l'existence d'un doute portant sur la préservation des intérêts de la justice, cette dernière ne peut porter son appréciation sur ce facteur. Dans la continuité et à l'appui d'un second moyen, l'accusation reproche à la Chambre préliminaire de ne pas l'avoir invité à présenter des conclusions supplémentaires permettant d'apprécier opportunément les intérêts de la justice.
7. La Chambre d'appel était donc invitée à se prononcer sur l'étendue du contrôle opéré par la Chambre préliminaire, mais aussi sur l'appréciation, en l'espèce, de l'intérêt de la justice.
8. Dans son arrêt de mars 2020, la Chambre d'appel conforte l'accusation mais va au-delà en jugeant que si « *le contenu et l'emplacement des articles 15 et 53(1) du Statut indiquent clairement qu'il s'agit de dispositions distinctes traitant de l'ouverture d'une enquête par le Procureur dans deux contextes distincts* »¹³, il est interdit à la Chambre préliminaire de tenir compte des facteurs mentionnés à l'article 53 et conséquemment d'évoquer les intérêts de la justice en cas de saisine fondée sur l'article 15. Les juges doivent se contenter d'un examen *a minima*, fondé sur l'existence d'une base factuelle raisonnable de penser qu'il existe des éléments permettant d'ouvrir une enquête.
9. L'arrêt offre ainsi de la souplesse dans l'ouverture des enquêtes *proprio motu* par le Procureur mais permet également à la justice pénale internationale de gagner en dissuasion et en effectivité. Théoriquement, le Procureur peut désormais ouvrir des enquêtes de sa propre initiative sans se heurter au filtre qu'exercent les juges. En outre, à se fonder sur le seul cas d'espèce, le Procureur a désormais tout loisir de s'intéresser activement aux crimes commis par les États-Unis, grande puissance occidentale n'ayant pourtant pas reconnu la compétence de la Cour.

¹¹ Voy. note. Chambre préliminaire II, *Situation en République du Kenya*, 31 mars 2010, ICC-01/09, Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome, §21 ; Chambre préliminaire III, *Situation en République du Burundi*, 25 oct. 2017, ICC-01/17-X, Public Redacted Version of « Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi », §28

¹² 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, 2^e éd., 2019, Tome I, pp.821-835.

¹³ CPI, Chambre d'appel, *Situation en République islamique d'Afghanistan*, 5 mars 2020, ICC-02/17 OA4, Judgment on the appeal against the decision on the authorization of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan, §33.

10. Toujours est-il que ces conséquences, qui se situent dans une perspective essentiellement politique, occultent celles juridiques, beaucoup plus discutables, sur lesquelles les développements ultérieurs s'appesantiront et qui portent sur le syllogisme des juges dans l'appréciation qu'ils font des articles 15 et 53 du Statut et l'équilibre des pouvoirs au sein de la Cour.

En effet, l'arrêt d'espèce offre une double analyse tantôt politique et encourageante, tantôt juridique et contestable. Si nous partageons l'enthousiasme que suscite la première, il n'en demeure pas moins que nous sommes critiques et n'adhérons pas à la seconde.

11. Les juges de la Chambre d'appel instaurent ainsi un contrôle *a minima* de la demande d'enquête *proprio motu* (I) et facilitent dans le même temps l'ouverture des enquêtes par le Procureur (II), ce qui pose la question de l'existence et de l'effectivité des contrepouvoirs.

I. INSTAURER UN CONTROLE A MINIMA DE LA DEMANDE D'ENQUETE PROPRIO MOTU

12. Désormais, le contrôle exercé par la Chambre préliminaire sur une demande d'ouverture d'enquête fondée sur l'article 15 du Statut de Rome est exclusif des facteurs d'ouverture d'une enquête sur renvois prévus à l'article 53 (A). Par ailleurs, la Chambre d'appel vient restreindre la norme d'administration de la preuve au stade de l'examen préliminaire (B).

A. EXCLURE L'ARTICLE 53 DU CONTROLE EXERCE PAR LA CHAMBRE PRELIMINAIRE LORS D'UNE DEMANDE D'ENQUETE PROPRIO MOTU

13. Parmi les trois modes de saisine qu'il prévoit¹⁴, le Statut de Rome en réserve un, spécifique, prévu à l'article 15, en vertu duquel le Procureur est compétent pour s'auto-saisir d'une situation. À l'origine de la rédaction de cette disposition, des délégations s'inquiétaient que certaines enquêtes puissent être ouvertes sur des considérations plus politiques que juridiques¹⁵. Ainsi, tout en soutenant cette troisième voie, les rédacteurs insistaient sur la nécessité de trouver un équilibre¹⁶, aujourd'hui consacré à l'article 15 §3, qui subordonne l'enquête du Procureur à l'autorisation de la Chambre préliminaire. Précisément, le contrôle opéré par la Chambre repose sur l'existence « [d']une base raisonnable pour ouvrir une enquête », conformément au paragraphe 4 dudit article, qui reprend lui-même le critère d'examen exigé du Procureur prévu par le paragraphe 3.

¹⁴ Article 13 Statut de la CPI.

¹⁵ 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.

¹⁶ *Ibid.*, §§82-137, pp.199-203.

14. En revanche, une difficulté apparaît avec l'article 53 du Statut. Intitulé – à tort¹⁷ – « ouverture d'une enquête », l'article se divise en quatre paragraphes¹⁸, dont le premier prévoit les facteurs que le Procureur doit prendre en compte dans sa décision d'ouvrir une enquête¹⁹. Cette difficulté est accentuée par la Règle 48 du Règlement de procédure et de preuve (ci-après RPP), qui enjoint au Procureur, lorsqu'il agit sur le fondement de l'article 15, de tenir compte de ces facteurs²⁰. En revanche, les textes n'indiquent pas si, dans le contrôle qu'elle opère de la demande, la Chambre doit considérer ces derniers.
15. Dans le silence des textes, c'est la jurisprudence qui a livré son appréciation de l'article 15. Ainsi, dans les quatre des dix-huit situations ouvertes *proprio motu* et qui ont fait l'objet d'une autorisation d'enquête de la part de la Chambre préliminaire, les juges ont élargi le spectre de leur contrôle en jugeant que : « conformément à la règle 48 du Règlement, la Chambre examinera s'il existe « une base raisonnable pour poursuivre » en tenant compte des facteurs énoncés à l'article 53 §1 a) à c) du Statut »²¹.
16. C'est précisément ce que contredit la Chambre d'appel dans son arrêt du 5 mars 2020. Elle énonce « que le contenu et l'emplacement des articles 15 et 53 §1 du Statut indiquent clairement qu'il s'agit de dispositions distinctes traitant de l'ouverture d'une enquête par le Procureur dans deux contextes distincts. L'article 15 du Statut régit l'ouverture d'une enquête *proprio motu*, tandis que l'article 53 §1 concerne les situations qui sont déférées au Procureur par un État partie ou le Conseil de sécurité »²².
17. Or, la motivation des juges peine à convaincre, car la lecture qu'ils donnent de l'article 53 §1 nous semble contestable à plusieurs égards. Premièrement, réserver l'article 53 et précisément son premier paragraphe, aux seules hypothèses de renvois par le Conseil de sécurité ou un État partie va à l'encontre de l'idée qui a prévalu lors de la création de l'article. Gilbert Bitti démontre

¹⁷ G. BITTI, « Article 53 : Ouverture d'une enquête », in J. FERNANDEZ, X. PACREAU (dir.), *op. cit.*, Tome 2, p.1448.

¹⁸ Schématiquement, les deux premiers paragraphes de l'article 53 du Statut, comme le dernier, se rapportent au Procureur et ses obligations quant à l'appréciation de l'ouverture d'une enquête ou de son refus d'enquêter ou de poursuivre. Le troisième paragraphe, lui, est relatif au pouvoir de la Chambre préliminaire et l'étendue de son contrôle sur les décisions du Procureur. Quel que soit le paragraphe concerné, aucune distinction n'est établie entre les hypothèses de saisines *proprio motu* ou sur renvois.

¹⁹ Il s'agit précisément du c) qui prévoit « 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 ».

²⁰ Règle 48. Détermination de l'existence d'une base raisonnable justifiant l'ouverture d'une enquête selon le paragraphe 3 de l'article 15

Pour déterminer s'il y a une base raisonnable pour ouvrir une enquête en application du paragraphe 3 de l'article 15, le Procureur se fonde sur les considérations visées aux alinéas a) à c) du paragraphe 1 de l'article 53.

²¹ CPI, Chambre préliminaire III, *Situation en République de Côte d'Ivoire*, 15 nov. 2011, ICC-02/11, Corrigendum to « Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire », §21-22.

²² CPI, Chambre d'appel, *Situation en République islamique d'Afghanistan*, 5 mars 2020, *op. cit.*, §33.

en effet, à rebours de la motivation des juges, que l'hypothèse d'un article 53 qui aurait été réservé aux cas de renvois a été écartée au fur et à mesure de la rédaction du Statut, dans le même temps que les rédacteurs ont étendu la saisine de la Cour à cette troisième voie²³. L'auteur conclut que « *les travaux préparatoires prouvent [...] [que] l'article 53 du Statut devait être applicable à tous les modes de saisine de la Cour* »²⁴.

Deuxièmement et dans la continuité de cette première erreur, l'appréciation portée par la Chambre d'appel sur le contrôle que doit exercer la Chambre préliminaire, repose sur une hypothèse différente de celle de l'espèce. Dans la présente affaire, les juges étaient tenus d'apprécier le contrôle à l'issue de l'examen préliminaire et au début de l'ouverture d'une enquête. Or, ceux de la Chambre d'appel semblent confondre ce stade procédural avec celui prévu par le troisième paragraphe, réservé aux hypothèses où le Procureur refuse d'enquêter ou de poursuivre. Il affirment en effet que, si la Chambre préliminaire autorise l'enquête sur le fondement de l'article 15 §4, elle n'est en revanche « *pas tenue de déterminer une seconde fois, en vertu de l'article 53 §1 du Statut, qu'il existe une base raisonnable pour ouvrir une enquête* »²⁵. Cette interprétation nous paraît à la fois confuse et erronée : confuse, car l'article 53 §1 ne formule nullement l'exigence d'un second examen, ultérieur et distinct de celui de l'article 15 ; erronée dans la mesure où l'article 53 §1, au même titre que l'article 15, se situent au même stade procédural, à savoir la fin de l'examen préliminaire et la décision d'ouvrir une enquête. L'erreur des juges consiste à se fonder sur l'examen prévu au troisième paragraphe de l'article 53 qui envisage la possibilité de revenir sur la décision de ne pas enquêter ou de ne pas poursuivre prise par le Procureur. Or, en l'espèce, la Cour n'était pas confrontée à un problème de refus d'enquêter, hypothèse sur laquelle semble se fonder les juges, mais sur l'opportunité de mener une enquête. Cela va dans le sens des réserves formulées par le juge Luz del Carmen Ibáñez Carranza²⁶, notamment en réaction à l'affirmation des juges selon laquelle « *il serait contraire à l'idée même de suggérer qu'une obligation d'enquêter pourrait être imposée par la chambre préliminaire en l'absence de demande d'autorisation d'une enquête du Procureur* »²⁷.

Troisièmement, la Chambre d'appel réduit le contrôle que les juges exercent en application de l'article 15 §4, ce qui est contraire à l'idée qui a prévalu lors de l'élaboration du Statut, celle

²³ G. BITTI, *op. cit.*, pp.1453-1455. Par ailleurs, l'auteur démontre que d'autres dispositions du Statut distinguent entre les modes de saisine de la Cour comme les articles 12 §2 et 18 §1.

²⁴ *Ibidem*, p.1454.

²⁵ CPI, Chambre d'appel, *Situation en République islamique d'Afghanistan*, 5 mars 2020, *op. cit.*, §31.

²⁶ CPI, Chambre d'appel, *Situation en République islamique d'Afghanistan*, 5 mars 2020, ICC-02/17-138-Anx-Corr 06-03-2020 1/10 NM PT OA4, Separate opinion of Judge Luz del Carmen Ibáñez Carranza to the Judgment on the appeal against the decision of Pre-Trial Chamber II on the authorization of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan.

²⁷ CPI, Chambre d'appel, *Situation en République islamique d'Afghanistan*, 5 mars 2020, *op. cit.*, §31.

d'ériger un contrepouvoir à celui du Procureur. D'ailleurs, ce dernier argument est avancé par les juges de la Chambre préliminaire pour justifier l'extension de leur pouvoir d'appréciation à l'article 53 §1²⁸.

Enfin, quatrièmement, la motivation est discutable dans la mesure où l'appréciation d'une « base raisonnable pour ouvrir une enquête » s'opérant, pour le cas du Procureur et conformément à la Règle 48 du RPP, d'après les facteurs énoncés à l'article 53 §1 a) et c), il est logique que celle de la Cour s'accomplisse de la même manière, *a fortiori* parce que son contrôle repose, lui aussi, sur cette même norme d'administration de la preuve, ce que prévoit l'article 15 §4.

B. RESTREINDRE LA NORME D'ADMINISTRATION DE LA PREUVE AU STADE DE L'EXAMEN PRELIMINAIRE

18. La restriction du contrôle que les juges opèrent sur la demande du Procureur s'inscrit au sein d'une norme d'administration de la preuve elle-même réduite légalement. En effet, comme le précisent les articles 15 §3, §4 et 53 §1 du Statut et la Règle 48 du RPP, la demande d'autorisation d'enquête par le Procureur ou la décision d'autoriser celle-ci par les juges doivent, toutes deux, reposer sur l'existence d'« une base raisonnable pour ouvrir une enquête ». Au-delà de la seule hypothèse de la saisine *proprio motu*, cette norme d'administration de la preuve est conforme à celle généralement requise au stade de l'examen préliminaire et également exigée dans les hypothèses de renvois par le Conseil de sécurité ou par un État parties (articles 18 §1²⁹ et 53 du Statut).
19. En conformité avec ces textes, la Chambre d'appel juge que « *les informations que le Procureur doit fournir à ce stade sont de nature limitée et très générale. Cela est conforme à la phase préliminaire de la procédure, lorsque le Procureur n'a pas eu l'occasion de recueillir des preuves et d'établir les faits au cours d'une enquête* »³⁰. Cette position des juges n'est pas nouvelle. Elle s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence de la Chambre préliminaire qui avait déjà précisé le contenu d'une « base raisonnable pour enquêter » comme étant « *la norme de preuve la plus basse prévue par le Statut* »³¹. Partant, « les

²⁸ CPI, Chambre préliminaire III, *Situation en République de Côte d'Ivoire*, 15 nov. 2011, *op. cit.*, §21.

²⁹ Article 18. Décision préliminaire sur la recevabilité

1. Lorsqu'une situation a été déferée à la Cour comme le prévoit l'article 13, alinéa a), et que le Procureur a déterminé qu'il y aurait une base raisonnable pour ouvrir une enquête, ou lorsque le Procureur a ouvert une enquête au titre des articles 13, paragraphe c), et 15, le Procureur le notifie à tous les États Parties et aux États qui, selon les renseignements disponibles, auraient normalement compétence à l'égard des crimes dont il s'agit. Il peut le faire à titre confidentiel et, quand il juge que cela est nécessaire pour protéger des personnes, prévenir la destruction d'éléments de preuve ou empêcher la fuite de personnes, il peut restreindre l'étendue des renseignements qu'il communique aux États.

³⁰ CPI, Chambre d'appel, *Situation en République islamique d'Afghanistan*, 5 mars 2020, *op. cit.*, §39.

³¹ CPI, Chambre préliminaire III, *Situation en République de Côte d'Ivoire*, *op. cit.*, §24.

informations dont dispose le Procureur ne sont pas censées être « complètes » ou « concluantes », ce qui contraste avec la situation une fois que les éléments de preuve ont été recueillis au cours de l'enquête. En évaluant les informations fournies par le Procureur et les victimes, la Chambre doit être convaincue qu'il existe une justification raisonnable de croire qu'un crime relevant de la compétence de la Cour « a été ou est en train d'être commis »³².

20. En revanche, avec la présente décision de la Chambre d'appel, cet examen est nettement réduit dans son contenu et dans son étendue, car il ne repose désormais plus sur les facteurs énoncés à l'article 53 §1 a) et c) du Statut. De l'avis de la Chambre, en effet, « si une chambre préliminaire devait appliquer tous les facteurs prévus à l'article 53 §1 a) à c) du Statut, cela inclurait une évaluation de la recevabilité de l'affaire ou des affaires potentielles en vertu de l'article 53 §1 b) du Statut »³³. Force est de constater que la Chambre fait donc abstraction des développements de la Chambre préliminaire, qui spécifiaient nettement que la décision d'autorisation d'enquête ne présupait nullement de la recevabilité ultérieure des affaires³⁴. En outre, la Chambre d'appel ajoute qu'« il suffit, aux fins de la procédure prévue à l'article 15, que le Procureur examine la recevabilité des affaires potentielles pour déterminer s'il doit demander l'autorisation d'ouvrir une enquête en vertu de l'article 15 §3 du Statut ; la chambre préliminaire n'est pas fondée à examiner également cette question »³⁵, pour conclure plus loin que « la chambre préliminaire, en vertu de l'article 15 §4 du Statut, n'est tenue d'évaluer les informations contenues dans la demande du Procureur que pour déterminer s'il existe une base factuelle raisonnable pour ouvrir une enquête, au sens où des crimes ont été commis, et si la ou les affaires potentielles découlant de cette enquête semblent relever de la compétence de la Cour »³⁶.

Vraisemblablement, les juges distinguent donc, désormais, entre deux normes d'administration de la preuve : d'un côté, « une base raisonnable d'enquêter », réservée au Procureur ; d'un autre côté, « une base factuelle raisonnable », réservée au contrôle effectué par le juge et limitée à l'existence de faits susceptibles d'aboutir à des affaires. Le contrôle judiciaire en ressort d'autant plus fragilisé que, là encore, les juges de la Chambre préliminaire érigeaient la norme d'administration de la preuve comme une garantie contre « l'abus de pouvoir » du Procureur³⁷ ou pour « empêcher les enquêtes injustifiées, frivoles ou politiquement motivées »³⁸.

³² *Ibid.*, §25.

³³ CPI, Chambre d'appel, *Situation en République islamique d'Afghanistan*, 5 mars 2020, *op. cit.*, §40.

³⁴ CPI, Chambre préliminaire III, *Situation en République populaire du Bangladesh / République de l'Union du Myanmar*, 14 nov. 2019, ICC-01/19, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar, §12 ; CPI, Chambre préliminaire III, *Situation en République du Burundi*, 25 oct. 2017, *op. cit.*, §28.

³⁵ CPI, Chambre d'appel, *Situation en République islamique d'Afghanistan*, 5 mars 2020, *op. cit.*, §40.

³⁶ *Ibid.*, §45.

³⁷ CPI, Chambre préliminaire I, *Situation en Géorgie*, 27 jan. 2016, ICC-01/15, Decision on the Prosecutor's request for authorization of an investigation, §3 ; Chambre préliminaire II, *Situation en République du Kenya*, 31 mars 2010, *op. cit.*, §18 ; Chambre préliminaire III, *Situation en République du Burundi*, 25 oct. 2017, *op. cit.*, §28

³⁸ CPI, Chambre préliminaire II, *Situation en République du Kenya*, 31 mars 2010, *op. cit.*, §32.

21. À l'avenir, à cause de cette jurisprudence, le contrôle exercé par la Chambre préliminaire s'effectuera *a minima*, facilitant d'autant l'ouverture des enquêtes par le Procureur.

II. FACILITER L'OUVERTURE DES ENQUÊTES PAR LE PROCUREUR

22. Si l'apport de l'arrêt réside essentiellement dans la possibilité offerte au Procureur d'ouvrir plus aisément des enquêtes, les juges auraient pu parvenir à la même solution en définissant les intérêts de la justice, ce qu'ils échouent à faire dans la présente espèce (A), et en s'érigeant par là même comme des garants essentiels à l'effectivité des enquêtes (B).

A. ÉCHOUER À DÉFINIR LE FACTEUR DES INTÉRÊTS DE LA JUSTICE

23. Avec cet arrêt, la Chambre d'appel consacre deux niveaux d'analyse dans l'appréciation des enquêtes initiées *proprio motu*. L'un, cantonné aux dispositions de l'article 15 et incompatible avec les facteurs mentionnés à l'article 53, propre à la Chambre préliminaire. L'autre, prenant appui sur l'article 15 et élargi à l'article 53, limité à l'appréciation réalisée par le Procureur.
24. Dans cette seconde perspective, les juges se contentent d'interpréter à la lettre la Règle 48 du RPP et de conclure que « *À la lumière de ce qui précède, la Chambre d'appel considère que le facteur « intérêts de la justice » énoncé à l'article 53(1)(c) du Statut, bien qu'il fasse partie de l'examen du Procureur au titre de l'article 15(3) du Statut conformément à la règle 48 du Règlement, ne fait pas partie de la décision de la chambre préliminaire au titre de l'article 15(4) du Statut* »³⁹. En d'autres termes, la gravité des crimes, les intérêts des victimes et l'intérêt de la justice sont des facteurs que le Procureur doit considérer à l'appui de sa demande d'enquêter.
25. Cela n'est pas sans susciter des interrogations tant les facteurs en cause, particulièrement la gravité et l'intérêt de la justice, sont reconnus comme éminemment subjectifs⁴⁰. En se prononçant de la sorte, la Chambre d'appel incite le Procureur à faire montre de cette subjectivité dans l'appréciation des facteurs, engendrant dès lors des risques de décisions politiques.
26. D'ailleurs, il est surprenant de voir que la Chambre d'appel n'a pas saisi l'occasion qui lui était offerte de définir ce que recouvre le facteur litigieux – les intérêts de la justice – et qui, rappelons-le, avait conduit au rejet de la demande d'enquête par la Chambre préliminaire. Fort heureusement, le Bureau du Procureur a pris l'initiative, en 2007, de publier un document d'orientation de politique pénale portant sur le facteur en cause. Sa lecture nous enseigne la

³⁹ CPI, Chambre d'appel, *Situation en République islamique d'Afghanistan*, 5 mars 2020, *op. cit.*, §37.

⁴⁰ Sur la gravité, voir par exemple M. DEGUZMAN, « How serious are international crimes ? The gravity problem in international criminal law », in *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 51, n°18, 2012, pp.18-68.

nécessité d'interpréter les intérêts de la justice à la lumière du but et des objectifs du Statut (la lutte contre l'impunité), mais également en prenant en considération prioritairement⁴¹ d'autres facteurs comme la gravité, l'intérêt des victimes, la situation personnelle de l'accusé, les autres mécanismes de justice ou le processus de paix⁴². La demande d'autorisation d'enquête du Procureur dans la présente affaire le démontre à juste titre⁴³. Il n'en demeure pas moins que, malgré cette prudence manifeste, une décision des juges serait plus salubre pour la prévisibilité de la politique pénale. En l'état, les décisions de la Chambre préliminaire ne contribuent pas véritablement à éclairer la notion⁴⁴, à l'exception de celle rendue dans la présente affaire où le facteur est apprécié à l'aune des chances de voir se concrétiser l'enquête et de l'impact que cela produirait sur les victimes et l'opinion publique en général⁴⁵. La motivation ne convainc pas, car celle-ci intervient trop tôt, en amont de la procédure. Au contraire, autoriser le Procureur à enquêter, à collecter des éléments de preuve, au risque, envisageable, de ne pas aboutir à des poursuites, sert davantage l'intérêt de la justice et *a fortiori*, celui des victimes et de l'opinion publique. Conclure dans le sens de la Chambre préliminaire revient à discréditer l'office de la Cour et engage la crédibilité de celle-ci au-delà de l'affaire en cause.

27. C'est pourquoi la Chambre d'appel aurait eu à gagner en précisant ce facteur qui, faute de définition plus précise, avait suscité des craintes de la part des délégations, tant il fait peser le risque de son instrumentalisation⁴⁶. En effet, le Statut présente « les intérêts de la justice » comme une justification pour ne pas enquêter. L'on se demande alors si l'absence d'enquêtes ou de poursuites sert ces intérêts quand, dans le même temps, le Préambule de la Cour érige la lutte contre l'impunité comme une philosophie propre à l'institution. Ainsi, faute de garde-fous efficaces ou de définition précise, cette lutte peut rester vaine ou, du moins, être soumise aux caprices d'États suffisamment puissants pour exercer des pressions sur le Procureur et les membres de son bureau, les contraignant à ne pas enquêter ni poursuivre. Sans étonnement, ces

⁴¹ CPI, Bureau du Procureur, *Policy Paper on the Interests of Justice*, sept. 2007, p.9 : « les intérêts de la justice doivent être compris comme une solution de dernier recours ».

⁴² Le Bureau du Procureur précise que ce facteur relève essentiellement d'autres institutions, laissant penser, selon Gilbert Bitti, « qu'il n'estime pas devoir ne pas enquêter sous prétexte de sauvegarder les chances d'un accord de paix lors d'un conflit », G. BITTI, *op. cit.*, p.1476.

⁴³ CPI, Bureau du Procureur, *Situation en République islamique d'Afghanistan*, 20 nov. 2017, *op. cit.*, §§364-372.

⁴⁴ Les juges se contentent d'avancer qu'il n'y a pas de raisons substantielles de croire qu'une enquête ne servirait pas les intérêts de la justice car, d'une part, l'accusation n'a pas déterminé que l'ouverture d'une enquête irait à l'encontre de ces derniers et, d'autre part, les victimes se prononcent massivement en faveur de l'ouverture d'une enquête. Pour illustration voir CPI, Chambre préliminaire I, *Situation en Géorgie*, 27 jan. 2016, *op. cit.*, §58.

⁴⁵ CPI, Chambre préliminaire II, *Situation en République islamique d'Afghanistan*, 12 avril 2019, *op. cit.*, §96.

⁴⁶ 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), A/CONF.183/C.1/WGPM/L.2/Add.7, §45, p.359.

crainces se réaliseront sous l'administration Trump, allant jusqu'à révoquer les visas de la Procureure Fatou Bensouda⁴⁷.

28. Cet exemple explique peut-être, dans une certaine mesure, la décision des juges d'appel de contredire celle rendue en première instance. Toujours est-il que leur était offerte l'opportunité de rendre un arrêt identique quant à son résultat, mais différente dans les moyens d'y parvenir. Les juges auraient dû saisir l'opportunité de donner corps au facteur des intérêts de la justice en précisant par exemple que ceux-ci ne peuvent être satisfaits à un stade si précoce de la procédure, de manière à contredire l'appréciation qu'en avait fait la Chambre préliminaire. Dans le même temps, la Chambre d'appel aurait fait l'économie d'une motivation techniquement discutable sans amoindrir la portée du contrôle que doit effectuer la Chambre préliminaire.

B. ÉRIGER LE JUGE COMME LE GARANT DE L'EFFECTIVE DES ENQUÊTES

29. L'arrêt n'est pas sans conséquences, tant juridiquement que politiquement. Reste que celles-ci suscitent, de notre part, une analyse ambivalente.
30. Juridiquement nous n'adhérons pas au raisonnement de la Chambre d'appel et celui-ci doit être dénoncé. En effet, tout en réduisant le contrôle exercé par les juges sur l'office du Procureur dans le cadre des enquêtes initiées sur le fondement de l'article 15 du Statut de Rome, la Chambre échoue à convaincre de la pertinence de son analyse. Déjà, parce qu'elle institue un double niveau d'appréciation des demandes en fonction du Procureur et des juges, nonobstant le fait que celle qui était antérieurement mise en œuvre ne posait, juridiquement, aucune difficulté. Ensuite, parce que la Chambre ne prend pas la peine d'apprécier dans l'espèce ni de définir précisément « les intérêts de la justice », alors même qu'elle énonce, non sans aplomb, que « *la chambre préliminaire n'a pas correctement évalué les intérêts de la justice* »⁴⁸. Enfin, parce que la Chambre pouvait tout autant parvenir à la même conclusion : autoriser le Procureur à mener une enquête dans la situation afghane, sans engager sa crédibilité de la sorte. C'est là où le bât blesse, car les juges s'octroient un pouvoir à l'opposé de celui initialement accordé par les rédacteurs du Statut. Pensés comme les garants d'un hypothétique pouvoir abusif du Procureur, ils endossent dorénavant un rôle actif dans l'engagement des poursuites et dans la réalisation de sa politique pénale. La crainte de voir un Procureur puissant et sans contrôle se trouve désormais reportée sur les juges, ce qui n'est pas sans interroger sur l'utilité de la Chambre préliminaire mais surtout sur l'existence de contrepouvoirs : qui contrôle les juges ?

⁴⁷ Le Monde, *Les États-Unis révoquent le visa de la procureure de la Cour pénale internationale*, 5 avril 2019.

⁴⁸ CPI, Chambre d'appel, *Situation en République islamique d'Afghanistan*, 5 mars 2020, *op. cit.*, §49.

31. Cette tendance est à mettre en parallèle avec l'affaire des navires battant pavillons comorien, grec et cambodgien⁴⁹ dans laquelle le Procureur, après avoir mené un examen préliminaire, concluait à l'insuffisante gravité des crimes commis et refusait l'ouverture d'une enquête⁵⁰. C'était sans compter sur l'insistance des juges des chambres préliminaire⁵¹ et d'appel⁵² qui firent front et s'opposèrent à son refus, l'incitant à enquêter.
32. Faut-il y voir une volonté des juges de préférer que des enquêtes soient ouvertes pour toutes les situations dont le Bureau du Procureur se saisit ? Les jurisprudences ultérieures seront riches d'enseignements voire décisives, car elles contribueront, d'une manière ou d'une autre, au développement d'un droit encore balbutiant et à l'éclaircissement de certaines zones d'ombres.
33. Malgré ces critiques, il n'en demeure pas moins que dans une perspective politique cette fois, les conséquences de cette décision peuvent être saluées⁵³. Déjà, la décision contribue à dissiper les accusations d'afrocentrisme émises à l'encontre de la Cour⁵⁴. En effet, même si la procédure n'aboutit pas à engager des poursuites voire à tenir un procès à l'encontre de ressortissants américains, le seul fait d'enquêter sur des exactions commises par des puissances occidentales participe à garantir l'indépendance de la Cour et de ses acteurs vis-à-vis de ces mêmes puissances. Ensuite, parce la dynamique suivie par les juges contribue inévitablement à renforcer l'effet dissuasif de la justice pénale internationale et ce malgré les menaces émises par les États. Comme l'écrit Julian Fernandez : « *L'ouverture d'une enquête en Afghanistan comme les discussions actuelles sur la situation en Palestine montrent que la Cour pénale internationale entend désormais prendre la*

⁴⁹ L'ensemble des documents relatifs à cette situation sont accessibles sur le site internet de la CPI via l'adresse : <https://www.icc-cpi.int/comoros?ln=fr> (consulté le 21/04/2020).

⁵⁰ 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.

⁵¹ 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 juil. 2015, ICC-01/13 ; 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.

⁵² 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.

⁵³ Julian Fernandez écrit : « *On l'aura compris, l'arrêt de la Chambre d'appel est un immense revers pour Washington. Au-delà des poursuites qui pourraient viser militaires et civils américains, la position de la Cour vient plus immédiatement perturber le narratif de la fin de la guerre la plus longue et la plus coûteuse de l'histoire des États-Unis* », J. FERNANDEZ, *Gulliver devant la Cour pénale internationale ?*, 15 mars 2020, accessible sur le blog Liberté, libertés chéries : <https://libertescherries.blogspot.com/2020/03/les-invites-de-llc-julian-fernandez-et.html>, version corrigée par l'auteur de l'article accessible sur le blog du Centre Thucydide : <http://www.afri-ct.org/2020/thucyblog-n-18-gulliver-devant-la-cour-penale-internationale/> (consulté le 21/04/2020).

⁵⁴ M. NICOLAS, *Dossier. La Cour pénale internationale et le retrait des États parties*, Chaire d'excellence Gestion du Conflit et de l'après-conflit, Fondation Université de Limoges, 2017, p.58, accessible via l'adresse : <http://www.unilim.fr/iurco/wp-content/uploads/sites/48/2017/06/Dossier-CPI-et-retrait-des-Etats.pdf> (consulté le 21/04/2020).

mesure de son mandat et s'intéresser aussi aux crimes des puissants. Elle renvoie chacun à ses responsabilités. Et, ne serait-ce que pour cela, il faut voir dans l'arrêt du 5 mars 2020 l'une des décisions les plus importantes de l'histoire de la justice pénale internationale »⁵⁵.

⁵⁵ J. FERNANDEZ, *op. cit.*