

OPINION PARTIELLEMENT DISSIDENTE DES JUGES
EBOE-OSUJI ET BOSSA

1. La présente Cour a été établie pour garantir que justice soit rendue aux victimes et aux parties dans le respect du droit. Elle n'a pas été créée pour que des juges exercent leur pouvoir à leur guise, même avec les meilleures intentions du monde. Dès lors, les juges de la Cour — même réunis en plénière — ont le devoir de s'acquitter de leurs fonctions dans le plein respect du droit, qui doit leur servir de fil conducteur. Partant, les mesures prises par les juges — même réunis en plénière — ne sauraient se substituer au droit, et lesdites mesures peuvent effectivement soulever des questions de conformité — comme envisagé à l'article 51-4 du Statut de Rome — entre le Statut et le Règlement de procédure adopté par les juges réunis en plénière.

*

2. Nous sommes au regret de ne pouvoir nous rallier à la majorité des juges composant la Chambre d'appel pour confirmer la décision de la Chambre préliminaire, aussi bien sur la question de l'applicabilité de la règle provisoire que sur celle de la compatibilité entre le projet de règle modifiée et le Statut de Rome.

3. Il est regrettable que l'Assemblée des États parties laisse cette question sans réponse depuis cinq ans. Cela ne devrait cependant pas donner lieu à une interprétation qui, en dépit de la formulation des articles 51-1 et 51-3, impose dans le système une nouvelle règle ou une modification décidée par les juges — sans qu'elle ait été adoptée, rejetée ou modifiée par l'Assemblée des États parties — entre le moment de son adoption par les juges et la réunion suivante de l'Assemblée des États parties.

4. Un rappel des articles 51-1 et 51-3 du Statut s'impose. Ils disposent ce qui suit :

1. Le Règlement de procédure et de preuve entre en vigueur dès son adoption par l'Assemblée des États Parties à la majorité des deux tiers de ses membres.

[...]

3. Après l'adoption du Règlement de procédure et de preuve, *dans les cas urgents où la situation particulière portée devant la Cour n'est pas prévue par le Règlement*, les juges peuvent, à la

majorité des deux tiers, établir des règles provisoires qui s'appliquent jusqu'à ce que l'Assemblée des États Parties, à sa réunion ordinaire ou extraordinaire suivante, les adopte, les modifie ou les rejette. [non souligné dans l'original.]

PARTIE I : DE L'APPLICABILITÉ DE LA RÈGLE PROVISOIRE

5. D'un point de vue purement temporel, et en partant du principe que la règle provisoire a été valablement adoptée, nous ne sommes pas convaincus qu'elle continue de s'appliquer après la « réunion ordinaire ou extraordinaire suivante » de l'Assemblée des États parties, qui suit la date à laquelle les juges ont adopté la règle provisoire. À cet égard, nous trouvons globalement convaincants les arguments présentés par le Bureau du conseil public pour la défense et par le conseil de Paul Gicheru.

6. Surtout, nous ne sommes pas convaincus que le régime provisoire exposé à la règle 51-3 s'applique, pour commencer, aux circonstances de la présente espèce, parce que la raison d'être de cette disposition réside dans le cas de figure qui y est envisagé, à savoir : « dans les cas urgents où la situation particulière portée devant la Cour n'est pas prévue par le Règlement ». Ce cas de figure requiert la réunion de deux éléments. D'abord, l'existence d'une urgence, mais surtout l'exacerbation de cette urgence parce que la « situation particulière portée devant la Cour n'est pas prévue par le Règlement ». C'est cette combinaison de circonstances qui rend nécessaire l'adoption par les juges d'une règle provisoire permettant au processus judiciaire de se poursuivre en attendant que l'Assemblée des États parties adopte, modifie ou rejette ladite règle. Ces circonstances ne sont pas réunies dans l'affaire portée devant la Chambre. Il existait déjà des règles qui auraient permis de régir la situation en question. L'affaire *Bemba n° 2*, également connue sous le nom d'affaire *Bemba et autres*, qui est semblable à la présente espèce, s'est vue appliquer les règles préexistantes. Cela signifie que l'affaire concernant Paul Gicheru peut elle aussi être très bien menée sur le fondement des mêmes règles qui ont présidé au procès et à l'appel dans l'affaire *Bemba n° 2*. Il est vrai que les nouvelles règles poursuivent l'objectif raisonnable de renforcer l'efficacité du processus et d'économiser des moyens humains. Mais c'est tout autre chose que de dire que l'on était face à une situation urgente non prévue par le Règlement.

PARTIE II : LA QUESTION DE LA COMPATIBILITÉ

7. Le Bureau du conseil public pour la défense et le conseil de Paul Gicheru reprochent au nouvel amendement d'être incompatible avec le Statut de Rome. Nous en sommes convaincus, mais pour d'autres raisons que celles abondamment argumentées par les parties.

8. Nous ne sommes pas persuadés que la suppression du droit d'interjeter un appel interlocutoire — telle que prévue par la nouvelle règle — porte atteinte aux droits de l'accusé. De nombreuses juridictions nationales ne reconnaissent pas aux parties le droit de former un appel interlocutoire au milieu du procès. Les parties peuvent conserver leurs questions d'appel pendant tout le procès et les plaider, le cas échéant, après le prononcé du jugement sur le fond. Les principes applicables en matière de droits de l'homme ne viennent pas contredire cette approche. De plus, il n'y a pas de *droit*, en tant que tel, à un appel interlocutoire devant la CPI. L'appel interlocutoire n'est qu'une tolérance procédurale reposant principalement sur « l'avis » de la Chambre préliminaire ou de la Chambre de première instance qu'il existe une question procédurale épineuse dont « le règlement immédiat par la Chambre d'appel pourrait faire sensiblement progresser la procédure¹ ». De fait, c'est là une nouveauté introduite par les tribunaux ad hoc après qu'ils ont commencé à fonctionner, et qui n'avait même pas été envisagée dans les instruments d'origine de ces tribunaux². Cette nouveauté avait un réel sens

¹ Voir article 82-1-d du Statut de Rome.

² Il convient de mentionner que les dispositions d'origine communes aux Règlements de procédure et de preuve du TPIY et du TPIR permettaient de soulever des exceptions préjudicielles uniquement dans les 60 jours suivant la comparution initiale, sauf en ce qui concerne les exceptions d'incompétence, qui pouvaient être soulevées après ce délai. Mais la décision relative à ces exceptions préjudicielles ne pouvait pas faire l'objet d'un appel interlocutoire. Voir les articles 72 et 73 de la première version du Règlement de procédure et de preuve du TPIY adoptée le 11 février 1994. Dans le cadre de la 3^e révision dudit Règlement, le 30 janvier 1995, il a été précisé que la Chambre de première instance se prononçait sur les exceptions préjudicielles *in limine litis* et que la décision ainsi rendue « *n'est pas susceptible d'appel*, sauf dans le cas où la Chambre a rejeté une exception d'incompétence ». Voir article 72 B, non souligné dans l'original. Dès la 9^e révision des 25 juin 1996 et 5 juillet 1996, l'exception à la règle générale contre l'appel interlocutoire a été reconnue « dans les autres cas, lorsque l'autorisation d'appeler est accordée par trois Juges de la Chambre d'appel, pour autant que le requérant ait démontré l'existence de motifs sérieux dans les sept jours de la décision entreprise ». Ce n'est pas avant la 12^e révision, datée du 12 novembre 1997, qu'il a été reconnu que les parties pouvaient déposer des requêtes autres qu'une exception préjudicielle. Mais même dans ce cas, les décisions relatives à ces requêtes « *ne pouvaient faire l'objet d'un appel interlocutoire*, sauf autorisation de trois juges de la Chambre d'appel, lesquels peuvent donner leur aval, (i) si la décision contestée est susceptible d'infliger à la partie souhaitant interjeter appel un préjudice tel qu'il ne pourrait pas être réparé à l'issue du procès, y compris par un éventuel appel postérieur au jugement ou (ii) si la question en jeu

dans le contexte de tribunaux ad hoc, dont la durée de vie peut ne pas être garantie suffisamment longtemps pour permettre l'éventail complet des solutions — par exemple la tenue d'un nouveau procès devant la même chambre — offertes à la fin d'un appel au cours duquel toutes les questions de l'affaire peuvent être examinées si elles ne l'ont pas été dans le cadre d'un appel interlocutoire. Dans une certaine mesure, cette considération vaut pour la CPI, compte tenu du caractère non renouvelable du mandat de neuf années des juges. Mais elle n'a pas grand-chose à voir avec le « droit » des parties.

9. Nous ne considérons pas non plus qu'il y ait violation des droits de l'accusé du fait des nouvelles règles réduisant à un seul (pour la chambre préliminaire et de première instance) et à trois (pour la Chambre d'appel) le nombre de juges composant les chambres au lieu de la composition traditionnelle de trois juges pour les chambres préliminaire et de première instance et de cinq pour la Chambre d'appel. Tout d'abord, le nouveau régime s'applique de la même manière à toutes les parties et tous les participants — accusation, victimes et défense. Ensuite, rien dans les normes juridiques internationales relatives aux droits de l'homme — telles qu'elles ressortent de l'article 67 du Statut de Rome ou plus largement — ne laisse entendre que les exigences minimales du procès équitable requièrent une formation de trois juges pour mener la procédure en première instance et une formation de cinq juges pour connaître de l'appel. Enfin, dans une grande partie du monde, il est tout à fait normal que la procédure judiciaire soit conduite par une chambre composée d'un juge unique en première instance et de trois juges en appel.

10. Pour les raisons qui précèdent, nous ne sommes pas convaincus que les nouvelles règles soient incompatibles avec le Statut au motif qu'elles portent atteinte aux droits de l'accusé.

11. Nous sommes cependant convaincus que la modification est sur le fond incompatible avec le Statut de Rome. C'est l'article 39-2 qui en est la cause.

dans l'appel envisagé est une question d'intérêt général pour le Tribunal ou pour le droit international en général ». Voir article 73 B de la 12^e version du Règlement de procédure et de preuve du TPIY, non souligné dans l'original. Et ce n'est que depuis la 24^e version du 5 août 2002 que le Règlement de procédure du TPIY a commencé à faire écho au texte de l'article 82-1-d du Statut de Rome : « Les décisions *relatives à toutes les requêtes* ne pourront pas faire l'objet d'un appel interlocutoire, à l'exclusion des cas où la Chambre de première instance a certifié l'appel, après avoir vérifié que la décision touche une question susceptible de compromettre sensiblement l'équité et la rapidité du procès, ou son issue, et que son règlement immédiat par la Chambre d'appel pourrait concrètement faire progresser la procédure ». Voir l'article 73 B de la 24^e version du Règlement de procédure du TPIY, non souligné dans l'original.

12. L'article 39-2-a du Statut dispose que « [l]es fonctions judiciaires de la Cour *sont* exercées dans chaque section par des Chambres » [non souligné dans l'original]. Et l'article 39-2-b en précise la composition : « i) La Chambre d'appel *est* composée de tous les juges de la Section des appels ; ii) Les fonctions de la Chambre de première instance *sont* exercées par trois juges de la Section de première instance ; iii) Les fonctions de la Chambre préliminaire *sont* exercées soit par trois juges de la Section préliminaire soit par un seul juge de cette Section conformément au présent Statut et au Règlement de procédure et de preuve » [non souligné dans l'original].

13. Puisque la composition des chambres qui *exercent* les fonctions judiciaires à la Cour est énoncée en ces termes impératifs, il faut à notre sens bien plus qu'un amendement du Règlement pour la modifier. C'est pour cette raison que l'amendement est incompatible avec le Statut de Rome.

14. Nous ne sommes pas persuadés que l'article 70-2 soit une voie sûre pour contourner la difficulté. Dans ses passages pertinents, il dispose que « [l]es principes et les procédures régissant l'exercice par la Cour de sa compétence à l'égard des atteintes à l'administration de la justice en vertu du présent article sont énoncés dans le Règlement de procédure et de preuve ». Les « principes et procédures » portent sur *la manière dont* une chose doit être faite. Il faut tout d'abord établir le *cadre structurel* dans lequel cette chose doit être faite. Vient ensuite *la manière dont* la chose doit être faite à l'intérieur de ce cadre structurel. À la Cour, le cadre structurel pour l'exercice des fonctions judiciaires est établi à l'article 39-2 du Statut adopté à Rome en 1998. Les États parties ont ensuite établi un autre processus pour l'adoption du Règlement de *procédure* et de preuve. Les États parties n'ont pas utilisé le Règlement de procédure et de preuve pour établir la composition de chambres chargées d'exercer les fonctions judiciaires s'agissant des crimes visés à l'article 5. Par analogie, nous ne sommes pas persuadés qu'il soit sûr de s'appuyer sur le Règlement de procédure et de preuve pour composer des chambres devant connaître des infractions visées à l'article 70 simplement parce que l'article 70-2 donne l'autorisation d'énoncer des principes et des procédures pouvant régir l'exercice par la Cour de sa compétence à l'égard de ces infractions.

15. En conclusion, nous sommes convaincus que, sur le fond, la question requiert l'infirmer de la décision de la Chambre préliminaire, pour les raisons exposées ci-dessus.

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

/signé/

M. le juge Chile Eboe-Osuji

/signé/

Mme la juge Solomy Balungi Bossa

Fait le 8 mars 2021

À La Haye (Pays-Bas)