

CHRONIQUE INTERNATIONALE – Octobre / décembre 2010

Chronique de jurisprudence de la Cour pénale internationale ¹

Gilbert Bitti, Conseiller juridique hors classe à la section préliminaire de la Cour pénale internationale

Depuis le mois de novembre 2009, quatre nouveaux États ² ont ratifié le Statut de Rome (ci-après le « Statut ») de la Cour pénale internationale (ci-après la « CPI » ou la « Cour »), portant à 114 le nombre d'États parties au Statut au 1^{er} janvier 2011. Le groupe des États Afrique, avec 31 États, est toujours le groupe le plus important au sein de l'Assemblée des États parties au Statut ; viennent ensuite et à égalité le groupe des États d'Europe occidentale et autres États (25 États) ainsi que le groupe des États d'Amérique latine et des Caraïbes (25 États), puis le groupe des États d'Europe centrale et orientale (18 États) et enfin le groupe des États d'Asie qui comprend 15 États.

La Conférence de révision du Statut, la première dans l'histoire de l'institution s'est tenue en Ouganda, à Kampala, du 31 mai au 11 juin 2010.

Il n'y avait manifestement aucune volonté politique pour rouvrir les négociations sur le Statut et celui-ci n'a subi aucune modification. Il était difficile de justifier des modifications d'une procédure qui n'a pas encore été complètement « testée », puisqu'aucun procès n'a encore été achevé devant la Cour. Cependant, certains ajouts ont été faits au Statut en ce qui concerne les crimes relevant de la compétence de la CPI.

L'ajout essentiel concerne le crime d'agression pour lequel une définition a enfin été trouvée et qui fait l'objet d'un nouvel article 8 *bis* du Statut, adopté le 11 juin 2010 à la Conférence de révision de Kampala³ mais qui n'est pas encore entré en vigueur. L'article 8 *bis*, paragraphe 1^{er} est ainsi rédigé :

« Aux fins du présent Statut, on entend par "crime d'agression" la planification, la préparation, le lancement ou l'exécution par une personne effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État, d'un acte d'agression qui, par sa nature, sa gravité et son ampleur, constitue une violation manifeste de la Charte des Nations Unies ».

L'acte d'agression est, lui, défini au paragraphe 2 du même article conformément à la définition donnée par la résolution 3314 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 14 décembre 1974.

L'exercice de la compétence de la Cour est régi, d'une manière fort complexe, par les nouveaux articles 15 *bis* et 15 *ter* du Statut, également adoptés à la Conférence de révision de Kampala et qui ne sont pas encore entrés en vigueur. Il résulte de ces articles que l'exercice de la compétence de la Cour en ce qui concerne le crime d'agression est soumis à la double condition qu'une décision de l'Assemblée des États Parties soit prise en ce sens après le 1^{er} janvier 2017 et qu'au moins 30 États aient ratifié l'amendement adopté à la Conférence de révision de Kampala concernant le crime

¹ Les points de vue exprimés dans le présent document sont ceux de l'auteur en sa capacité personnelle et ne reflètent en aucune façon ceux de la Cour pénale internationale.

² Il s'agit du Bangladesh le 23 mars 2010, des Seychelles le 10 août 2010, de Sainte-Lucie le 18 août 2010 et enfin de la République de Moldova le 12 oct. 2010.

³ V. la résolution adoptée le 11 juin 2010 par la Conférence de révision, document RC/Res.6 intitulé « Le crime d'agression » disponible sur le site internet de la CPI, sous la rubrique « Assemblée des États Parties ».

d'agression. Il faudra donc être patient avant de voir des poursuites devant la CPI pour crime d'agression.

Si l'exercice de la compétence de la Cour à l'égard du crime d'agression est assez simple lorsque le Conseil de sécurité des Nations Unies saisit la Cour (article 15 *ter*), il est en revanche soumis à de nombreuses conditions préalables lorsque le Procureur a été saisi par un État partie au Statut ou lorsqu'il agit de sa propre initiative (article 15 *bis*).

Un autre ajout intéressant⁴ concerne celui de trois crimes de guerre dans le contexte d'un conflit armé non international, à savoir:

- a) le fait d'employer du poison ou des armes empoisonnées;
- b) le fait d'employer des gaz asphyxiants, toxiques ou similaires, ainsi que tout liquides, matières ou procédés analogues;
- c) le fait d'utiliser des balles qui s'épanouissent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain, telles que des balles dont l'enveloppe dure ne recouvre pas entièrement le centre ou est percée d'entailles.

Ces comportements constituaient des crimes de guerre dans le Statut tel qu'adopté en 1998 dans le contexte d'un conflit armé international mais pas dans le contexte d'un conflit armé non international.

En ce qui concerne la liste des situations qui sont sous « examen préliminaire », étape préalable à l'ouverture d'une enquête, par le Bureau du Procureur à La Haye, elle continue de s'allonger au gré de l'actualité internationale. En effet, en plus des situations qui faisaient déjà l'objet d'un examen préliminaire au mois de novembre 2009, certaines depuis plusieurs années (à savoir les situations en Colombie, Géorgie, Palestine, Côte d'Ivoire, Afghanistan et Guinée⁵), se sont ajoutées les situations au Honduras, au Nigeria et en République de Corée. Le Bureau du Procureur a donc inventé le concept d'examen préliminaire permanent, ne se fixant aucune date pour décider d'enquêter ou non dans ces situations. Le contenu réel de ces examens préliminaires est assez nébuleux. Il semble que la volonté du Procureur est d'utiliser ces examens préliminaires comme une menace planant au-dessus des États, pour les pousser à exercer eux-mêmes des poursuites. L'idée est intéressante, mais, d'une part, elle ne correspond pas vraiment à l'objet et au but de l'examen préliminaire dans le Statut, à savoir décider ou non de l'ouverture d'une enquête et, d'autre part, un examen préliminaire qui dure des années devient forcément de moins en moins crédible. Ceci est d'autant plus vrai si les examens préliminaires se multiplient.

Alors qu'au début de ses activités, la Cour avait été saisie de différentes situations⁶ par des États parties ainsi que par le Conseil de sécurité, la dernière saisine remonte maintenant à plus de cinq ans. Ceci a amené le Procureur à utiliser au mois de novembre 2009 les pouvoirs qu'il tient de l'article 15 du Statut pour ouvrir une enquête de sa propre initiative dans la situation au Kenya et solliciter à cette fin l'autorisation de la Chambre préliminaire II. Cette autorisation a été donnée le 31 mars 2010⁷ par cette Chambre, dans une décision comprenant une opinion de la majorité longue de 83 pages et une opinion dissidente longue de 80 pages. Cette décision mérite, eu égard à ses

⁴ V. la résolution adoptée le 10 juin 2010 par la Conférence de révision à Kampala, document RC/Res.5 intitulé « Amendements à l'article 8 du Statut de Rome » disponible sur le site internet de la CPI, sous la rubrique « Assemblée des États Parties ».

⁵ V. le bulletin d'information hebdomadaire du Bureau du Procureur, disponible sur le site internet de la CPI, sous la rubrique « Bureau du Procureur ».

⁶ Il s'agit de saisines étatiques pour les situations en Ouganda, en République démocratique du Congo et en République centrafricaine et d'une saisine par le Conseil de sécurité des Nations Unies pour la situation au Darfour (Soudan).

⁷ CPI, Situation au Kenya, ICC-01/09-19, Chambre préliminaire II, Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation in to the Situation on the Republic of Kenya (uniquement disponible en anglais), 31 mars 2010.

développements très intéressants sur la définition des crimes contre l'humanité, un commentaire particulier dans cette chronique.

➤ LE POINT SUR LES AFFAIRES EN COURS

Depuis la remise de Jean-Pierre Bemba Gombo par la Belgique à la CPI en juillet 2008, aucun des mandats d'arrêt délivré par la Cour n'a été exécuté et seules quatre personnes⁸ sont détenues à La Haye pour le compte de la CPI dans l'établissement pénitentiaire mis à sa disposition par les Pays-Bas. Mais la situation devrait bientôt changer puisque Callixte Mbarushimana, arrêté à la demande de la CPI en octobre 2010 à Paris, devrait être remis à celle-ci en janvier ou février 2011.

Certaines affaires n'ont connu aucune évolution : c'est le cas de l'affaire contre Joseph Kony, Raska Lukwiya (décédé après l'émission du mandat d'arrêt), Okot Odhiambo, Dominic Ongwen et Vincent Otti dans la situation en Ouganda où les cinq mandats d'arrêt délivrés en juillet 2005 n'ont toujours pas été exécutés.

Il en va de même pour le mandat d'arrêt émis contre Bosco Ntaganda en 2006 par la Chambre préliminaire I dans la situation en République démocratique du Congo qui n'a toujours pas été exécuté, ainsi que pour les mandats d'arrêt émis en 2007 contre Ahmad Harun et Ali Kushayb dans la situation au Darfour, Soudan, qui sont également toujours en attente d'exécution.

Devant la faiblesse de la coopération des États en ce qui concerne l'exécution des mandats d'arrêt délivrés par la Cour, certains depuis plus de cinq ans, le Procureur a changé de tactique depuis 2009 et a multiplié les requêtes aux fins d'obtenir non pas des mandats d'arrêt mais des citations à comparaître en application de l'article 58, paragraphe 7, du Statut. Il s'agit en fait d'obtenir que la personne poursuivie compareaisse volontairement devant la Cour. Le Procureur invite les suspects à venir se défendre devant la Cour et éviter ainsi un mandat d'arrêt qui, même s'il n'est pas exécuté, réduit les possibilités de mouvement de l'intéressé.

Ainsi, le Procureur a présenté deux requêtes le 15 décembre 2010 pour obtenir des citations à comparaître dans deux affaires contre six personnes au total dans la situation au Kenya, à savoir William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang dans la première affaire⁹, et Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta et Mohammed Hussein Ali dans la seconde affaire¹⁰. Le Procureur sollicite contre toutes ces personnes des citations à comparaître car, eu égard à leur position dans le gouvernement du Kenya, il estime qu'une citation à comparaître devrait suffire à assurer leur comparution devant la Cour et qu'il n'y a pas de risque de fuite.

Le Procureur sollicite que ces citations à comparaître soient assorties, en application de l'article 58, paragraphe 7, du Statut et de la règle 119 du Règlement de procédure et de preuve (ci-après le « Règlement »), de conditions restrictives de liberté, à savoir ne pas avoir de contact avec les autres suspects, ne pas tenter d'avoir des contacts avec des victimes ou des témoins, ne pas tenter

⁸ Thomas Lubanga Dyilo, Germain Katanga, Mathieu Ngudjolo Chui et Jean-Pierre Bemba Gombo.

⁹ CPI, Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-30-Red, Office of the Prosecutor, Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 as to William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang (uniquement disponible en anglais), 15 déc. 2010. Cette affaire concerne des crimes contre l'humanité, à savoir meurtres, déportation ou transfert forcé de population, tortures et persécutions, prétendument commis au Kenya entre déc. 2007 et janv. 2008.

¹⁰ CPI, Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-31-Red, Office of the Prosecutor, Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 as to Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali (uniquement disponible en anglais), 15 déc. 2010. Cette affaire concerne des crimes contre l'humanité, à savoir meurtres, déportation ou transfert forcé de population, viols ou autres formes de violence sexuelle, persécutions et autres actes inhumains, prétendument commis au Kenya entre déc. 2007 et févr. 2008.

d'intervenir dans l'enquête du Procureur ou d'influencer des témoins, répondre à toutes les convocations de la Cour et fournir une caution si la Chambre préliminaire l'estime nécessaire. Le Procureur annonce très clairement dans sa requête que si les suspects ne respectent pas les conditions fixées par la Chambre préliminaire, il sollicitera l'émission de mandats d'arrêt à leur rencontre. La Chambre préliminaire II, saisie de ces deux requêtes, devrait statuer dans les premiers mois de l'année 2011.

En ce qui concerne les affaires qui ont connu des développements depuis novembre 2009, on présentera d'abord celles qui sont (ou sont restées) au stade préliminaire de la procédure, puis celles qui sont au stade du procès.

Les affaires au stade préliminaire de la procédure

L'affaire Abu Garda

Il s'agit de la première affaire dans l'histoire de la CPI pour laquelle une citation à comparaître a été délivrée le 7 mai 2009¹¹ dans la situation au Darfour (Soudan). Cette affaire concerne une attaque contre une base de soldats de maintien de la paix au Darfour en septembre 2007 lors de laquelle 12 membres du personnel de la mission de maintien de la paix de l'Union africaine au Soudan avaient été tués. Bahar Idriss Abu Garda a effectivement comparu volontairement devant la Chambre préliminaire I le 18 mai 2009. L'audience de confirmation des charges s'est déroulée du 19 au 30 octobre 2009 devant la Chambre préliminaire I. La décision a été rendue le 8 février 2010¹² et, pour la première fois dans l'histoire de la CPI, la Chambre préliminaire a refusé de confirmer les charges en application de l'article 61, paragraphe 7 b), du Statut.

La Chambre préliminaire, pour parvenir à cette décision, a souligné la faiblesse du dossier présenté par le Procureur contre la personne poursuivie, notamment en ce qui concerne sa participation à l'infraction. La Chambre souligne ainsi à de nombreuses reprises que les éléments de preuve sont insuffisants et manquent de fiabilité¹³, qu'il y a de nombreuses incohérences et contradictions dans les procès-verbaux des témoignages¹⁴ présentés par le Procureur et qu'il n'y a aucun élément de preuve fiable ou convaincant en ce qui concerne la présence de l'intéressé lors de la commission du crime¹⁵.

La Chambre préliminaire rappelle cependant, au paragraphe 236 de sa décision, que l'article 61, paragraphe 8, du Statut, permet au Procureur de demander ultérieurement la confirmation des charges s'il étaye sa demande d'éléments de preuve supplémentaires. Cette décision de non confirmation des charges n'est donc pas une protection absolue pour la personne poursuivie puisqu'une menace de nouvelles poursuites pour les mêmes faits pèse sur elle pour une durée indéterminée, les crimes relevant de la compétence de la Cour étant imprescriptibles.

¹¹ CPI, Situation au Darfour (Soudan), aff. *le Procureur c. Bahar Idriss Abu Garda*, ICC-02/05-02/09-1-tFRA, Chambre préliminaire I, décision relative à la Requête déposée par le Procureur en vertu de l'article 58, décision du 7 mai 2009 rendue publique le 17 mai 2009.

¹² CPI, Situation au Darfour (Soudan), aff. *le Procureur c. Bahar Idnss Abu Garda*, ICC-02/05-02/09-243-Red-tFRA, Chambre préliminaire I, décision relative à la confirmation des charges, 8 févr. 2010.

¹³ *Idem*, voir not. les § 173 et 179.

¹⁴ *Ibid*, voir not. les § 204 et 230

¹⁵ *Ibid*, voir not. les § 200 et 204.

Le Procureur a sollicité l'autorisation d'interjeter appel¹⁶ de la décision rendue par la Chambre préliminaire, estimant qu'elle avait excédé ses pouvoirs et qu'une analyse approfondie des preuves n'était pas nécessaire au stade de la confirmation des charges. Le Procureur soutenait même que les preuves qu'il présentait à la Chambre préliminaire devaient être analysées d'une façon favorable à l'accusation et sans tenir compte de leurs éventuelles contradictions et incohérences, ce qui est une curieuse conception de la présomption d'innocence.

La Chambre préliminaire a rejeté la demande d'autorisation d'interjeter appel présentée par le Procureur le 23 avril 2010¹⁷.

Le Procureur a annoncé qu'il présenterait ultérieurement des preuves supplémentaires, ce qu'il n'a pas fait à ce jour.

L'affaire Banda et Jerbo

Les faits de cette affaire sont les mêmes que ceux de l'affaire Abu Garda. Là encore, à la demande du Procureur, la Chambre préliminaire I décidait de délivrer non pas des mandats d'arrêt mais des citations à comparaître dans une décision du 27 août 2009¹⁸ qui était rendue publique le 15 juin 2010. Les deux personnes poursuivies ont effectivement comparu volontairement devant la Chambre préliminaire I le 17 juin 2010.

Pour la première fois dans l'histoire de la CPI, la défense et le Procureur ont déposé conjointement¹⁹ quelques semaines avant l'audience de confirmation des charges un document dans lequel la défense informait la Chambre préliminaire, d'une part, qu'elle ne contesterait pas les charges ou les preuves présentées par le Procureur pour les besoins de l'audience de confirmation des charges et, d'autre part, que les personnes poursuivies renonçaient à leur droit d'être présentes à l'audience de confirmation des charges. Elle se réservait en revanche le droit de contester les charges et les éléments de preuve au stade du procès si la Chambre préliminaire confirmait les charges.

Cette procédure n'est pas prévue au stade de la confirmation des charges dans le Statut qui prévoit une procédure en cas d'aveu de culpabilité mais au stade du procès, en application de l'article 65 du Statut. En l'espèce, il ne s'agissait pas d'un aveu de culpabilité mais simplement d'une stratégie de la défense qui préférait réserver ses arguments pour le stade du procès et donc obtenir éventuellement un acquittement.

Il n'est pas facile de deviner exactement la raison pour laquelle la défense a choisi une telle stratégie, mais on peut remarquer que le même avocat qui défendait Bahar Idriss Abu Garda défend les deux personnes poursuivies dans l'affaire Banda et Jerbo. Il est probable que cet avocat a bien noté, d'une part, le « désavantage » d'obtenir une décision de non confirmation des charges, à savoir la menace

¹⁶ CPI, Situation in Darfur, Sudan, In the Case of *the Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*, ICC-02/05-02/09-252-Red, Office of the Prosecutor, Prosecution's Application for Leave to Appeal the "Decision on the Confirmation of Charges" (uniquement disponible en anglais), 15 mars 2010.

¹⁷ CPI, Situation in Darfur, Sudan, In the Case of *the Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*, ICC-02/05-02/09-267 Pre-Trial Chamber I, Decision on the "Prosecution's Application for Leave to Appeal the Decision on the Confirmation of Charges" (uniquement disponible en anglais), 23 avr. 2010.

¹⁸ CPI, Situation au Darfour (Soudan), aff. *le Procureur.c. Abdallah Banda Abakaer Nourain et Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, ICC-02/05-03/09-1-tFRA, Chambre préliminaire I, deuxième décision relative à la requête déposée par le Procureur en vertu de l'art. 58, 27 août 2009.

¹⁹ CPI, Situation in the Darfur, Sudan, In the Case of *the Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, ICC-02/05-03/09-80, Office of the Prosecutor and Defence Team for Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus, Joint Submission by the Office of the Prosecutor and the Defence as to Agreed Facts and Submissions regarding modalities for the conduct of the Confirmation Hearing (uniquement disponible en anglais), 19 oct. 2010.

permanente d'une nouvelle poursuite par le Procureur pour les mêmes faits en application de l'article 61, paragraphe 8, du Statut, et, d'autre part, l'avantage d'obtenir éventuellement un acquittement puisque dans ce cas l'article 20 du Statut empêche toute nouvelle poursuite pour les mêmes faits aussi bien devant la CPI, que devant des juridictions nationales.

La Chambre préliminaire a pris acte du document déposé conjointement par la défense et le Procureur, mais a rappelé à ce dernier que l'article 61, paragraphe 5, du Statut, lui faisait obligation d'étayer à l'audience chacune des charges qu'il présente avec des éléments de preuve suffisants pour établir l'existence de motifs substantiels de croire que la personne poursuivie a commis le crime qui lui est imputé²⁰.

Cet accord entre le Procureur et la défense a eu un effet sensible sur la durée de l'audience de confirmation des charges qui s'est déroulée sur une seule journée, le 8 décembre 2010, alors que les précédentes audiences portant sur la confirmation des charges dans d'autres affaires ont duré entre 4 jours et 3 semaines. Il revient à présent à la Chambre de rendre sa décision, probablement en février ou en mars 2011. La Chambre n'est pas tenue par l'accord entre la défense et le Procureur, puisque la phase de la confirmation des charges est une mesure « d'économie judiciaire » qui vise à éliminer les affaires qui ne sont pas suffisamment solides pour qu'un procès puisse se tenir, eu égard à la faiblesse du dossier constitué par le Procureur. En ce sens, il n'existe pas, à la CPI, de droit pour la défense de voir l'affaire renvoyée devant une chambre de première instance pour qu'un procès ait lieu.

L'affaire Al Bashir

Omar Hassan Ahmad Al Bashir a fait l'objet d'un premier mandat d'arrêt²¹ délivré le 4 mars 2009 par la Chambre préliminaire I pour cinq chefs d'accusation de crimes contre l'humanité et deux chefs d'accusation de crimes de guerre pour des crimes commis au Darfour (Soudan). Il s'agissait du premier mandat d'arrêt délivré par la Cour contre un chef d'État en exercice. Alors que la requête du Procureur visait, entre autres, le chef d'accusation de génocide, pour la première fois dans l'histoire de la CPI, la majorité de la Chambre préliminaire (les juges Akua Kuenyehia et Sylvia Steiner) a refusé de délivrer un mandat d'arrêt pour ce chef d'accusation. Dans son opinion dissidente, la juge Usacka a estimé que le Procureur avait présenté suffisamment de preuves pour délivrer un mandat d'arrêt également du chef de génocide. Le Procureur a donc sollicité et obtenu l'autorisation de faire appel de la décision de la majorité rejetant le chef d'accusation de génocide. La Chambre d'appel a fait droit à l'appel du Procureur dans une décision du 3 février 2010²².

En effet, la Chambre préliminaire avait estimé²³, pour qu'il soit satisfait à la norme de preuve fixée par l'article 58 du Statut pour l'émission d'un mandat d'arrêt, qu'il fallait que l'existence d'une intention génocidaire soit la *seule* conclusion raisonnable qui puisse être tirée des éléments de preuve produits par le Procureur. La Chambre d'appel a censuré sur ce point la Chambre préliminaire,

²⁰ CPI, Situation in the Darfur, Sudan, in the Case of *the Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, ICC-02/05-03/09-103, Pre-Trial Chamber II, Decision on issues related to the hearing on the confirmation of charges (uniquement disponible en anglais), 17 nov. 2010.

²¹ CPI, Situation au Darfour (Soudan), aff. *le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* («Omar Al Bashir»), ICC-02/05-01/09-1, Chambre préliminaire I, Mandat d'arrêt délivré à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 mars 2009.

²² CPI, Situation in the Darfur, Sudan, in the Case of *the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-73, Appeals Chamber, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the "Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir" (uniquement disponible en anglais), 3 févr. 2010.

²³ CPI, Situation au Darfour (Soudan), aff. *le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* («Omar Al Bashir»), ICC-02/05-01/09-3-tFRA, Chambre préliminaire I, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 mars 2009, § 159.

estimant qu'à ce stade de la procédure, il suffisait que l'intention génocidaire soit une des conclusions raisonnables qui puissent être tirées des éléments de preuve produits par le Procureur.

En conséquence, la Chambre préliminaire I a délivré le 12 juillet 2010²⁴, un deuxième mandat d'arrêt à l'encontre d'Al Bashir pour trois chefs d'accusation de génocide, à savoir: a) génocide par meurtre, au sens de l'article 6(a) du Statut; b) génocide par atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale, au sens de l'article 6(b) du Statut; et c) génocide par soumission intentionnelle à des conditions d'existence devant entraîner la destruction physique d'un groupe, au sens de l'article 6(c) du Statut.

L'affaire Callixte Mbarushimana

À la suite d'une requête déposée par le Procureur le 20 août 2010 contre Callixte Mbarushimana aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt en application de l'article 58 du Statut, la Chambre préliminaire I a délivré le 28 septembre 2010, un mandat d'arrêt²⁵ contre l'intéressé pour onze chefs d'accusation visant sa participation à des crimes prétendument commis par les Forces Démocratiques pour la Libération du Rwanda (F.D.L.R.) dans les provinces du Nord-Kivu et du Sud-Kivu en République démocratique du Congo entre janvier 2009 et août 2010, à savoir:

- a) attaques contre la population civile, constituant des crimes de guerre (articles 8, paragraphe 2 b) i) dans le contexte d'un conflit armé international ou 8, paragraphe 2) e) i) du Statut dans le contexte d'un conflit armé non international) ;
- b) destruction de biens, constituant des crimes de guerre (articles 8, paragraphe: 2 a) iv) dans le contexte d'un conflit armé international ou 8, paragraphe 2 e) xii) du Statut dans le contexte d'un conflit armé non international) ;
- c) meurtres ou homicides intentionnels, constituant des crimes de guerre (articles 8, paragraphe 2 a) i) dans le contexte d'un conflit armé international ou 8: paragraphe 2 c) i) du Statut dans le contexte d'un conflit arme non international) ;
- d) meurtres, constituant des crimes contre l'humanité (article 7, paragraphe 1 a) du Statut) ;
- e) torture, constituant un crime de guerre (articles 8, paragraphe 2 a) ii) dans le contexte d'un conflit armé international ou 8, paragraphe 2 c) i) du Statut dans le contexte d'un conflit armé non international) ;
- f) torture, constituant un crime contre l'humanité (article 7, paragraphe 1 f) du Statut;
- g) viol, constituant un crime de guerre (articles 8, paragraphe 2 b) xxii) dans le contexte d'un conflit armé international ou 8, paragraphe 2 e) vi) du Statut dans le contexte d'un conflit armé non international) ;
- h) viol, constituant un crime contre l'humanité (article 7, paragraphe 1 g) du Statut) ;
- i) actes inhumains, constituant des crimes contre l'humanité (article 7, paragraphe 1 k) du Statut) ;
- j) traitements inhumains, constituant des crimes de guerre (article 8, paragraphe 2 a) ii) du Statut dans le contexte d'un conflit armé international) ;
- k) persécutions, constituant des crimes contre l'humanité (article 7, paragraphe 1 h) du Statut).

²⁴ CPI, Situation au Darfour (Soudan), aff. *le Procureur. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* («Omar AI Bashir»), ICC-02/05-01/09-95, Chambre préliminaire I, Deuxième Mandat d'arrêt délivré à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 12 juill. 2010.

²⁵ CPI, Situation en République démocratique du Congo, *le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-2, Chambre préliminaire I, Mandat d'arrêt à l'encontre de Callixte Mbarushimana, 28 sept. 2010

Deux points sont intéressants dans cette affaire. Le premier concerne les développements que la Chambre préliminaire consacre dans sa décision du 28 septembre 2010²⁶, rendue publique le 11 octobre 2010, à la compétence de la Cour. En effet, avant même de rendre sa décision sur la requête présentée par le Procureur contre Callixte Mbarushimana, la Chambre préliminaire avait demandé le 6 septembre 2010²⁷ au Procureur de lui soumettre des éclaircissements sur cette requête eu égard au temps qui s'était écoulé entre le renvoi de la situation en République démocratique du Congo, remontant à mars 2004, et le dépôt de la requête pour un mandat d'arrêt, au mois d'août 2010 pour des crimes commis en 2009 et 2010. La Chambre préliminaire invitait le Procureur à préciser de quelle manière et dans quelle mesure, ces événements étaient liés à la situation de crise qui avait déclenché l'ouverture de l'enquête en République démocratique du Congo en 2004.

Le Procureur se pliait, plutôt de mauvaise grâce, à l'exercice, puisqu'il commençait par préciser dans sa réponse²⁸, d'une part, que la saisine faite par le gouvernement de la République démocratique du Congo en mars 2004 couvrait les crimes commis depuis le 1^{er} juillet 2002, sans limite de temps pour les crimes commis après cette date, et, d'autre part, que la sélection des affaires au sein de cette situation était une prérogative du Procureur, ce qui n'avait pas vraiment de rapport avec la question posée mais est une preuve amusante de la susceptibilité du Procureur sur cette question. Il consacrait ensuite quelques paragraphes de sa réponse à préciser que les événements qu'il souhaitait poursuivre étaient déjà en cours lors de sa saisine puisque les F.D.L.R. étaient actives militairement dans les régions du Nord-Kivu et du Sud-Kivu depuis au moins 2002, activités au cours desquelles elles auraient commis des crimes relevant de la compétence de la Cour.

Si c'est vrai, on a du mal à comprendre pourquoi le Procureur a attendu jusqu'en août 2010 pour commencer des poursuites sur ces crimes commis depuis 2002 et pourquoi ses poursuites sont limitées à des crimes commis en 2009 et 2010.

La Chambre préliminaire se contentait, dans sa décision du 28 septembre 2010, de cette réponse du Procureur tout en précisant que « *c'est uniquement dans les limites de la situation de crise pour laquelle la compétence de la Cour a été active que des poursuites subséquentes peuvent être engagées* ». Pour la Chambre, cette situation peut couvrir « *non seulement des crimes qui avaient déjà été commis ou étaient en voie d'être commis au moment du renvoi, mais également des crimes commis par la suite, pour autant qu'ils soient suffisamment liés à la situation de crise dont la Cour a été informée qu'elle était en cours au moment du renvoi* ».

On peut dès lors penser qu'après le renvoi d'une situation à la Cour, si un accord de paix venait à être conclu, puis que d'autres crimes relevant de la compétence de la Cour étaient de nouveau commis quelques mois après cet accord de paix qui avait mis fin à la « situation » précédente, le Procureur ne pourrait plus, sur la base de sa saisine initiale, sélectionner des affaires concernant des crimes survenus après l'accord de paix. En tout état de cause, une saisine étatique ne peut donner une autorisation éternelle au Procureur d'enquêter dans la situation.

Une telle jurisprudence pourrait avoir des conséquences sur d'autres situations pour lesquelles le Procureur a commencé un examen préliminaire, notamment la Côte d'Ivoire, puisque le principe

²⁶ CPI, Situation en République démocratique du Congo, *le Procureur c. Calliste Mbamshimana*, ICC-01/04-01/10-1-tFRA, Chambre préliminaire I, Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Callixte Mbarushimana, 28 sept. 2010, § 6 et 7.

²⁷ CPI, Situation en République démocratique du Congo, ICC-01/04-575-tFRA, Chambre préliminaire I, Décision demandant au Procureur des éclaircissements sur la requête qu'il a déposée en vertu de l'art. 58, 6 sept. 2010.

²⁸ CPI, Situation in the Democratic Republic of the Congo, ICC-01/04-576, Office of the Prosecutor, Prosecution's Submission on Jurisdiction (uniquement disponible en anglais), 10 sept. 2010.

s'appliquant pour les saisines étatiques, sous l'angle des articles 13 a) et 14 du Statut, devrait également s'appliquer aux déclarations d'acceptation de la compétence sous l'angle de l'article 12, paragraphe 3, du Statut. Dès lors, il n'est pas certain que le Procureur puisse arguer de la déclaration d'acceptation de la compétence de la Côte d'Ivoire faite en 2003 pour commencer une enquête sur des crimes commis en 2010, alors qu'un accord de paix est apparemment intervenu entre-temps. Une question aussi cruciale fera têt ou tard l'objet d'un arrêt de la Chambre d'appel de la CPI.

Le second point intéressant dans cette affaire porte sur le mode de participation à l'infraction retenu par la Chambre préliminaire I. Le Procureur alléguait que Callixte Mbarushimana avait, en tant que coauteur au sens de l'article 25, paragraphe 3 a), du Statut et, à titre subsidiaire, conjointement avec un groupe de personnes agissant de concert au sens de l'article 25, paragraphe 3 d), du Statut, engagé sa responsabilité pénale pour les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité commis par les soldats des F.D.L.R. dans les provinces du Nord-Kivu et du Sud-Kivu en République démocratique du Congo en 2009 et 2010.

La Chambre préliminaire I ²⁹ a refusé de retenir la responsabilité pénale de Callixte Mbarushimana en qualité de coauteur car elle a estimé que les preuves présentées par le Procureur ne suffisaient pas à établir que sa contribution à la commission des crimes était essentielle.

La Chambre estimait en revanche que sa contribution était suffisante pour constituer une contribution apportée « de toute autre manière » au sens de l'article 25, paragraphe 3 d), du Statut. La Chambre retenait ³⁰ en effet que l'intéressé avait mené une campagne de presse internationale avec pour objectif de dissimuler l'implication des F.D.L.R. dans les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité qui auraient été commis et, ainsi, de faciliter leur activité criminelle. Cette affaire pourrait permettre de déterminer les contours de la participation à l'infraction sous l'angle de l'article 25, paragraphe 3 d), du Statut qui comporte un élément objectif très vague puisqu'il vise *toute* contribution, non couverte par les formes classiques de complicité telles que l'aide, l'assistance, la fourniture de moyens, la sollicitation, l'ordre donné ou l'encouragement déjà couvertes aux alinéas b) et c) du paragraphe 3 de l'article 25, à la commission d'un crime relevant de la compétence de la Cour par un groupe de personnes agissant de concert. Il suffit par ailleurs que cette contribution, non définie, soit faite en connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime.

Les affaires au stade du procès

L'affaire Thomas Lubanga Dyilo

Dans l'affaire Thomas Lubanga Dyilo, La Chambre de première instance avait suspendu la procédure une première fois en 2008, le Procureur n'ayant pas communiqué à la défense des éléments à décharge. Le procès contre Thomas Lubanga Dyilo a finalement débuté le 26 janvier 2009 mais a été suspendu une deuxième fois en 2009 à la suite d'une requête déposée le 22 mai ³¹ par les représentants légaux des victimes qui sollicitaient, en invoquant la norme 55 du Règlement de la Cour qui vise la requalification des faits par la Chambre de première instance au cours du procès,

²⁹ CPI, Situation en République démocratique du Congo, *le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-1-tFRA, Chambre préliminaire I, Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Callixte Mbarushimana, 28 sept. 2010, § 36.

³⁰ *Idem*, § 38 à 44.

³¹ CPI, Situation en République démocratique du Congo, Aff. *le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1891, représentants légaux des victimes, Demande conjointe des représentants légaux des victimes aux fins de mise en œuvre de la procédure en vertu de la norme 55 du Règlement de la Cour, 22 mai 2009.

l'ajout de cinq charges, eu égard aux déclarations des témoins qui avaient déposé devant la Chambre de première instance et qui pouvaient se rapporter à d'autres crimes, notamment l'esclavage sexuel et les traitements inhumains ou dégradants, que ceux visés dans les charges confirmées par la Chambre préliminaire.

Le 14 juillet 2009³², la majorité (à savoir les juges Elizabeth Odio Benito et René Blattmann) de la Chambre de première instance I faisait droit à la requête des victimes et estimait que la procédure prévue à la norme 55 du Règlement de la Cour pouvait être mise en œuvre, tout en renvoyant à plus tard son application effective. La majorité de la Chambre estimait en effet que la procédure visant à modifier la qualification juridique des faits en application de la norme 55 pouvait aboutir à englober de nouveaux faits dans la prévention.

La défense et le Procureur sollicitaient et obtenaient l'autorisation d'interjeter appel de la décision rendue par la majorité de la Chambre de première instance I. Eu égard aux conséquences que la décision de la Chambre d'appel pourrait avoir sur le déroulement du procès, à savoir l'ajout ou non dans les débats de cinq nouvelles charges, la Chambre de première instance décidait de suspendre le procès dans l'attente de la décision de la Chambre d'appel³⁵.

Celle-ci, dans une décision du 8 décembre 2009³⁴, infirmait la décision de la Chambre de première instance. La Chambre d'appel précisait en effet que si la Chambre de première instance pouvait modifier la qualification juridique des faits décrits dans les charges, elle ne pouvait en aucun cas aller au-delà des faits et circonstances décrits dans les charges. Par faits et circonstances décrits dans les charges, la Chambre d'appel indiquait³⁵ qu'il fallait comprendre les « *allégations factuelles étayant chacun des éléments juridiques du crime faisant l'objet des charges* » à l'exclusion « *des informations éclairant le contexte et autres informations générales, qui, bien qu'elles figurent dans le document de notification des charges ou dans la décision relative à la confirmation des charges, n'étaient pas les éléments juridiques du crime faisant l'objet des charges* ». Il était donc impossible pour la Chambre de première instance, contrairement à ce que soutenaient les représentants légaux des victimes, de prendre en compte les témoignages lors du procès pour ajouter des faits à ceux décrits dans la décision de confirmation des charges.

Ayant donné son interprétation des limites de la norme 55 du Règlement de la Cour, la Chambre d'appel renvoyait à la Chambre de première instance le soin de statuer sur la requête des victimes conformément à cette interprétation. La Chambre de première instance rejetait la requête des victimes le 8 janvier 2010³⁶ en estimant que la décision sur la confirmation des charges ne comprenait la description d'aucun fait relatif à l'esclavage sexuel³⁷ et que les faits décrits dans cette décision concernant d'éventuels traitements inhumains ou dégradants ne pouvaient suffire à étayer

³² CPI, Situation en République démocratique du Congo, aff. *le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2049-tFRA, Chambre de première instance I, Décision informant les parties et les participants que la qualification juridique des faits peut être modifiée conformément à la norme 55-2 du Règlement de la Cour, 14 juill. 2009.

³³ CPI, Situation en République démocratique du Congo, aff. *le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2143, Chambre de première instance I, Decision adjourning the evidence in the case and consideration of Regulation 55 (uniquement disponible en anglais), 2 oct. 2009.

³⁴ CPI, Situation en République démocratique du Congo, aff. *le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2205-tFRA, Chambre d'appel, Arrêt relatif aux appels interjetés par Thomas Lubanga Dyilo et par le Procureur contre la Décision informant les parties et participants que la qualification juridique des faits peut être modifiée conformément à la norme 55-2 du Règlement de la Cour, 8 déc. 2009.

³⁵ *Idem*, § 90 et note de bas de page n° 163.

³⁶ CPI, Situation en République démocratique du Congo, aff. *le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2223-tFRA, Chambre de première instance I, Décision relative aux observations conjointes des représentants légaux des victimes concernant l'arrêt de la Chambre d'appel du 8 déc. 2009 relatif à la norme 55 du Règlement de la Cour, 8 janv. 2010.

³⁷ *Idem*, § 35.

les éléments de ces crimes³⁸. La façon dont la décision sur la confirmation des charges est rédigée sera donc essentielle à l'avenir pour l'application par une chambre de première instance de la norme 55 du Règlement de la Cour.

Le procès de Thomas Lubanga Dyilo a été suspendu une troisième fois le 8 juillet 2010³⁹. Cette troisième suspension est le résultat du refus du Procureur de se conformer à une décision de la Chambre de première instance qui lui ordonnait de communiquer l'identité d'un de ses intermédiaires à la défense, puisque cette dernière alléguait que le Procureur aurait sciemment employé ou utilisé des intermédiaires qui auraient incité des personnes à donner de faux témoignages.

La Chambre de première instance relevait un problème profond et persistant, à savoir les relations très tendues entre le Procureur et les juges et l'absence totale de respect du premier pour les décisions des seconds :

« Tant le refus du Procureur d'appliquer les ordonnances de la Chambre que les arguments qu'il expose dans les écritures susmentionnées montrent qu'il ne se considère pas tenu de se conformer à des décisions de justice qui concernent un aspect fondamental des procédures, à savoir la protection des personnes qui ont été affectées par leur interaction avec la Cour dans la mesure où elles ont été en contact avec l'Accusation. Pour l'essentiel, s'agissant des questions ainsi régies par l'article 68, le Procureur semble faire valoir que l'Accusation peut, de façon autonome, décider de se conformer aux ordonnances de la Chambre ou d'en faire fi, selon l'interprétation qu'il fait des responsabilités qui lui incombent en vertu du cadre créé par le Statut de Rome.

[...]

Aucune juridiction pénale ne pourrait fonctionner si l'on partait de l'idée qu'à chaque fois qu'elle rend une ordonnance sur telle ou telle question, le Procureur peut choisir de s'y conformer ou non, selon l'interprétation qu'il fait de ses obligations.

[...]

Le Procureur se prévaut désormais d'un pouvoir distinct, en vertu duquel il se permet de faire fi des ordonnances de la Chambre, et qui constitue en soi une ingérence grave, inacceptable et injustifiée dans le rôle des juges ».

La Chambre de première instance parvenait à la conclusion suivante:

« Par conséquent, le Procureur a choisi d'agir unilatéralement dans les présentes circonstances et refuse de se soumettre au « contrôle » de la Chambre. Dans ces circonstances, il est nécessaire de suspendre l'instance pour abus de procédure en raison du non-respect avéré des ordonnances rendues le 7 juillet 2010 par la Chambre et, plus généralement, en raison de l'intention clairement exprimée par le Procureur de ne pas exécuter les ordonnances rendues par la Chambre dans le contexte de l'article 68 du Statut s'il considère qu'elles vont à l'encontre de l'interprétation qu'il fait de ses autres obligations. Si cette situation perdure, un procès équitable n'est plus possible et la

³⁸ *Ibid.*, § 34.

³⁹ CPI, Situation en République démocratique du Congo, aff. *le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-06/06-2517-Red-tFRA, Chambre de première instance, version expurgée de la décision relative à la requête urgente du Procureur aux fins de modification du délai de communication de l'identité de l'intermédiaire 143 ou de suspension de l'instance dans l'attente de consultations approfondies avec l'Unité d'aide aux victimes et aux témoins, 8 juill. 2010.

justice ne peut être rendue, notamment parce que les juges auront perdu le contrôle sur un aspect important du procès tel que le prévoit le cadre créé par le Statut de Rome ».

Le Procureur sollicitait et obtenait l'autorisation d'interjeter appel de cette décision de la Chambre de première instance.

La Chambre d'appel rendait, le 8 octobre 2010⁴⁰, un arrêt assez savoureux. En effet, la Chambre d'appel concluait tout d'abord que tous les parties et participants à la procédure étaient tenus de respecter les décisions rendues par une chambre et que ceci s'imposait également au Procureur, quelle que soit sa propre perception de ses responsabilités.

En revanche, la Chambre d'appel estimait que la Chambre de première instance ne devait pas dans un tel cas de figure suspendre la procédure, mais plutôt utiliser les pouvoirs qu'elle tenait de l'article 71 du Statut et de la règle 171 du Règlement pour imposer une amende, d'un maximum de 2000 euros, au Procureur, amendes qui peuvent se cumuler chaque jour et ce, aussi longtemps que le refus d'obtempérer à l'ordre de la Chambre perdure.

Il faut espérer que le procès de Thomas Lubanga Dyilo qui a pu recommencer pourra enfin se terminer au cours de l'année 2011 : l'intéressé est en effet détenu au siège de la Cour depuis le 17 mars 2006 et les charges ont été confirmées le 29 janvier 2007.

L'affaire Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui

Dans l'affaire Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui, le début du procès a eu lieu devant la Chambre de première instance II le 24 novembre 2009 et l'année 2010 a été intégralement consacrée à la présentation de la cause du Procureur, à savoir l'interrogatoire et le contre-interrogatoire des témoins appelés par celui-ci.

Cette présentation étant à présent achevée, la Chambre de première instance a décidé⁴¹ que l'audience reprendrait le 21 février 2011 avec l'audition de quatre victimes, dont la Chambre de première instance a autorisé⁴² la comparution en qualité de témoins à la demande de leur représentant légal.

La Défense de Germain Katanga devrait ensuite commencer à présenter sa cause le 21 mars 2011, suivie, quelques mois plus tard, par la présentation de sa cause par la Défense de Mathieu Ngudjolo Chui.

Enfin, la Chambre devra décider si elle veut ensuite citer d'autres témoins de sa propre initiative ou à la demande des représentants légaux des victimes, conformément aux articles 64, paragraphe 6 d) et 69, paragraphe 3, du Statut.

⁴⁰ CPI Situation in the Democratic Republic of the Congo, In the Case of *the Prosecutor v. Thomas Lubango Dyilo* ICC-01/04-01/06-2582, Appeals Chamber, judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber I of 8 July 2010 entitled "Decision on the Prosecution's Urgent Request for Variation of the Time-Limit to Disclose the Identity of Intermediary 143 or Alternatively to Stay Proceedings Pending Further Consultations with the VWU" (uniquement disponible en anglais), 8 oct. 2010. Note : par "VWU", il faut comprendre "Victims and Witnesses Unit" en anglais, à savoir « Division d'aide aux victimes et aux témoins » en français.

⁴¹ CPI, Situation en République démocratique du Congo, aff. *le Procureur v. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2602, Chambre de première instance II, Ordonnance portant calendrier de la comparution des témoins a/0381/09, a/0018/09, a/0191/08 et pan/0363/09 et de l'ouverture de la cause de la Défense de Germain Katanga, 1^{er} déc. 2010.

⁴² CPI, Situation en République démocratique du Congo, aff. *le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*; ICC-01/04-01/07-2517, Chambre de première instance II, Décision aux fins d'autorisation de comparution des victimes a/0381/09, a/0018/09, a/0191/08 et pan/0363/09 agissant au nom de a/0363/09, 9 nov. 2010.

Il est peu probable qu'une décision intervienne dans cette affaire avant le premier semestre de l'année 2012.

L'affaire Jean-Pierre Bemba Gombo

Dans cette affaire, la Chambre préliminaire II avait, le 14 août 2009⁴³, décidé de remettre en liberté provisoire l'intéressé. Il s'agissait de la première décision de ce genre dans l'histoire de la CPI, décision qui s'était heurtée à des difficultés d'exécution importantes et qui avait été suspendue par la Chambre d'appel, à la suite de l'appel du Procureur.

La Chambre d'appel a censuré cette décision le 2 décembre 2009⁴⁴. Cet arrêt pose de sérieux problèmes et rend quasiment impossible une mise en liberté provisoire, pourtant prévue à l'article 60 du Statut. En effet, la Chambre d'appel exige de la Chambre préliminaire qu'elle identifie en quoi « l'évolution des circonstances » justifie une modification de sa décision antérieure de maintenir l'intéressé en détention. Ceci impose à la Chambre préliminaire d'identifier soit un changement dans les faits qui l'ont amenée à maintenir l'intéressé en détention, soit des faits nouveaux qui pourraient la convaincre qu'elle doit modifier une décision antérieure qui maintenait la personne poursuivie en détention.

Le raisonnement est curieux, car il oblige à justifier une mise en liberté plutôt qu'un maintien en détention. La Cour européenne des droits de l'homme⁴⁵, exactement à l'inverse, estime que les circonstances qui ont justifié une mise en détention initiale peuvent ne plus suffire après un certain temps: autrement dit, l'écoulement du temps oblige les juridictions à apprécier à nouveau les circonstances qui les ont poussés à mettre initialement une personne en détention et à vérifier si ces circonstances continuent à légitimer la privation de liberté. Ainsi, la Cour européenne insiste sur le fait que le risque de fuite ou de condamnation sévère ne suffit pas à justifier un maintien en détention. Il n'est donc pas nécessaire d'identifier de nouveaux faits qui pourraient justifier une mise en liberté. La jurisprudence de la Chambre d'appel de la CPI aboutit simplement à perpétuer les mises en détention initiales, les chambres préliminaires pouvant se contenter d'affirmer qu'il n'y a pas de changement de circonstances.

Curieusement, alors que la Chambre d'appel⁴⁶ estime que « *les droits de l'homme sous-tendent le Statut dans tous ses aspects* », la jurisprudence de la Cour européenne n'est pas mentionnée dans cet arrêt. Ainsi, sans justification aucune, l'article 21, paragraphe 3, du Statut, qui précise que le Statut doit être interprété et appliqué conformément aux droits de l'homme internationalement reconnus, est totalement oublié.

⁴³ CPI, Situation en République centrafricaine, aff. *le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-475-tFRA, Chambre préliminaire II, Décision relative à la mise en liberté provisoire de Jean-Pierre Bemba Gombo et invitant les autorités du Royaume de Belgique, de la République portugaise, de la République française, de la République fédérale d'Allemagne, de la République italienne et de la République sud-africaine à participer à des audiences, 14 août 2009.

⁴⁴ CPI, Situation in the Central African Republic, In the case of *the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-631-Red, Appeals Chamber, judgment on the appeal of the Prosecutor against Pre-Trial Chamber II's "Decision on the Interim release of Jean-Pierre Bemba Gombo and Convening Hearings with the Kingdom of Belgium, the Republic of Portugal, the Republic of France, the Federal Republic of Germany, the Italian Republic, and the Republic of South Africa" (uniquement disponible en anglais), 2 déc. 2009.

⁴⁵ CEDH, aff. *Letellier (Mme) c. France*, 26 juin 1991, n° 12369/86, D. 1992.328, obs. J.-F. Renucci ; Rev. science crim. 1991. 805, obs. L.-E. Pettiti ; série A n° 207, p. 18, § 35.

⁴⁶ CPI, Situation en République démocratique du Congo, aff. *le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/0401/06-772-tFRA, Ch. d'appel, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Thomas Lubanga Dyilo contre la décision du 3 oct. 2006 relative à l'exception d'incompétence de la Cour soulevée par la défense en vertu de l'art. 19-2-a du Statut, 14 déc. 2006, § 37.

Mais l'arrêt de la Chambre d'appel est encore plus condamnable dans ses paragraphes 106 et 107, quand il décide que, la CPI étant dépendante de la coopération des États, aucune décision de mise en liberté provisoire ne peut être prise sans l'accord préalable d'un État qui accepterait la personne libérée sur son territoire. La Chambre d'appel refuse d'imposer une obligation aux États Parties en l'espèce et leur laisse une totale liberté d'accepter ou non une personne mise en liberté provisoire par la Cour : autrement dit, les États ont un droit de veto sur la décision des juges de mettre en liberté provisoire une personne détenue. Sans leur accord préalable, les juges ne peuvent pas envisager une telle remise en liberté. C'est une interprétation restrictive de l'article 86 du Statut qui précise : « [C]onformément aux dispositions du présent Statut, les États Parties coopèrent pleinement avec la Cour dans les enquêtes et poursuites qu'elle mène pour les crimes relevant de sa compétence », L'article 60 du Statut, qui vise la possibilité d'une mise en liberté provisoire d'une personne détenue, fait partie du Chapitre V du Statut sur les enquêtes et poursuites.

En l'espèce, aucun État ne voulait accueillir Jean-Pierre Bemba Gombo qui est toujours détenu à La Haye à ce jour.

La Chambre de première instance III a rejeté une exception tirée de l'irrecevabilité de l'affaire en juin 2010⁴⁷, décision confirmée par la Chambre d'appel⁴⁸ qui a suivi sa jurisprudence élaborée en 2009 dans l'affaire Katanga et Ngudjolo Chui⁴⁹. Le procès de Jean-Pierre Bemba Gombo a débuté le 22 novembre 2010 et ne devrait pas s'achever avant 2012.

D'autres décisions intéressantes ont été prises au cours de l'année 2010, notamment en ce qui concerne la définition des crimes contre l'humanité (I) ainsi qu'au regard de la participation des victimes à la procédure (II).

➤ LA DÉFINITION DES CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ

La définition des crimes contre l'humanité dans le Statut a fait l'objet d'un débat tendu et passionné à la fois avant, pendant, et même après la Conférence de Rome en 1998 lors de la discussion des éléments des crimes contre l'humanité, adoptés par l'Assemblée des États Parties en septembre 2002.

La raison est fort simple : la compétence de la Cour en ce qui concerne les crimes contre l'humanité est considérée par les États comme étant la plus intrusive dans leur souveraineté nationale puisqu'ils peuvent être commis en temps de paix comme en temps de guerre et qu'ils n'exigent pas, pour être constitués, à la différence du génocide, l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux en tant que tel, élément intentionnel très spécifique au génocide et qui fait de celui-ci un crime exceptionnel et particulièrement difficile à prouver.

Lors des discussions avant, pendant et après Rome, c'est la définition de l'élément contextuel des crimes contre l'humanité qui a posé le plus de problèmes, puisque c'est cet élément essentiel qui permet à la fois de fixer le « seuil » de compétence de la Cour et de distinguer les crimes contre

⁴⁷ CPI, Situation en République centrafricaine, aff. *le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo* ICC-01/05-01/08-809-tFRA, Chambre de première instance III, Décision relative aux exceptions tirées de l'irrecevabilité de l'affaire et de l'abus de procédure, 24 juin 2010.

⁴⁸ CPI, Situation in the Central African Republic, In the case of *the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-962, Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against the decision of Trial Chamber III of 24 June 2010 entitled "Decision on the Admissibility and Abuse of Process Challenges" (uniquement disponible en anglais), 19 oct, 2010.

⁴⁹ CPI, Situation en République démocratique du Congo, aff. *le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1497-tFRA, Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Germain Katanga contre la décision rendue oralement par la Chambre de première instance II le 12 juin 2009 concernant la recevabilité de l'affaire, 25 sept. 2009.

l'humanité des crimes de droit commun qui ne relèvent pas de la compétence de la Cour et dont la répression est laissée à la discrétion des États⁵⁰.

Pour parvenir à un compromis à Rome, la simple mention d'une « attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile » à l'article 7, paragraphe 1, du Statut n'a pas suffi et il a fallu ajouter un paragraphe 2 a) à cet article pour définir de manière plus précise ce qu'il fallait entendre par une telle attaque:

« Par "attaque lancée contre une population civile", on entend le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ».

L'exigence d'une politique avait été inspirée à Rome par la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans son premier jugement rendu le 7 mai 1997 dans l'affaire Dusko Tadic⁵¹ qui précisait:

« Comme il a déjà été mentionné, la raison pour laquelle les crimes contre l'humanité scandalisent tellement la conscience de l'humanité et justifient l'intervention de la communauté internationale tient à ce qu'il ne s'agit pas d'actes isolés, commis fortuitement par des individus, mais qu'ils résultent plutôt d'une tentative délibérée de cibler une population civile. Traditionnellement, cette condition a été interprétée, comme signifiant qu'il doit exister une certaine forme de politique pour commettre ces actes. Comme l'a expliqué la Cour suprême des Pays-Bas dans Ministère Public c/ Menten, 'le concept de crimes contre l'humanité exige aussi - bien que ce ne soit pas exprimé de façon aussi claire dans la définition précitée (article 6 c) du Statut de Nuremberg) - que les crimes en question forment partie d'un régime fondé sur la terreur ou constituent un lien dans une politique délibérée contre des groupes particuliers de personnes'».

C'était l'état de la jurisprudence internationale en 1997, qui s'inspire de la jurisprudence nationale, celle des Pays-Bas en l'espèce. On remarque d'ailleurs que la Cour de cassation française, dans l'affaire Barbie en 1985, pour définir les crimes contre l'humanité, fait référence à des actes inhumains et des persécutions qui, au nom d'un État pratiquant une *politique* d'hégémonie idéologique, ont été commis de façon systématique⁵².

La notion de crimes contre l'humanité a connu par la suite dans la jurisprudence internationale un assouplissement certain, puisque le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a abandonné l'exigence d'une politique⁵³.

Les premières décisions de la CPI concernant les crimes contre l'humanité, qui sont intervenues lors de la confirmation des charges, ont suivi cette tendance et ont été peu exigeantes en ce qui concerne l'élément contextuel de ces crimes⁵⁴ :

⁵⁰ Darryl Robinson, *The Elements of Crimes against Humanity*, in Roy S. Lee, *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of procedure and Evidence*, Transnational Publishers (2001), p. 57.

⁵¹ TPI Yougoslavie, aff. *le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1, 7 mai 1997, § 653.

⁵² V. sur la question Elizabeth Zoller, *La définition des crimes contre l'humanité*, *Journal du Droit international*, 3, 1993, p. 549. Le législateur français, en 1994 comme en 2010, a préféré faire référence à la notion de « plan concerté » ; voir la loi n° 2010-930 du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, parue au journal officiel n° 183 du 10 août 2010. L'adaptation a été limitée puisque la notion de « politique » est toujours absente du droit pénal français.

⁵³ TPI Yougoslavie, aff. *le Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vukovic*, IT-96-23 et IT-96-23/1-A, Ch. d'appel, 12 juin 2002, § 98.

« La condition tenant à "la politique d'un État ou d'une organisation" exige que l'attaque ait été organisée selon un modèle régulier. Une telle politique peut être mise en place par des groupes de personnes dirigeant un territoire spécifique ou par toute organisation capable de commettre une attaque généralisée ou systématique contre une population civile. Cette politique n'a pas besoin d'être énoncée de façon formelle. Cette condition est donc remplie par une attaque planifiée, dirigée ou organisée, et non par une attaque constituée d'actes de violence spontanés ou isolés ».

La décision précitée de la Chambre préliminaire II autorisant l'ouverture d'une enquête au Kenya en application de l'article 15 du Statut⁵⁵ constitue en fait la première discussion sérieuse sur l'interprétation de l'article 7 du Statut qui contient la définition des crimes contre l'humanité, et plus particulièrement de l'article 7, paragraphe 2 a), précité. L'opinion dissidente du Juge allemand, le Juge Hans-Peter Kaul, qui s'est opposé à cette autorisation d'enquête au motif que les crimes commis ne pouvaient être qualifiés de crimes contre l'humanité, constitue sans aucun doute un « retour aux sources » de la définition des crimes contre l'humanité.

Les juges se sont en effet séparés sur ce qu'il fallait entendre par « politique d'un État ou d'une organisation », et plus particulièrement sur la définition d'une « organisation » au sens de l'article 7, paragraphe 2 a), du Statut.

La majorité⁵⁶ a accepté que ce terme puisse recouvrir toute forme d'organisation, ce que le juge dissident⁵⁷ a refusé car, pour lui, cette organisation devait avoir des caractéristiques semblables à celle d'un État, notamment au regard des pouvoirs qu'elle pouvait exercer sur une population civile.

Le juge dissident souligne ce qu'il estime être une « banalisation » des crimes contre l'humanité et rappelle que ce qui justifie la répression internationale des crimes contre l'humanité, c'est leur particulière dangerosité pour les populations civiles. Cette particulière dangerosité découle du fait que des gouvernements dont l'obligation est de protéger leurs concitoyens, au contraire, utilisent les moyens que met à leur disposition l'appareil d'État pour commettre des atrocités à l'encontre des populations civiles qu'ils ont l'obligation de protéger⁵⁸. C'est ce qui justifie l'intervention de la communauté internationale, et donc de la justice internationale, transformant des crimes « ordinaires » en des crimes contre l'humanité. En ce sens, c'est l'élément contextuel des crimes contre l'humanité qui permet de distinguer les crimes qui relèvent de la sphère internationale de ceux qui relèvent exclusivement de la sphère nationale.

Historiquement, les crimes contre l'humanité ont été commis en application de la politique d'un État et certains auteurs estiment qu'il ne peut en être autrement, y compris en application de l'article 7, paragraphe 2 a) du Statut⁵⁹.

54 CPI, Situation en République Centrafricaine, aff. *le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, Chambre préliminaire II, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 juin 2009, § 81 ; V. également, dans le même sens, CPI, Situation en République démocratique du Congo, aff. *le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-717-tFRA-Corr, Chambre préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges, 30 sept. 2008, § 396.

55 CPI, Situation au Kenya, ICC-01/09-19, Chambre préliminaire II, Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya (uniquement disponible en anglais), 31 mars 2010.

56 *Idem*, § 92 et 93.

57 *Ibid.*, opinion dissidente, § 51.

58 *Ibid.*, opinion dissidente, § 63.

59 Cherif Bassiouni, *The Legislative History of the International Criminal Court: Introduction, Analysis and Integrated Text*, Volume I, Transnational Publishers (2005), p. 152.

Sur ce point, le juge dissident estime que le texte du Statut renvoie clairement à la politique d'une organisation et qu'en conséquence des crimes contre l'humanité peuvent être commis en application de la politique menée par des acteurs non étatiques. Mais ceci suppose que cette entité non étatique ait acquis le pouvoir et les moyens d'établir une telle politique, ce qui est forcément réservé à des organisations ayant un pouvoir de contrôle suffisant sur la population civile, parce qu'elles ont acquis par exemple le contrôle d'une partie du territoire d'un État et donc exercent de fait le même pouvoir qu'exercerait un État sur la population civile.

En revanche, des organisations criminelles telles que des gangs mafieux ou des cartels de drogue ne peuvent être considérés comme des organisations au sens de l'article 7, paragraphe 2 a) du Statut car, même s'ils sont structurés et puissamment armés, ils ne partagent pas les caractéristiques d'un État.

Pour le juge dissident, élargir la notion de crimes contre l'humanité pour y inclure les crimes commis par ce type d'organisations, reviendrait à oublier la nature particulière des crimes contre l'humanité et leur raison d'être historique⁶⁰. Les crimes contre l'humanité ne peuvent se réduire à une violence organisée qui existe dans presque tous les pays de la planète.

D'une interprétation extensive ou restrictive de la notion de crimes contre l'humanité, dépend également la façon dont la CPI va exercer sa compétence dans les années à venir : si la Cour devient également un *forum* pour la criminalité organisée, elle sera incapable de s'occuper des situations, innombrables, qui pourraient relever de sa compétence. Comme le relève le juge dissident, la sélection des situations risquerait de devenir totalement arbitraire⁶¹, en fonction des affaires que les États souhaiteraient, parfois pour des raisons de pure commodité, abandonner à la CPI : celle-ci risquerait d'y perdre sans doute sa raison d'être.

Nul doute qu'une question aussi fondamentale sera posée à la Chambre d'appel de la Cour qui devra alors fixer les limites de la compétence de la Cour.

La décision du 31 mars 2010 a déjà suscité l'intérêt de la doctrine. Certains auteurs⁶² n'hésitent pas à affirmer que la jurisprudence de la Cour ne saurait ainsi étendre sa compétence et qu'il reviendrait à l'Assemblée des États Parties de modifier le Statut, si elle le souhaite.

➤ LA PARTICIPATION DES VICTIMES A LA PROCEDURE

La participation des victimes à la procédure devant la Cour, sujet décidément inépuisable à la CPI, a donné lieu à des décisions intéressantes, puisque, pour la première fois dans l'histoire de la CPI, les victimes ont pu participer à la procédure ayant amené la Chambre préliminaire II à autoriser l'ouverture d'une enquête au Kenya (A). Par ailleurs, la participation des victimes au stade de l'enquête dans une situation a connu de nouveaux développements (B).

A) Le rôle des victimes dans la procédure d'autorisation d'enquête

Lorsque le Procureur envisage de demander l'autorisation d'ouvrir une enquête à la Chambre préliminaire en application de l'article 15, paragraphe 3, du Statut, il a l'obligation d'informer les

⁶⁰ Opinion dissidente, § 59 à 66.

⁶¹ *Idem*; § 10.

⁶² Claus Kress, On the Outer Limits of Crimes against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement, Some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision, *Leiden Journal of International Law*, 23 (2010), p. 855.

victimes, y compris en utilisant des « moyens de diffusion générale » en application de la règle 50 du Règlement afin que les victimes puissent faire des « représentations » à la Chambre préliminaire.

Lorsque le Procureur a demandé l'autorisation d'enquêter dans la situation au Kenya en novembre 2009, il s'est contenté d'en informer publiquement les victimes, estimant que tout contact direct avec celles-ci mettrait en péril l'intégrité de l'enquête à venir ou la vie ou le bien-être de victimes ou de témoins.

La Chambre préliminaire II⁶³ a estimé qu'une telle information générale n'était pas suffisante pour permettre un accès effectif des victimes à la CPI et a donc demandé à la Section de la participation des victimes et des réparations, section au sein du greffe de la Cour, d'identifier, dans la mesure du possible, les chefs des communautés concernées susceptibles d'agir au nom des victimes qui souhaiteraient faire des représentations (en vue d'une représentation collective) et de recueillir les représentations des victimes (qu'elles soient collectives ou individuelles).

Cette ordonnance de la Chambre préliminaire II a donc introduit la notion de « participation collective » à la procédure des victimes, notion qui est cependant inconnue des textes applicables devant la CPI.

La participation des victimes à la procédure devant la CPI n'est en effet pour l'instant pas collective, même si, d'une part, la représentation légale des victimes peut l'être lorsque la Chambre décide d'imposer un représentant légal commun⁶⁴ eu égard au grand nombre de victimes, et, d'autre part, les réparations peuvent être accordées collectivement⁶⁵, si la Cour l'estime approprié. C'est, cependant, sans aucun doute un concept que la Cour devra développer, suivant en cela ce qui existe déjà à la règle 23 *quater* du Règlement des Chambres extraordinaires au sein des Tribunaux Cambodgiens⁶⁶, car le traitement individuel de chaque demande de participation par une chambre peut devenir trop difficile lorsque plusieurs milliers de demandes individuelles sont déposées⁶⁷.

La Chambre préliminaire II, dans son ordonnance du 10 décembre 2009, a donc fait une première dérogation au régime commun de la participation des victimes à la procédure, tel que prévu à la règle 89 du Règlement de procédure et de preuve, en permettant que la participation des victimes, à ce stade particulier de la procédure qu'est l'autorisation d'ouverture d'une enquête, soit collective.

Elle a également dérogé à ce régime en permettant à la Section de la participation des victimes et des réparations de vérifier si les conditions d'application de la règle 85 du Règlement étaient réunies. C'est donc le greffe, et non la Chambre comme l'exige la règle 89 du Règlement de procédure et de preuve, qui a vérifié si les victimes qui souhaitaient participer à la procédure remplissaient les critères fixés à la règle 85 précitée pour se voir reconnaître en tant que victimes devant la CPI.

⁶³ CPI, Situation en République du Kenya, ICC-01/09-4-tFRA, Chambre préliminaire II, Ordonnance adressée à la Section de la participation des victimes et des réparations concernant les représentations faites par les victimes en vertu de l'art. 15-3 du Statut, 10 déc. 2009, § 9.

⁶⁴ V. en ce sens la règle 90(3) du Règlement.

⁶⁵ Règle 97 du Règlement.

⁶⁶ Règle 23 *quater* du Règlement intérieur (Rev. 6) des Chambres Extraordinaires au sein des Tribunaux Cambodgiens, adoptée le 9 févr. 2010, intitulée « Associations de victimes » et qui fait référence à l'exercice collectif de l'action civile.

⁶⁷ Pour la première fois dans l'histoire de la CPI, ce sont plus de 1200 demandes de participation qui ont été présentées par les victimes dans l'affaire le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo devant la Chambre de première instance III ; voir CPI, Situation en République centrafricaine aff. *le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-1005-tFRA, Chambre de première instance III, Décision relative à la représentation légale commune des victimes aux fins du procès, 10 nov. 2010, § 6.

L'approche de la Chambre préliminaire est certes innovante en ce qui concerne la participation collective, mais elle n'est pas forcément favorable aux victimes. En effet, multiplier les régimes de participation à la procédure en fonction du stade de celle-ci revient à scinder le droit d'accès des victimes à la Cour en une multitude de droits spécifiques et donc à affaiblir ce droit d'accès. Il serait sans doute préférable de concevoir la participation des victimes à la procédure comme un régime général de participation qui s'applique à tous les stades de celle-ci. Cela réduirait l'incertitude juridique qui caractérise le régime de la participation des victimes à la procédure devant la Cour.

Après une mission au Kenya menée par la Section de la participation des victimes et des réparations, ainsi que par l'unité de la sensibilisation à la CPI, cette Section a demandé un délai supplémentaire jusqu'au 15 mars 2010 pour établir un rapport définitif à la Chambre préliminaire eu égard aux difficultés pour identifier les différentes communautés et leurs chefs mais aussi pour permettre un contact avec eux en toute sécurité. La question de la sécurité était cruciale puisque les victimes et les auteurs allégués des violences continuaient à vivre côte à côte dans le pays⁶⁸.

Dans son rapport déposé le 15 mars 2010⁶⁹, la Section de la participation des victimes et des réparations a précisé qu'elle avait reçu 76 représentations collectives faites au nom de groupes dont la majorité comprenait entre 100 et 10.000 victimes ainsi que 320 représentations individuelles. Les victimes, dans leur grande majorité, ont soutenu la demande d'ouverture d'enquête présentée par le Procureur à la Chambre préliminaire, tout en souhaitant que l'enquête soit étendue à des faits antérieurs à ceux mentionnés par le Procureur, souhait que la Chambre préliminaire a pris en considération dans sa décision du 31 mars 2010 autorisant l'ouverture d'une enquête au Kenya⁷⁰.

La Fédération internationale des droits de l'homme⁷¹, dans son rapport présenté à la Conférence de révision du Statut à Kampala, a estimé que la procédure de participation des victimes dans la situation en République du Kenya avait été un succès eu égard aux efforts faits par la Cour, conformément à l'article 15, paragraphe 3, du Statut, pour impliquer les victimes très tôt dans la procédure, avant même que le Procureur ouvre une enquête.

Il est cependant probable, puisque la Chambre a, pour l'instant, évité la procédure prévue à la règle 89 du Règlement, qu'après la présentation d'affaires par le Procureur dans la Situation au Kenya, les victimes, y compris celles qui ont déjà participé à la procédure sous l'angle de l'article 15, paragraphe 3, du Statut, devront déposer une nouvelle demande conforme aux exigences de la règle 89 du Règlement, pour participer à la procédure subséquente. Il ne sera peut-être pas facile d'expliquer à ces victimes pourquoi elles doivent de nouveau se soumettre à une telle procédure d'autorisation.

⁶⁸ CPI, Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-6-Red, Victims Participation and Reparations Section, Public Redacted Version of Report Concerning Victims' Representation (ICC-01/09-6-Conf-Exp) and annexes 2 to 10 (uniquement disponible en anglais), 29 mars 2010 ; voir notamment le § 26 de ce rapport où les problèmes de sécurité pour approcher les communautés de victimes sont développés, notamment dans un pays où la culture de l'impunité laisse craindre que ceux qui peuvent être responsables des crimes commis s'en prennent aux victimes et témoins potentiels pour échapper à toute répression.

⁶⁹ CPI, Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-17-Corr-Red, Victims Participation and Reparations Section, Public Redacted Version of Corrigendum to the Report on Victims' Representations (ICC-01/09-17-Conf-Exp-Corr) and annexes 1 and 5 (uniquement disponible en anglais), 29 mars 2010, § 2 et 35.

⁷⁰ CPI, Situation in the Republic of Kenya, Pre-Trial Chamber II, ICC-01/09-19, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya (uniquement disponible en anglais), 31 mars 2010, § 204.

⁷¹ Fédération internationale des droits de l'homme, ICC Review Conference : « Renewing Commitment to Accountability », mai 2010, p. 9.

B) Le rôle des victimes au stade de l'enquête dans une situation

En ce qui concerne la participation des victimes à la procédure au stade de l'enquête dans une situation, c'est-à-dire avant que le Procureur ait sélectionné une affaire en soumettant une requête à une chambre préliminaire en application de l'article 58 du Statut aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt ou d'une citation à comparaître, on se souvient que les Chambres préliminaires I et II, dans des décisions rendues respectivement le 17 janvier 2006⁷² et le 10 août 2007⁷³, avaient consacré la possibilité pour les victimes de participer à la procédure au stade de l'enquête, sans définir de manière précise les droits procéduraux auxquels elles pouvaient prétendre.

La chambre d'appel avait, dans une décision rendue le 19 décembre 2008⁷⁴, précisé que les victimes n'avaient pas un droit général de participation à l'enquête menée par le Procureur de la CPI, tout en affirmant que les victimes pouvaient participer à toute procédure judiciaire en relation avec l'enquête, sans donner aucune précision sur les droits procéduraux des victimes à ce stade de la procédure.

La décision de la Chambre d'appel a eu cependant un effet paralysant, non seulement sur la participation des victimes de la situation à la procédure devant la Cour, mais aussi sur le traitement de leurs demandes de participation par les chambres préliminaires : en effet, en 2009 et 2010, on ne trouve aucune décision concernant les demandes de participation à la procédure des victimes dans les situations en République démocratique du Congo et au Darfour. Dans la situation en Ouganda, la dernière décision concernant les demandes de participation des victimes à la procédure remonte au 10 mars 2009⁷⁵.

C'est dans ce contexte que la Chambre préliminaire II, dans une composition différente de celle qui avait pris les décisions entre 2007 et 2009 dans la situation en Ouganda, décidait, le 3 novembre 2010⁷⁶, de proposer un nouveau système de participation à la procédure pour les victimes de la situation au Kenya cette fois-ci, dans ce qu'elle appelait une « décision cadre ». Ce système a été étendu aux victimes de la situation en République centrafricaine quelques jours plus tard⁷⁷.

La Chambre préliminaire rappelle tout d'abord les droits fondamentaux des victimes à un recours effectif et à avoir accès à la justice, puis insiste sur la jurisprudence de la Chambre d'appel du 19 décembre 2008 qui limite la participation des victimes aux procédures judiciaires, épinglant au passage la Chambre d'appel pour son absence totale de précision sur les procédures auxquelles les victimes pourraient participer dans le cadre de l'enquête dans une situation⁷⁸.

⁷² CPI, Situation en République démocratique du Congo, ICC-01/04-101, Chambre préliminaire I, Décision sur les demandes de participation à la procédure de VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 et VPRS 6, 17 janv. 2006.

⁷³ CPI, Situation in Uganda, ICC-02/04-101, Pre-Trial Chamber II, Decision on victims' applications for participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06 (uniquement disponible en anglais), 10 août 2007.

⁷⁴ CPI, Situation en République démocratique du Congo, ICC-01/04-556-tFRA, Chambre d'appel, Arrêt relatif à la participation des victimes au stade de l'enquête dans le cadre de l'appel interjeté par le Bureau du Conseil public pour la Défense contre la décision rendue le 7 décembre 2007 par la Chambre préliminaire I et de l'appel interjeté par le Bureau du conseil public pour la Défense et le Procureur contre la décision rendue le 24 décembre 2007 par la Chambre préliminaire I, 19 déc. 2008.

⁷⁵ CPI, Situation in Uganda, ICC-02/04-180, Decision on victims' applications for participation a/0192/07 to a/0194/07, a/0196/07, a/0200/07, a/0204/07, a/0206/07, a/0209/07, a/0212/07, a/0216/07, a/0216/07, a/0217/07, a/0219/07 to a/0221/07, a/0228/07 to a/0230/07, a/0234/07, a/0235/07, a/0237/07, a/0324/07 and a/0326/07 under rule 89 (uniquement disponible en anglais), 10 mars 2009.

⁷⁶ CPI, Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-24, Pre-Trial Chamber II, Decision on Victims' Participation in Proceedings Related to the Situation in The Republic of Kenya (uniquement disponible en anglais), 3 nov. 2010.

⁷⁷ CPI, Situation in the Central African Republic, ICC-01/05-31, decision on Victims' Participation in Proceedings Related to the Situation in the Central African Republic (uniquement disponible en anglais), 3 nov. 2011.

⁷⁸ CPI, Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-24, Pre-Trial Chamber II, Decision on Victims' Participation in Proceedings Related to the Situation in The Republic of Kenya (uniquement disponible en anglais), 3 nov. 2010; voir le paragraphe II de la décision qui se lit comme suit dans sa version anglaise : « In particular, the Appeals Chamber Judgement of 19 December 2008, which

La Chambre préliminaire n'est guère plus précise cependant sur les droits procéduraux des victimes à ce stade de la procédure : à la décision prise en août 2007 par la Chambre préliminaire II, elle emprunte⁷⁹ son catalogue de dispositions du Statut pour l'application desquelles les victimes de la situation pourraient participer. La Chambre fait ainsi référence aux articles 53, 56 et 57, paragraphe 3 c) du Statut. Elle rappelle également que la règle 93 du Règlement lui permet de solliciter les vues des victimes sur toute question.

Le paragraphe essentiel de la décision est le paragraphe 16 où la Chambre préliminaire détermine la façon dont elle va traiter les demandes de participation des victimes de la situation, ce qu'elle appelle le « cadre procédural » de leur « éventuelle » participation.

En effet, après la décision de la Chambre d'appel du 19 décembre 2008, deux options semblaient possibles : soit les chambres préliminaires recevaient de manière régulière les demandes de participation des victimes et décidaient si elles étaient victimes au regard de la Règle 85 du Règlement, laissant à plus tard la détermination de leurs droits procéduraux en fonction des procédures concrètes qui pourraient se dérouler au stade de l'enquête dans la situation en cause ; soit les chambres préliminaires renvoyaient l'examen au regard de la règle 85 du Règlement au moment où les victimes pourraient éventuellement participer à des procédures se déroulant au stade de l'enquête, cette seconde option ayant le clair désavantage de bloquer toute participation des victimes pendant le temps nécessaire à les reconnaître en tant que victime au regard de la règle 85 du Règlement avec le risque soit d'une exclusion des victimes de ces procédures, soit d'un retard considérable dans le déroulement de ces procédures.

C'est malheureusement cette seconde option qui a été choisie par la Chambre préliminaire II dans la situation au Kenya puisqu'au paragraphe 16 de sa décision, elle indique clairement qu'elle ne procédera à l'examen des demandes de participation des victimes de la situation au Kenya que si elle a au préalable déterminé qu'une procédure judiciaire devait être conduite, soit qu'elle ait décidé d'initier elle-même une procédure comme elle le peut notamment en application des articles 53, paragraphe 3 b), 56, paragraphe 3, et 57 paragraphe 3 c), du Statut, soit qu'elle ait estimé qu'une requête présentée par les victimes ou d'autres participants pouvaient effectivement conduire à une procédure judiciaire devant elle. C'est d'ailleurs peut-être le seul point positif pour les victimes dans cette décision : les victimes se voient reconnaître le droit de présenter une requête à la Chambre préliminaire, sans qu'il y ait bien entendu de garantie sur la suite qui sera donnée à cette requête.

Il est donc clair que les demandes de participation des victimes dans la situation au Kenya pourront rester des années en souffrance au greffe de la Cour, dans l'attente qu'une procédure judiciaire puisse éventuellement se dérouler. Les victimes n'auront donc même plus de décision portant sur leur reconnaissance en tant que victime au regard de la règle 85 du Règlement sauf si une procédure intervient en rapport avec l'enquête au Kenya. On peut se demander si une telle jurisprudence est conforme à la règle 89 du Règlement qui fait obligation au Greffier de transmettre les demandes de participation des victimes à la Chambre compétente : ici, c'est la Chambre qui ordonne au Greffier de garder ces demandes tant qu'une procédure n'intervient pas dans le cadre de l'enquête dans la situation, sans que l'on sache quand une telle procédure peut intervenir.

addressed the question of victims' participation in the context of the situation, fell short of any guidance as to the possible scenarios that could lead to such participation at the situation stage ».

⁷⁹ *Idem*, § 12.

Au-delà du « système » établi par les chambres préliminaires pour la participation des victimes au stade de l'enquête dans une situation et pour en venir à l'exercice concret et effectif de leurs droits procéduraux, le 28 juin 2010, le représentant légal des victimes VPRS 3 et 6 a déposé une nouvelle requête⁸⁰ devant la Chambre préliminaire I dans la situation en République démocratique du Congo tendant à voir Jean-Pierre Bemba Gombo poursuivi non seulement pour les crimes prétendument commis par ses troupes en République centrafricaine, mais aussi pour ceux prétendument commis en Ituri en octobre 2002, crimes pour lesquels le Procureur n'avait exercé aucune poursuite alors qu'il affirmait détenir des éléments de preuve sur les crimes commis par les troupes de Jean-Pierre Bemba Gombo lors de leur offensive en Ituri à cette date.

Le représentant légal demandait en conséquence à la Chambre préliminaire: i) d'examiner la décision du Procureur de ne pas poursuivre Jean-Pierre Bemba Gombo en sa qualité de chef militaire au sens de l'article 28-a du Statut pour les crimes dont ses troupes sont présumés coupables en Ituri ; ii) de demander au Procureur de remédier à cette carence de l'enquête. Pour prouver que le Procureur avait pris en réalité une décision de ne pas poursuivre Jean-Pierre Bemba Gombo pour les crimes prétendument commis par ses troupes en Ituri en octobre 2002, le représentant légal, dans un mémoire long de 16 pages, reprenait toutes les déclarations publiques du Procureur dans lesquelles il affirmait très clairement, y compris dans un rapport officiel de la CPI aux Nations Unies en 2008, que ses enquêtes sur les crimes commis en Ituri étaient à présent terminées.

Dans une décision rendue le 25 octobre 2010⁸¹, la Chambre préliminaire I a rejeté la requête du représentant légal. Il est intéressant de noter que la Chambre préliminaire n'a en rien examiné les faits présentés dans la requête mais s'est contentée de rappeler que le Procureur avait déclaré à la Chambre qu'il n'avait pas pris de décision de ne pas poursuivre Jean-Pierre Bemba Gombo pour les crimes prétendument commis en Ituri et dès lors, compte tenu des informations en sa possession, elle ne voyait aucune raison de ne pas croire le Procureur. La motivation tient en deux paragraphes de trois lignes chacun.

Cette jurisprudence confirme une précédente jurisprudence de la Chambre préliminaire I⁸² qui, en 2007, avait rejeté deux requêtes du représentant légal de VPRS 1 à 6 tendant notamment à revoir la décision implicite du Procureur de ne pas poursuivre Thomas Lubanga Dyilo entre autres pour des crimes de nature sexuelle.

Il suffit pour le Procureur de dire qu'il n'a pris aucune décision pour que la Chambre se tranche derrière les déclarations du Procureur et refuse d'exercer tout contrôle. La Chambre n'exige même pas du Procureur qu'il conduise ses enquêtes, comme l'exige la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁸³, dans un délai raisonnable : en l'espèce, les faits remontaient à 2002 et l'ouverture de l'enquête en République démocratique du Congo à 2004.

Une telle jurisprudence revient à laisser au Procureur le choix à la fois de l'éventualité de l'exercice du contrôle judiciaire et le choix du moment de ce contrôle puisque la Chambre préliminaire ne lui

⁸⁰ CPI, Situation en République démocratique du Congo, ICC-01/04-564, représentant légal des victimes VPRS 3 et 6, Demande du représentant légal de VPRS 3 et 6 aux fins de mise en cause de M. Jean-Pierre Bemba en sa qualité de chef militaire au sens de l'art. 28-a du Statut pour les crimes dont ses troupes sont présumées coupables en Ituri, 28 juin 2010.

⁸¹ CPI, Situation in the Democratic Republic of the Congo, ICC-01/04-582, Pre-Trial Chamber I, Decision on the request of the legal representative of victims VPRS 3 and VPRS 6 to review an alleged decision of the Prosecutor not to proceed, (uniquement disponible en anglais), 25 oct. 2010.

⁸² CPI, Situation en République démocratique du Congo, ICC-01/04-373-tFRA, Chambre préliminaire I, Décision sur les demandes du représentant légal des victimes VPRS 1 à VPRS 6 relatives aux informations fournies par le Procureur concernant la poursuite de l'enquête, 26 sept. 2007.

⁸³ CEDH, Case of *Bazorkina v. Russia* (uniquement disponible en anglais), req. n° 69481/01, 27 juill. 2006, § 119.

fixe aucune limite de temps pour prendre sa décision et la notifier. Autrement dit, si la Chambre préliminaire vient à exercer ce contrôle judiciaire sur les décisions du Procureur de ne pas poursuivre, c'est parce que celui-ci souhaite qu'elle exerce un tel contrôle, ce qui en réduit singulièrement la portée et l'efficacité.

Les juges, sacrifiant au passage l'intérêt légitime des victimes, ont sans doute voulu d'abord laisser une totale liberté d'action au Procureur et, ensuite, éviter ainsi de prendre la moindre part de responsabilité dans sa politique de sélection des affaires. D'autres décisions des chambres préliminaires I⁸⁴ et II⁸⁵ confirment cette tendance qui semble peu se soucier des droits de l'homme internationalement reconnus⁸⁶.

Les organisations de défense des droits de l'homme, dont la FIDH, ont protesté, à la suite de cette décision du 25 octobre 2010 de la Chambre préliminaire I, par un communiqué du 3 novembre 2010⁸⁷ qui rappelle la raison d'être de la Chambre préliminaire:

« Nos organisations trouvent problématique que la Chambre préliminaire refuse dans les faits d'assumer son rôle de contrôle des décisions et omissions du Procureur dans la phase préliminaire de la procédure. La création de cette chambre avait précisément pour objectif, lors de l'adoption du Statut de Rome, de mettre en place un certain système d'évaluation des décisions du Procureur ».

⁸⁴ CPI, Situation en République démocratique du Congo, ICC-01/04-37-tFRA, Chambre préliminaire I, Decision relative à la demande présentée en vertu de la règle 103-1 du Règlement de procédure et de preuve 17 août 2007.

⁸⁵ CPI, Situation in the Central African Republic, Case of the *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-453, Pre-Trial Chamber II, Decision on Request for Leave to Submit Amicus Curiae Observations Pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence (uniquement disponible en anglais), 17 juill. 2009, § d.

⁸⁶ V. par exemple la Recommandation Rec (2000) 19 du Comité des Ministres aux États membres sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 6 oct. 2000 ; le § 34 de cette recommandation est ainsi rédigé : « Les parties intéressées à l'affaire lorsqu'elles sont reconnues comme telles ou identifiables, en particulier les victimes, doivent avoir la possibilité de contester la décision prise par le ministère public de ne pas engager de poursuites ; une telle contestation peut se faire, le cas échéant après contrôle hiérarchique, soit dans le cadre d'un contrôle juridictionnel, soit en autorisant les parties à mettre en œuvre elles-mêmes les poursuites ». Dans le même sens et faisant référence à cette Recommandation, voir CEDH, aff. *Perez c. France*, 12 févr. 2004, gr. ch., req. n° 47287/99, § 68.

⁸⁷ FIDH, RDC/CPI 3 nov. 2010, « Les victimes interrogent la CPI sur l'absence de poursuites contre Jean-Pierre Bemba pour des crimes commis en RDC - Les juges les déboutent déclarant que l'enquête du Procureur sur la RDC est toujours ouverte », disponible sur le site internet de la FIDH, www.fidh.org.