

OPINION INDIVIDUELLE DU JUGE PÉTER KOVÁCS

1. Je me rallie à la conclusion finale tirée par la majorité des juges de la Chambre (« la Majorité »), selon laquelle, à l'issue de l'audience et au vu des éléments de preuve présentés, il y a des motifs substantiels de croire qu'Ahmad Al Faqi Al Mahdi est pénalement responsable du crime de guerre que le Procureur lui reproche sur le fondement de l'article 8-2-e-iv du Statut de Rome (« le Statut »). Toutefois, je ne suis pas convaincu par l'approche adoptée par la Majorité, qui a délibérément choisi de sous-estimer le rôle important joué par les chambres préliminaires lorsqu'elles exercent leur fonction de filtre. Je ne souscris pas à la manière dont la Majorité conçoit et motive les décisions de la présente chambre, en particulier celles qui pèsent d'un poids considérable en raison de leur caractère sensible ou parce qu'elles sont au cœur de la procédure préliminaire.

2. Dans ce contexte, je renvoie à des décisions rendues dans le cadre de l'article 15 du Statut, qui revêtent un caractère sensible en raison des conséquences politiques qu'elles pourraient avoir sur la crédibilité et le fonctionnement futur de la Cour pénale internationale (CPI). Je renvoie également à des décisions relatives à la confirmation des charges rendues en vertu de l'article 61-7 du Statut. Celles-ci sont évidemment d'une importance particulière parce qu'elles influenceront le sort d'affaires à venir devant la Cour ainsi que les paramètres de ces affaires lorsque les chambres préliminaires saisies décideront de renvoyer les suspects en jugement. En principe, la présente opinion individuelle devrait être axée sur la décision de la Majorité quant à la confirmation des charges dans l'affaire *Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi* (situation en République du Mali). Toutefois, en raison de ce que je considère comme une mauvaise compréhension du rôle de la Chambre préliminaire, je me vois obligé d'exprimer, en quelques lignes, le mécontentement que suscite en moi l'approche générale adoptée par la Majorité

relativement à ces importantes décisions, avant de me consacrer à l'objet de la présente opinion individuelle.

3. S'agissant de la décision de confirmation des charges rendue par la Majorité en l'espèce (« la Décision de la Majorité »), mes préoccupations portent sur un certain nombre de points liés tant au fond de la décision qu'à sa présentation. Je m'abstiendrai de commenter ici la présentation, pour me concentrer sur le fond.

4. À cet égard, je tiens à souligner que mon désaccord a trait principalement à des déclarations de droit fondamentales plutôt qu'à des faits ; en conséquence, je ne procéderai dans la présente opinion à aucune analyse des faits de l'affaire et des éléments de preuve présentés. Toutefois, il suffit d'indiquer à ce propos que l'une de mes préoccupations découle du fait que, dans sa décision, la Majorité ne fait pas de références concrètes aux éléments de preuve pertinents qui étayaient les allégations du Procureur. Dans les constatations de fait exposées dans la Décision de la Majorité, celle-ci renvoie trois fois, entre parenthèses *seulement*, aux pseudonymes de six témoins, sans même tenter d'établir un lien avec la déclaration produite à l'appui de l'allégation du Procureur, ni préciser la partie de cette déclaration qui est pertinente¹.

¹ Chambre préliminaire I, situation au Mali, [Décision relative à la confirmation des charges portées contre Ahmad Al Faqi Al Mahdi](#), 24 mars 2016, ICC-01/12-01/15-84-Red-tFRA, par. 31, 33 et 45.

5. Dans d'autres parties de sa décision, la Majorité parle d'« éléments de preuve présentés par le Procureur² » ainsi que de « rapports de l'ONU et [d']articles de presse³ » qui confirment l'existence d'un conflit armé ne présentant pas un caractère international⁴ ou le rôle majeur joué par le suspect pour « décourager la population de suivre ses pratiques établies concernant les mausolées [...] [et] procéder à la destruction de ceux-ci⁵ ». Nulle part dans son raisonnement la Majorité ne fait la moindre référence à la source des éléments de preuve sur lesquels elle a fondé ses constatations ou conclusions. Elle ne décrit pas non plus le contenu des rapports émanant de l'ONU ou de la presse qu'elle mentionne. Ce raisonnement donne donc l'impression de reposer sur de simples hypothèses en l'absence de toute corroboration spécifique par les éléments de preuve présentés à la Chambre. En outre, même si le suspect a accepté certains faits comme étant déclarés publiquement, le raisonnement judiciaire exige la présence dans la Décision de la Majorité d'une description en bonne et due forme des faits et des éléments de preuve présentés.

² Chambre préliminaire I, situation au Mali, [Décision relative à la confirmation des charges portées contre Ahmad Al Faqi Al Mahdi](#), 24 mars 2016, ICC-01/12-01/15-84-Red-tFRA, par. 30.

³ Chambre préliminaire I, situation au Mali, [Décision relative à la confirmation des charges portées contre Ahmad Al Faqi Al Mahdi](#), 24 mars 2016, ICC-01/12-01/15-84-Red-tFRA, par. 30.

⁴ Chambre préliminaire I, situation au Mali, [Décision relative à la confirmation des charges portées contre Ahmad Al Faqi Al Mahdi](#), 24 mars 2016, ICC-01/12-01/15-84-Red-tFRA, par. 30.

⁵ Chambre préliminaire I, situation au Mali, [Décision relative à la confirmation des charges portées contre Ahmad Al Faqi Al Mahdi](#), 24 mars 2016, ICC-01/12-01/15-84-Red-tFRA, par. 48 et 49.

6. Comme je l'ai mentionné dans une opinion individuelle antérieure, même dans le contexte d'une procédure relevant de l'article 15⁶, le rôle de la chambre préliminaire (tel que prévu dans le Statut et confirmé dans les travaux préparatoires) n'est pas de réaliser une « [TRADUCTION] évaluation limitée⁷ » mais, notamment, de « [TRADUCTION] rendre une décision claire et motivée présentant une description complète des faits et du droit pertinents pour démontrer la transparence du processus judiciaire et conférer aux débats un caractère convaincant⁸ ». Or je crains que la Décision de la Majorité ne satisfasse pas à ces exigences.

7. Le degré de sérieux de l'examen mené par une chambre ne devrait pas être fonction du stade (préliminaire ou de première instance) de la procédure judiciaire comme le laisse entendre le raisonnement de la Majorité. Le fait que l'on soit dans la phase préliminaire ne justifie pas que l'on procède à une évaluation superficielle des faits ou que l'on néglige la référence en bonne et due forme aux éléments de preuve produits. Cela signifie simplement que l'évaluation devrait être réalisée au regard de la norme d'administration de la preuve requise à ce stade particulier de la procédure, que cette norme soit peu ou très exigeante. Pour autant, une évaluation réalisée par la chambre selon une norme

⁶ Chambre préliminaire I, situation en Géorgie, [Separate Opinion of Judge Péter Kovács](#), 27 janvier 2016, ICC-01/15-12-Anx-Corr.

⁷ Chambre préliminaire I, situation en Géorgie, [Separate Opinion of Judge Péter Kovács](#), 27 janvier 2016, ICC-01/15-12-Anx-Corr, par. 11.

⁸ Chambre préliminaire I, situation en Géorgie, [Separate Opinion of Judge Péter Kovács](#), 27 janvier 2016, ICC-01/15-12-Anx-Corr, par. 12 ; voir aussi, entre autres, Chambre d'appel, [Arrêt relatif à l'appel interjeté par Laurent Koudou Gbagbo contre la décision rendue le 13 juillet 2012 par la Chambre préliminaire I, intitulée « Décision relative à la Requête de la Défense demandant la mise en liberté provisoire du président Gbagbo »](#), 26 octobre 2012, ICC-02/11-01/11-278-Red-tFRA (OA), par. 49 ; Chambre d'appel, [Arrêt relatif à l'appel interjeté par Thomas Lubanga Dyilo contre la décision de la Chambre préliminaire I intitulée « Décision sur la demande de mise en liberté provisoire de Thomas Lubanga Dyilo »](#), 13 février 2007, ICC-01/04-01/06-824-tFRA (OA7), par. 124.

d'administration de la preuve même peu exigeante devrait être *exhaustive*, et cela devrait ressortir de la décision rendue. Toute autre interprétation aurait certainement pour effet de diminuer le rôle attendu de la Chambre préliminaire, lequel a bel et bien été défini par les auteurs du Statut. Cela serait une issue malheureuse pour la Cour dans son ensemble.

8. Il en va de même pour la question controversée de l'évaluation des éléments de preuve au stade préliminaire par rapport à la phase de première instance. Il est tout à fait clair que la Majorité trace une ligne de démarcation nette entre l'évaluation du poids des éléments de preuve au stade préliminaire et cette évaluation pendant la phase de première instance, ne montrant de considération qu'à la seconde.

9. C'est ce qui ressort de la lecture des paragraphes 19 et 20 de la Décision de la Majorité, qui indiquent que celle-ci ne croit pas que la Chambre préliminaire devrait « statuer de manière finale sur la valeur probante des éléments de preuve, y compris en ce qui concerne la crédibilité de témoins⁹ ». En outre, la Majorité estime que la Chambre préliminaire devrait « s'abstenir de chercher à résoudre toute contradiction semblant ressortir des éléments de preuve¹⁰ ». Ce point de vue a manifestement influencé l'approche que la Majorité a suivie tout au long de sa décision concernant l'évaluation des éléments de preuve puisqu'elle « n[y a] trait[é] [...] aucune des questions touchant à la

⁹ Chambre préliminaire I, situation au Mali, [Décision relative à la confirmation des charges portées contre Ahmad Al Faqi Al Mahdi](#), 24 mars 2016, ICC-01/12-01/15-84-Red-tFRA, par. 19.

¹⁰ Chambre préliminaire I, situation au Mali, [Décision relative à la confirmation des charges portées contre Ahmad Al Faqi Al Mahdi](#), 24 mars 2016, ICC-01/12-01/15-84-Red-tFRA, par. 19.

crédibilité des témoins ou à la valeur probante des éléments de preuve, sauf en cas de réponse évidente¹¹ ».

10. Bien que la comparution des témoins au procès puisse apporter des éclaircissements sur des incohérences existant dans leurs témoignages que n'avaient pas révélées leurs déclarations écrites, cela ne change rien au fait que la Chambre préliminaire peut être amenée à statuer *de manière finale* sur des questions de valeur probante, y compris en évaluant la crédibilité de témoins, ou à résoudre d'apparentes incohérences ou contradictions sur la *seule* base de leurs déclarations écrites. Par conséquent, je ne souscris pas à l'interprétation de la Majorité, qui non seulement fait une lecture erronée des parties pertinentes de l'arrêt rendu par la Chambre d'appel en la matière¹², mais aussi est contraire au libellé sans équivoque des articles 64-9 et 69-4 du Statut ainsi que des règles 63-1 et 63-2 du Règlement de procédure et de preuve (« le Règlement »).

11. Aux termes de l'article 64-9-a du Statut, la « Chambre de première instance peut notamment [...] : a) [s]tatuer sur la recevabilité ou la pertinence des preuves [...] ». En outre, l'article 69-4 dit dans sa première partie que « [l]a Cour peut se prononcer sur la pertinence et l'admissibilité de tout élément de preuve [...], en tenant compte notamment de la valeur probante de cet élément de preuve [...] ». Les règles 63-1 et 63-2 du Règlement viennent confirmer que les « règles d'administration de la preuve [...], ainsi qu[e] l'article 69, s'appliquent aux procédures devant toutes les Chambres » et que les

¹¹ Chambre préliminaire I, situation au Mali, [Décision relative à la confirmation des charges portées contre Ahmad Al Faqi Al Mahdi](#), 24 mars 2016, ICC-01/12-01/15-84-Red-tFRA, par. 19.

¹² Chambre d'appel, [Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la Décision relative à la confirmation des charges rendue par la Chambre préliminaire I le 16 décembre 2011](#), 30 mai 2012, ICC-01/04-01/10-514-tFRA (« l'Arrêt *Mbarushimana* OA 4 »).

chambres, préliminaires ou de première instance, « sont habilitées [en vertu de l'article 69-4] à évaluer *librement* tous les moyens de preuve présentés en vue d'en déterminer la pertinence ou l'admissibilité » [non souligné dans l'original]. Partant, en principe, le Statut et le Règlement ne font pas de distinction s'agissant de l'évaluation des éléments de preuve présentés aux différentes chambres, qu'il s'agisse de chambres préliminaires ou de chambres de première instance.

12. Cette conclusion trouve appui dans la jurisprudence de la Chambre d'appel où l'on peut lire que les dispositions susmentionnées « reflètent *toutes* l'autorité générale d'évaluer les éléments de preuve dont jouit la Chambre préliminaire¹³ », et qu'aux fins de l'évaluation des éléments de preuve requise à l'article 61-7 du Statut, le pouvoir de la Chambre préliminaire d'« évaluer librement des éléments de preuve¹⁴ » n'est pas limité. Dans le même arrêt, la Chambre d'appel a exprimé son désaccord avec l'affirmation du Procureur selon laquelle la Chambre préliminaire « ne p[eut] pas évaluer la crédibilité des témoins sans qu'ils déposent en personne¹⁵ ». La Majorité a clairement contredit cette déclaration au paragraphe 19 de sa décision, en expliquant que « ce n'est qu'au procès, lorsque *les témoins seront appelés à la barre* et leur témoignage sera dûment mis à l'épreuve,

¹³ Chambre d'appel, [Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la Décision relative à la confirmation des charges rendue par la Chambre préliminaire I le 16 décembre 2011](#), 30 mai 2012, ICC-01/04-01/10-514-tFRA (« l'Arrêt *Mbarushimana* OA 4 »), par. 41 [non souligné dans l'original].

¹⁴ Chambre d'appel, [Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la Décision relative à la confirmation des charges rendue par la Chambre préliminaire I le 16 décembre 2011](#), 30 mai 2012, ICC-01/04-01/10-514-tFRA (« l'Arrêt *Mbarushimana* OA 4 »), par. 42.

¹⁵ Chambre d'appel, [Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la Décision relative à la confirmation des charges rendue par la Chambre préliminaire I le 16 décembre 2011](#), 30 mai 2012, ICC-01/04-01/10-514-tFRA (« l'Arrêt *Mbarushimana* OA 4 »), par. 45.

que la crédibilité pourra être appréciée comme il se doit¹⁶ ». La Majorité est également allée à l'encontre d'une autre conclusion de la Chambre d'appel lorsqu'elle a déclaré : « [t]ant que tous les éléments de preuve n'auront pas été présentés, la Chambre devrait s'abstenir de chercher à résoudre toute contradiction semblant ressortir des éléments de preuve¹⁷ ». La conclusion de la Majorité contredit clairement l'affirmation de la Chambre d'appel selon laquelle elle n'était pas « convaincue par l'argument du Procureur selon lequel la Chambre préliminaire ne peut pas évaluer convenablement les éléments de preuve parce qu'elle ne dispose pas de la totalité de ceux-ci¹⁸ ». En outre, je ne vois pas comment la Chambre préliminaire pourrait « différencier les affaires et les charges qui méritent d'être renvoyées en jugement de celles qui ne le devraient pas » sans avoir procédé à une évaluation en bonne et due forme des éléments de preuve présentés par le Procureur¹⁹. Il s'agit là d'un rôle essentiel que la Chambre préliminaire doit jouer non seulement dans l'intérêt de l'économie judiciaire mais aussi, et surtout, pour préserver la crédibilité de la Cour.

¹⁶ Chambre préliminaire I, situation au Mali, [Décision relative à la confirmation des charges portées contre Ahmad Al Faqi Al Mahdi](#), 24 mars 2016, ICC-01/12-01/15-84-Red-tFRA, par. 19.

¹⁷ Chambre préliminaire I, situation au Mali, [Décision relative à la confirmation des charges portées contre Ahmad Al Faqi Al Mahdi](#), 24 mars 2016, ICC-01/12-01/15-84-Red-tFRA, par. 19.

¹⁸ Chambre d'appel, [Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la Décision relative à la confirmation des charges rendue par la Chambre préliminaire I le 16 décembre 2011](#), 30 mai 2012, ICC-01/04-01/10-514-tFRA (« l'Arrêt *Mbarushimana* OA 4 »), par. 44.

¹⁹ Chambre d'appel, [Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la Décision relative à la confirmation des charges rendue par la Chambre préliminaire I le 16 décembre 2011](#), 30 mai 2012, ICC-01/04-01/10-514-tFRA (« l'Arrêt *Mbarushimana* OA 4 »), par. 39.

13. L'approche adoptée par la Majorité concernant, notamment, l'évaluation des éléments de preuve s'inspire dans une large mesure de certaines déclarations tirées du Guide pratique de procédure pour les Chambres (« le Guide de procédure »), lequel n'a certainement aucune force juridique²⁰, si l'on considère le droit applicable tel que l'ont conçu les auteurs du Statut. Aux termes de l'article 21 du Statut, la Cour applique :

a) [e]n premier lieu, le [...] Statut, les Éléments des crimes et le Règlement de procédure et de preuve ; b) [e]n second lieu, selon qu'il convient, les traités applicables et les principes et règles du droit international, y compris les principes établis du droit international des conflits armés ; c) [à] défaut, les principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde, y compris, selon qu'il convient, les lois nationales des États sous la juridiction desquels tomberait normalement le crime, si ces principes ne sont pas incompatibles avec le présent Statut ni avec le droit international et les règles et normes internationales reconnues²¹.

14. Ainsi, je trouve difficile de placer le Guide de procédure parmi les sources de droit applicables à la Cour. Ce guide est un outil pédagogique ou informatif, mais il ne constitue pas un véritable instrument juridique en tant que tel. Il est par conséquent encore plus difficile, voire impossible, d'imaginer qu'il prévale sur le Statut et le Règlement. Ces textes réglementaires énoncent clairement que la question de l'appréciation des éléments de preuve, de leur valeur probante et du règlement de toute incohérence, qu'elle soit « légère » ou « manifeste », est une question qui relève également du mandat de la chambre préliminaire.

15. Cet avis sur la place du Guide de procédure trouve également appui dans un arrêt rendu récemment dans l'affaire *Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé*. Lorsque Laurent Gbagbo a fait valoir que la décision de la Chambre de première instance I d'avoir recours à la norme 55 du Règlement de la Cour était « [TRADUCTION] incompatible avec la

²⁰ Guide pratique de procédure pour les Chambres, février 2016, p. 17.

²¹ Statut de Rome, alinéas a) à c) de l'article 21-1.

recommandation faite dans le guide²² », la Chambre d'appel a jugé cet argument « [TRADUCTION] peu judicieux²³ ». Afin de clarifier la question, elle a conclu ce qui suit :

[TRADUCTION] Le Guide pratique de procédure pour les Chambres est un document explicatif qui contient des recommandations et des orientations générales concernant les meilleures pratiques à la Cour [...]. Toutefois, il n'est pas un instrument contraignant censé avoir la même force et le même effet que le Statut, le Règlement de procédure et de preuve ou le Règlement de la Cour²⁴.

Par conséquent, la démarche consistant à se fonder sur certaines déclarations relatives à l'évaluation des preuves au stade préliminaire telle qu'évoquée dans ce guide pratique, d'une manière qui va clairement à l'encontre des dispositions explicites en matière de preuve qui figurent dans les articles 64-9 et 69-4 du Statut ainsi que les règles 63-1 et 63-2 du Règlement, est également une démarche peu judicieuse.

16. Même à supposer que la Chambre ait été censée suivre le Guide de procédure, il ressort clairement du raisonnement exposé dans la Décision de la Majorité que la section présentant les constatations de fait ne respecte pas ledit guide. Dans ce contexte, celui-ci précise que « pour prendre la décision relative à la confirmation des charges, la chambre préliminaire examinera tous les éléments de preuve énumérés dans l'inventaire des preuves des parties et [...] tout autre élément de preuve que les parties se seraient communiqué, à condition que ces dernières aient eu la possibilité d'être entendues à son sujet²⁵ ». Il indique également qu'« [i]l [devrait être] fait référence aux éléments de preuve

²² Chambre d'appel, [Judgment on the appeal of Mr Laurent Gbagbo against the decision of Trial Chamber I entitled 'Decision giving notice pursuant to Regulation 55\(2\) of the Regulations of the Court'](#), 18 décembre 2015, ICC-02/11-01/15-369, par. 54.

²³ Chambre d'appel, [Judgment on the appeal of Mr Laurent Gbagbo against the decision of Trial Chamber I entitled 'Decision giving notice pursuant to Regulation 55\(2\) of the Regulations of the Court'](#), 18 décembre 2015, ICC-02/11-01/15-369, par. 54.

²⁴ Chambre d'appel, [Judgment on the appeal of Mr Laurent Gbagbo against the decision of Trial Chamber I entitled 'Decision giving notice pursuant to Regulation 55\(2\) of the Regulations of the Court'](#), 18 décembre 2015, ICC-02/11-01/15-369, par. 54.

²⁵ Guide de procédure, février 2016, p. 15.

(y compris à des faits subsidiaires) dans la mesure nécessaire et suffisante pour étayer les conclusions de fait relatives aux faits essentiels²⁶ ». Pourtant, tel n'est pas le cas ici et, comme on l'a dit plus haut, la Majorité n'a pas fait de références concrètes, dans sa décision, aux éléments de preuve étayant les allégations de fait du Procureur. Elle a donc opté pour une approche non seulement sélective mais aussi apparemment incohérente en essayant d'appliquer le Guide de procédure. Selon moi, cela pourrait avoir des conséquences négatives à l'avenir. C'est le danger que présente ce préjudice potentiel qui m'a incité à rédiger la présente opinion individuelle.

Fait en anglais et en français, la version anglaise faisant foi.

/signé/

M. Péter Kovács

Juge

Fait le lundi 9 mai 2016

À La Haye (Pays-Bas)

²⁶ Guide de procédure, février 2016, p. 18.