

Chronique de jurisprudence de la Cour pénale international – 2009¹

Gilbert Bitti

Conseiller juridique principal à la Section préliminaire de la Cour pénale internationale

Depuis le mois de juillet 2008, quatre nouveaux États² ont ratifié le Statut de Rome (ci-après le « Statut ») de la Cour pénale internationale (CPI), portant à 110 le nombre d'États parties au Statut au 1^{er} octobre 2009. Ce groupe des États d'Afrique, avec 30 États, est toujours le groupe le plus important au sein de l'Assemblée des États parties au Statut; viennent ensuite le groupe des États d'Europe occidentale et autres États (25 États), le groupe des États d'Amérique latine et des Caraïbes (24 États), le groupe des États d'Europe centrale et orientale (17 États) et enfin le groupe des États d'Asie qui comprend 14 États.

Le 11 mars 2009 s'est opéré le second renouvellement triennal des juges de la Cour pénale internationale. Six juges de la CPI qui avaient été élus lors de la première élection des juges à la CPI en 2003 et dont le mandat avait été limité à six ans en vertu d'un tirage au sort ont donc quitté la Cour, dont le Président de celle-ci, le Juge canadien Philippe Kirsch. Depuis le départ des Juges Kirsch et Pikis (Chypre), la chambre d'appel est à présent composée des Juges Sang-Hyun Song (République de Corée), Erkki Kourula (Finlande), Daniel David Ntaganda Nsereko (Ouganda), Anita Usacka (Lettonie) et Akua Kuenyehia (Ghana).

Quatre nouveaux juges sont arrivés à la Cour à savoir, la Juge Joyce Aluoch (Kenya), la Juge Sanji Mmasenono Monageng (Bostwana), la Juge Christine Van Den Wyngaert (Belgique) et le Juge Cuno Tarfusser (Italie). La Présidence de la Cour est composée depuis le 11 mars 2009 du Juge Sang-Hyun Song en qualité de Président, de la Juge Fatoumata Dembele Diarra en qualité de Première Vice-présidente (Mali) et du Juge Hans-Peter Kaul en qualité de Second Vice-président (Allemagne). Il est à noter que, le 19 mars 2009³, la Présidence de la CPI a dissout la Chambre préliminaire III et a décidé de réassigner la situation en République centrafricaine à la Chambre préliminaire II. Il ne reste donc plus que deux chambres préliminaires à la CPI, la Chambre préliminaire I, présidée par la Juge Sylvia Steiner (Brésil), actuellement saisie des situations en République démocratique du Congo et au Darfour (Soudan), et la Chambre préliminaire II, présidée par la Juge Ekaterina Trendafilova (Bulgarie) et actuellement saisie des situations en Ouganda, en République centrafricaine et au Kenya.

Le constat effectué l'année dernière au sujet du tarissement des saisines du fait d'États parties au Statut ou du Conseil de sécurité des Nations Unies se confirme : alors qu'en seize mois, entre décembre 2003 et mars 2005, la CPI avait été saisie de quatre situations⁴, toutes en Afrique, aucune saisine n'a eu lieu depuis maintenant plus de quatre ans. La critique d'une Cour qui concentre toutes ses activités sur un seul continent se fait de plus en plus vive même si on peut constater que ces

¹ Les vues exprimées doivent être considérées comme propres à leur auteur.

² Il s'agit du Suriname le 15 juill. 2008, des îles Cook le 18 juill. 2008, du Chili le 29 juin 2009 et de la République tchèque le 21 juill. 2009.

³ Décision relative à la constitution des chambres préliminaires et à l'assivation de la situation en République centrafricaine, document ICC-01/05-22-tFRA.

⁴ Il s'agit des situations en Ouganda, en République démocratique du Congo, en République centrafricaine et au Darfour (Soudan).

activités ont été pour la plupart « sollicitées » par les États eux-mêmes⁵ sur le territoire desquels se déroulaient les crimes relevant de la compétence de la Cour.

Ce tarissement des saisines et le refus très récent des autorités du Kenya de saisir la CPI de la situation dans leur pays ont finalement amené le Procureur à annoncer, le 5 novembre 2009, qu'il allait solliciter d'une chambre préliminaire de la CPI, en application de l'article 15, Paragraphe 3, du Statut de la CPI, l'autorisation de commencer une enquête dans la situation au Kenya. Dès le 6 novembre 2009, la Présidence de la CPI a attribué⁶ la situation au Kenya à la Chambre préliminaire II de la CPI. Le procureur devrait déposer sa requête formellement au mois de décembre 2009 et la décision de la Chambre préliminaire interviendra probablement quelques mois plus tard (aucun délai pour rendre une décision en application de l'article 15 du Statut n'est fixé ni dans le Statut, ni dans le Règlement de procédure et de preuve, ni dans le Règlement de la Cour). Il s'agit peut-être d'un tournant dans l'histoire de la CPI qui, pour la première fois, se saisit d'une situation sans l'autorisation « politique » préalable soit d'un État, soit du Conseil de sécurité des Nations Unies. Eu égard au tarissement des saisines mentionné ci-dessus, une telle situation devenait inévitable à court ou moyen terme et il n'est pas impossible que ce mode de saisine de la CPI devienne la règle à l'avenir car les saisines par des États ou par le Conseil de sécurité dépendent de facteurs très politiques qu'il n'est pas toujours facile de réunir. Il peut s'agir d'une bonne nouvelle pour la CPI car les saisines par des États avaient parfois été critiquées comme étant très politiques et même très orientées, en général contre les forces rebelles. L'application régulière de l'article 15, paragraphe 3, du Statut de la CPI, permettra peut-être de dissiper une certaine image de partialité dans les enquêtes et poursuites de la Cour qui était attachée aux saisines étatiques.

Par ailleurs, le Bureau du Procureur à La Haye continue à analyser d'autres situations (Colombie, Géorgie, Palestine, Côte d'Ivoire, Afghanistan et Guinée notamment)⁷. Il est possible que le Procureur demande un jour également pour l'une ou plusieurs de ces situations l'autorisation d'une chambre préliminaire de commencer une enquête. On peut cependant s'inquiéter de la longueur de cette phase préalable, appelée «examen préliminaire» avant la décision du Procureur de commencer ou non une enquête. Ainsi on constate que, dans la situation en Côte d'Ivoire, pour laquelle la Cour a reçu une déclaration d'acceptation de sa compétence de ce pays en 2003, le Procureur est en phase d'examen préliminaire depuis maintenant plus de six années. Une telle durée paraît manifestement déraisonnable. À propos de la situation en République centrafricaine, pour laquelle le Procureur a hésité plus de deux ans avant de finalement ouvrir une enquête en 2007, la Chambre préliminaire III avait rappelé, le 30 novembre 2006⁸, la nécessité pour le Procureur d'agir dans un délai raisonnable en ce qui concerne sa décision d'ouvrir une enquête ou non. Le Procureur n'a manifestement jamais accepté cette décision et continue à s'attribuer le temps qu'il souhaite pour décider de commencer ou non une enquête dans les situations dont il est saisi.

LE POINT SUR LES AFFAIRES EN COURS

⁵ En effet, à l'exception de la saisine de la Cour par le Conseil de sécurité des Nations Unies pour la situation au Darfour (Soudan), c'est le cas pour les autres situations devant la Cour, à savoir la République démocratique du Congo, l'Ouganda et la République centrafricaine.

⁶ Situation au Kenya, Decision Assigning the Situation in the Republic of Kenya To Pre-Trial Chamber II, 6 nov. 2009, document ICC-01/09-1, uniquement disponible en langue anglaise.

⁷ Voir le bulletin d'information hebdomadaire du Bureau du Procureur, disponible sur le site internet de la CPI sous la rubrique consacrée au Bureau du Procureur.

⁸ Situation en République centrafricaine, Décision relative à la demande d'informations sur l'état d'avancement de l'examen préliminaire de la situation en République centrafricaine, document ICC/CPI-01/05-6-tFRA.

En 2008, l'activité de la CPI s'est largement accrue même si le nombre des personnes remises à la Cour reste très modeste⁹. Les chambres d'appel, de première instance et préliminaires de la CPI rendent à présent plusieurs centaines de décisions par an. Les Chambres préliminaires de la CPI ont à présent délivré des mandats d'arrêt à l'encontre de 13 personnes. Cinq mandats d'arrêt ont été délivrés dans la situation en Ouganda en juillet 2005 (Joseph Kony, Raska Lukwiya, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen et Vincent Otti), quatre l'ont été dans la situation en République démocratique du Congo (Thomas Lubanga Dyilo, Bosco Ntaganda, Germain Katanga, et Mathieu Ngudjolo Chui), trois dans la situation au Darfour (Soudan) (Ahmad Harun, Ali Kushayb et Omar Hassan Ahmad Al Bashir¹⁰) et un dans la situation en République centrafricaine (Jean-Pierre Bemba Gombo).

Pour la première fois dans l'histoire de la CPI, une citation à comparaître a été délivrée le 7 mai 2009 contre Bahr Idriss Abu Garda¹¹ dans la situation au Darfour (Soudan). Cette citation à comparaître est une alternative au mandat d'arrêt, prévue à l'article 58, paragraphe 7, du Statut, lorsque la Chambre préliminaire est convaincue qu'il existe des motifs raisonnables de croire que la personne a commis le crime qui lui est imputé et qu'une citation à comparaître peut suffire à garantir sa comparution devant la Cour. Si la Chambre préliminaire a suivi l'argumentation du Procureur et a accepté de délivrer une citation à comparaître, elle s'est cependant réservée le droit de revenir sur cette conclusion¹², d'office ou à la demande du Procureur, « en particulier si le suspect ne se présente pas à la date fixée dans la citation à comparaître ou contrevient aux injonctions contenues dans cette dernière ». L'intéressé a effectivement comparu volontairement devant la Chambre Préliminaire I le 18 mai 2009. L'audience de confirmation des charges dans cette affaire a été fixée tout d'abord au 12 octobre 2009 puis a été reportée au 19 octobre 2009¹³. Cette audience s'est déroulée du 19 au 30 octobre 2009. La décision devrait être rendue au plus tard le 1^{er} février 2010.

En ce qui concerne les quatre personnes détenues au siège de la Cour (Thomas Lubanga Dyilo, Germain Katanga, Mathieu Ngudjolo Chui et Jean-Pierre Bemba), les charges ont été confirmées

⁹ Seules quatre personnes ont été arrêtées et remises à la Cour, à savoir Thomas Lubanga Dyilo, Germain Katanga, Mathieu Ngudjolo Chui et Jean-Pierre Bemba. Depuis la remise de ce dernier en juill. 2008, aucune autre personne n'a été remise à la Cour qui souffre cruellement du manque de coopération des États en ce qui concerne notamment l'arrestation des personnes poursuivies.

¹⁰ Situation au Darfour (Soudan), affaire *Le Procureur c/ Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (« *Omar Al Bashir* »), Decision on the Prosecution's Application for a warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, décision du 4 mars 2009, document ICC-02/05-01/09-3, uniquement disponible en langue anglaise. Le mandat d'arrêt contre Omar Al Bashir a été délivré le même jour et porte le numéro ICC-02/05-01/09-1. Il s'agit 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 comprenant le chef d'accusation de génocide, si bien que le mandat d'arrêt comprend cinq chefs d'accusation pour crimes contre l'humanité et deux chefs d'accusation pour crimes de guerre; 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 sollicité l'autorisation de faire appel de la décision de la majorité rejetant le chef d'accusation de génocide, autorisation qui a été accordée. L'appel est à ce jour (nov. 2009) toujours pendant devant la chambre d'appel.

¹¹ Situation au Darfour (Soudan), affaire *Le Procureur c/ Bahar Idriss Abu Garda*, décision relative à la requête déposée par le Procureur en vertu de l'article 08, document ICC-02/05-02/09-1-tFRA décision du 7 mai 2009 rendue publique le 17 mai 2009.

¹² Décis. 7 mai 2009 préc., para. 32.

¹³ Situation au Darfour, Soudan, affaire *le Procureur c/ Bahar Idriss Abu Garda*, Decision On the Prosecutor's requests for extension of time-limit, 11 sept. 2009, document ICC-02/06-02/09-98, uniquement disponible en langue anglaise,

contre Thomas Lubanga Dyilo le 29 janvier 2007¹⁴, contre Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui le 30 septembre 2008¹⁵ et contre Jean-Pierre Bemba le 15 juin 2009¹⁶.

- L'affaire *Thomas Lubanga Dyilo*

Dans l'affaire *Thomas Lubanga Dyilo*, on se souvient¹⁷ que la Chambre de première instance I¹⁸ avait le 13 juin 2008 suspendu le procès dans cette affaire, le Procureur n'ayant pas communiqué à la défense des éléments à décharge. Le Procureur ayant fait appel de cette décision, la chambre d'appel a, le 21 octobre 2008¹⁹, confirmé la décision de la Chambre de première instance en rappelant que les « activités d'enquête du procureur doivent tendre à la découverte de preuves qui peuvent ultérieurement être présentées en audience publique, et ce, pour établir la vérité et déterminer s'il y a responsabilité pénale au regard du Statut »²⁰. La chambre d'appel, en se fondant principalement sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, rappelle que c'est à la Chambre de vérifier si les pièces en possession du Procureur doivent être communiquées à la défense et qu'un tel rôle ne peut en aucun cas être laissé au Procureur lui-même. À la suite de cet arrêt qui a constitué un sérieux revers pour le Bureau du Procureur, ce dernier a finalement obtenu l'accord des Nations Unies pour communiquer toutes les pièces litigieuses à la Chambre de première instance, ce qui a permis à celle-ci de lever le 18 novembre 2008 sa mesure de suspension de la procédure prononcée au mois juin 2008²¹. Le procès contre Thomas Lubanga Dyilo a finalement débuté le 26 janvier 2009 et ne s'achèvera probablement pas avant le premier semestre 2010.

En effet, le 22 mai 2009²², les représentants légaux des victimes ont sollicité de la Chambre de première instance I qu'elle mette en œuvre la procédure prévue à la norme 55 du Règlement de la Cour²³ qui s'intitule « Pouvoir de la Chambre de première instance de modifier la qualification juridique des faits ». Alors que les charges retenues contre Thomas Lubanga Dyilo concernaient uniquement le fait de procéder à la conscription et à l'enrôlement d'enfants de moins de 15 ans dans les forces armées nationales et de les faire participer activement à des hostilités (faits prévus et

¹⁴ Situation en République démocratique du Congo, affaire *le Procureur c/ Thomas Lubanga Dyilo*, Décision sur la confirmation des charges, version publique avec annexe I, document ICC-01/04-01/06-803.

¹⁵ Situation en République démocratique du Congo, affaire *le Procureur c/ Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, décision relative à la confirmation des charges, version publique expurgée, document ICC-01/04-01/07-717-tFRA, décision de 243 pages avec une opinion dissidente de la Juge Anita Usacka.

¹⁶ Situation en République centrafricaine, affaire *le Procureur c/ Jean-Pierre Bemba Gombo*, 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 contre Jean-Pierre Bemba Gombo, document ICC-01/05-01/08-424-tFRA.

¹⁷ V. sur cette décision ma chronique, cette Revue 2008. 722.

¹⁸ Composée des juges Adrian Fulford, Elizabeth Odio Benito et René Blatmann

¹⁹ Situation en République démocratique du Congo, affaire *le Procureur c/ Thomas Lubango Dyilo*, arrêt relatif à l'appel interjeté par le procureur contre la décision relative aux conséquences de la non-communication de pièces à décharge couvertes par les accords prévus à l'article 54-3-e du Statut, à la demande de suspension des poursuites engagées contre l'accusé et à certaines autres questions soulevées lors de la conférence de mise en état du 10 juin 2008, rendue par la Chambre de première instance I, document ICC-01/04-01/06-1486-tFRA.

²⁰ Arrêt 21 oct. 2008 préc., para. 41.

²¹ Situation en République démocratique du Congo, affaire *Le Procureur c/ Thomas Lubanga Dyilo*, Reasons for Oral Decision lifting the stay of proceedings, 23 janv. 2009, document ICC-01/04-01/06-1644, uniquement disponible en langue anglaise.

²² Situation en République démocratique du Congo, affaire *le Procureur c/ Thomas Lubanga Dyilo*, 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, document ICC-01/04-01/06-1891.

²³ Adopté par les juges de la CPI le 26 mai 2004 en application de l'article 52 du Statut et amendé les 9 mars 2005, 14 juin et 14 nov. 2007, document ICC-BD-01-02-07.

réprimés par les articles 8 paragraphe 2 b) xxvi) du Statut dans le cadre d'un conflit armé international et 8 paragraphe 2 e) vii) dans le cadre d'un conflit armé non international), les représentants légaux des victimes ont souligné dans leur requête que les faits relatés par un certain nombre de témoins qui ont déposé devant la Chambre à ce jour se rapportent aux éléments de crimes pouvant tomber dans les catégories prévus aux articles 8-2-a-ii (« traitement inhumain ») ou 8-2-c-i (« traitements cruels ») du Statut de Rome et 7-1-g ou 8-2-b-xxii ou 8-2-e-vi (« esclavage sexuel »). La défense²⁴ s'est opposée à cette demande qui, selon elle, sous couvert de requalification juridique des faits, visait en réalité à ajouter d'autres infractions à celles figurant dans la décision de confirmation des charges et aurait pour conséquence d'ajouter aux faits et circonstances décrits dans les charges.

Le 14 juillet 2009²⁵, la majorité (à savoir les juges Elizabeth Odio Benito et René Blattmann) de la Chambre de première instance I a fait droit à la requête des victimes et a estimé 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 a en effet estimé 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. Le Juge président de la Chambre de première instance I (le Juge Adrian Fulford) a émis sur cette question une longue opinion dissidente²⁶; il a effectué estimé que l'interprétation faite par ses collègues de la norme 55 du Règlement de la Cour était incompatible avec l'article 61, paragraphe 9 du Statut qui laisse à la Chambre préliminaire le soin de décider des charges et donc de fixer le cadre du procès. Après la confirmation des charges, la Chambre de première instance ne peut en aucun cas ajouter des charges supplémentaires ou modifier les charges. Son seul pouvoir, très limité, est de modifier la qualification juridique des faits, sans pouvoir rien y ajouter. La défense²⁷ et le Procureur²⁸ ont sollicité l'autorisation d'interjeter appel de la décision rendue par la majorité de la Chambre de première instance I. Cette autorisation a été donnée par la Chambre de première instance I, en application de l'article 82, paragraphe 1 d) du Statut, le 3

²⁴ Situation en République démocratique du Congo, affaire *Le Procureur c/ Thomas Lubanga Dyilo*, réponse de la Défense à la 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, datée du 22 mai 2009 et à la *Prosecution's response to the legal representatives '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*, datée du 12 juin 2009, document ICC-01/04-01/06-1975 du 19 juin 2009.

²⁵ Situation en République démocratique du Congo, affaire *Le Procureur c/ Thomas Lubanga Dyilo*, 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, document ICC-01/04-01/06-2049-tFRA.

²⁶ Situation en République démocratique du Congo, affaire *le Procureur c/ Thomas Lubanga Dyilo*, Minority opinion on the « Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court », opinion minoritaire du 17 juill. 2009, document ICC-01/04-01/06-2054, document uniquement disponible en langue anglaise; V. également le Corrigendum to « Minority opinion on the "Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court" of 17 July 2009 » corrigendum de l'opinion minoritaire du 21 juill. 2009, document ICC-01/04-01/06-2061-Anx, document exclusivement disponible en langue anglaise.

²⁷ Situation en République démocratique du Congo, affaire *le Procureur c/ Thomas Lubanga Dyilo*, requête de la Défense sollicitant l'autorisation d'interjeter appel de la « Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court » rendue le 14 juill. 2009, requête du 11 août 2009, document ICC 01/04-01/06-2073.

²⁸ Situation en République démocratique du Congo, affaire *le Procureur c/ Thomas Lubanga Dyilo*, Prosecution's Application for Leave to Appeal the « Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court », requête du 12 août 2009, document IC-01/04-01/06-2074, uniquement disponible en langue anglaise.

septembre 2009²⁹. Cet appel est toujours pendant devant la chambre d'appel. En 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 a sursis³⁰, conformément à ce que la défense lui avait demandé lors d'une conférence de mise en état tenue le 17 septembre devant elle, à la reprise du procès dans l'affaire *Lubanga* jusqu'à la décision de la chambre d'appel. Cet appel est pendant devant la chambre d'appel à ce jour (novembre 2009).

Le premier jugement de l'histoire de la CPI ne devrait donc pas être rendu avant le second semestre 2010, soit plus de quatre ans après la remise de l'intéressé à la CPI.

Cette nouvelle péripétie dans l'affaire *Lubanga* devant la CPI illustre en fait un problème crucial pour l'institution : une politique pénale excessivement sélective de la part du Procureur qui laisse impunis de nombreux crimes dans les situations où le Procureur enquête. Les juges de la majorité de la Chambre de première instance semblent avoir voulu apporter un remède au moins partiel à cette frustration légitime des victimes en leur permettant, sous l'angle de la norme 55 du Règlement de la Cour, de solliciter l'ajout de nouvelles charges, notamment en relation avec les violences sexuelles qui sont totalement absentes de la première affaire devant la CPI. Il est certain que les juges seront amenés à court ou moyen terme à réviser la politique pénale du Procureur, mais on peut se demander s'il ne reviendrait pas plutôt aux chambres préliminaires, sous l'angle de l'article 53 du Statut, d'exercer une telle fonction. Il est vrai que la réticence des chambres préliminaires jusqu'à ce jour à utiliser de manière effective l'article 53 du Statut a peut-être poussé les juges de la Chambre de première instance à réagir. La décision de la chambre d'appel sur cette question cruciale est donc particulièrement attendue.

- L'affaire *Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*

Dans l'affaire *Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, le début du procès devant la Chambre de première instance II³¹ a été initialement fixé au 24 septembre 2009 puis reporté au 24 novembre 2009³², soit plus d'un an après la confirmation des charges. Le 5 novembre 2009, la Chambre de première instance II a rejeté³³ une requête de la défense sollicitant le report de l'ouverture des débats au fond au mois de février 2010 et a donc confirmé que le procès commencerait à la date précédemment fixée, à savoir le 24 novembre 2009. Ce procès devrait débuter par les déclarations liminaires du Procureur, de la défense et des représentants légaux des victimes. À la suite de ces déclarations liminaires, devrait comparaître, à la demande de la Chambre, le responsable des enquêtes au Bureau du Procureur afin qu'il expose les conditions dans lesquelles s'est déroulée

²⁹ Situation en République démocratique du Congo, affaire *le Procureur c/ Thomas Lubanga Dyilo*, decision on the prosecution and defence applications for leave to appeal the « Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of the factions may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court », document ICC-01/04-01/06-2107, uniquement disponible en langue anglaise.

³⁰ Situation en République démocratique du Congo, affaire *le Procureur c/ Thomas Lubanga Dyilo*, Decision adjourning the evidence in the case and consideration of Regulation 55, décision du 2 oct. 2009, document ICC-01/04-01/06-2143, uniquement disponible en langue anglaise.

³¹ Composée des Juges Bruno Cotte (France), Fatoumata Dembele Diarra et Christine Van Den Wyngaert.

³² Situation en République démocratique du Congo, affaire *le Procureur c/ Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, décision reportant la date d'ouverture des débats au fond (règle 132-1 du Règlement de procédure et de preuve), décision du 31 août 2009, document ICC-01/04-01/07-1442.

³³ Situation en République démocratique du Congo, affaire *le Procureur c/ Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, décision sur la requête de la défense de Mathieu Ngudjolo en vue de reporter la date d'ouverture des débats au fond (règle 132-1 du Règlement de procédure et de preuve), document ICC-01/04-01/07-1603.

l'enquête relative aux événements survenus à Bogoro le 24 février 2003 ainsi que les difficultés rencontrées par les enquêteurs et les méthodes utilisées par eux pour enquêter à décharge en application de l'article 54, paragraphe 1 a) du Statut.

On s'aperçoit donc qu'à la phase préliminaire de la procédure, d'une durée d'environ un an, s'ajoute une phase de préparation du procès qui elle aussi prend au moins un an (deux ans dans l'affaire *Thomas Lubanga Dyilo*). Si l'on ajoute la phase du procès proprement dite ainsi que celle de rédaction de la décision, qui devraient également prendre au moins un an, on aboutit à une procédure particulièrement longue qui amène à s'interroger sur l'accumulation d'une phase préliminaire et d'une phase de préparation du procès: cette préparation du procès devrait être largement achevée lors de la phase préliminaire, permettant ainsi à la Chambre de première instance de bénéficier du travail de la Chambre préliminaire pour pouvoir débuter le procès très rapidement.

Il est urgent et important de développer la réflexion sur l'organisation de la procédure préliminaire pour l'orienter vers une préparation efficace du procès. Au-delà de son rôle de filtre lui permettant de « départager les affaires qui devraient être renvoyées en jugement de celles qui ne devraient pas l'être »³⁴, la Chambre préliminaire devrait être aussi et peut-être surtout une chambre de mise en état de l'affaire afin d'assurer que toute affaire renvoyée en jugement soit en état d'être jugée. Sur ce point, les compromis faits à Rome entre le système romano-germanique et le système de *common law* ainsi que les formulations vagues contenues dans le Statut et le Règlement de procédure et de preuve de la CPI ne facilitent pas la tâche car ils permettent des interprétations divergentes et rendent beaucoup plus délicate et longue la mise au point d'un système cohérent.

Au surplus, la possibilité donnée au Procureur par la chambre d'appel en 2006³⁵, de continuer son enquête après la confirmation des charges, lui permet de multiplier la présentation de nouveaux éléments de preuve après la constitution de la Chambre de première instance et d'aboutir ainsi à repousser l'ouverture du procès puisque la mise en état de l'affaire se prolonge bien après la confirmation des charges, un problème que la Chambre de première instance II a souligné dans sa décision du 31 août 2009 repoussant l'ouverture des débats au fond. Il serait sans doute opportun pour la chambre d'appel de revoir sa jurisprudence et d'obliger le Procureur à finir son enquête au moment de la confirmation des charges pour pouvoir établir un dossier définitif de l'affaire au moment de son renvoi en procès.

- L'affaire *Jean-Pierre Bemba Gombo*

En ce qui concerne l'affaire *Jean-Pierre Bemba*, la Chambre de première instance III³⁶ a été composée le 18 septembre 2009. Après avoir tenu une première conférence de mise en état le 6 octobre 2009³⁷, la Chambre a décidé que le procès s'ouvrira le 27 avril 2010³⁸.

³⁴ « Décision relative au système de divulgation des éléments de preuve et fixant un échéancier pour l'échange de ces éléments entre les parties », Chambre préliminaire III, 31 juill. 2008, para. 18, document ICC-01/05-01/08-55-tFRA.

³⁵ Situation en République démocratique du Congo, affaire *le Procureur c/ Thomas Lubanga Dyilo*, arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision de la Chambre préliminaire I intitulée « Décision fixant les principes généraux applicables aux demandes de restriction à l'obligation de communication introduites en vertu des règles 81-2 et 81-4 du Règlement de procédure et de preuve »; arrêt du 13 oct. 2006, document ICC-01/04-01/06-568-tFRA.

³⁶ Composée des Juges Adrian Fulford, Elizabeth Odio Benito et Joyce Aluoch.

³⁷ Situation en République centrafricaine, affaire *le Procureur c/ Jean-Pierre Bemba Gombo*, Scheduling Order and Agenda for the Status Conference on 6 October 2009, décision du 2 oct. 2009, document ICC-01/05-01/08-540, uniquement disponible en langue anglaise.

L'affaire *Jean-Pierre Bemba* a connu des développements intéressants par rapport aux précédentes affaires puisque, pour la première fois, à la suite de l'audience de confirmation des charges qui s'est tenue du 12 au 15 janvier 2009, la Chambre préliminaire III a décidé le 3 mars 2009³⁹ d'ajourner l'audience conformément à l'article 61-7-c-ii du Statut et de solliciter du Procureur qu'il présente à nouveau les charges contre Jean-Pierre Bemba en retenant la forme de responsabilité pénale prévue à l'article 28 du Statut (responsabilité des chefs militaires et autres supérieurs hiérarchiques) alors que le Procureur avait initialement présenté les charges contre Jean-Pierre Bemba en retenant la forme de responsabilité pénale prévue à l'article 25, paragraphe 3 a) du Statut (coaction). Le Procureur a, le 30 mars 2009, soumis un nouveau document contenant les charges et proposant de manière alternative les deux formes de responsabilité pénale prévues aux articles 25 paragraphe 3 a) et 28 du Statut. La Chambre préliminaire a rejeté dans sa décision de confirmation des charges la coaction au motif que l'intention criminelle n'était pas prouvée et n'a donc retenu que la responsabilité de Jean-Pierre Bemba Gombo sous l'angle de l'article 28 du Statut qui n'exige pas la preuve d'une intention criminelle, mais simplement la preuve que le commandant militaire, ayant un contrôle effectif sur ses troupes et sachant⁴⁰ que celles-ci commettaient ou allaient commettre des crimes relevant de la compétence de la Cour, n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables pour en empêcher ou en réprimer l'exécution.

Un des développements notables dans l'affaire *Jean-Pierre Bemba Gombo* est la décision prise par la Chambre préliminaire II, le 14 août 2009⁴¹, de remettre en liberté provisoire l'intéressé. Il s'agit de la première décision de ce genre dans l'histoire de la CPI, décision qui s'est heurtée à des difficultés d'exécution importantes et qui a été suspendue par la chambre d'appel.

Cette décision, qui illustre les difficultés de la CPI, mérite d'être commentée; d'autres développements intéressants ont eu lieu au cours de l'année précédente, notamment en ce qui concerne l'application du principe de complémentarité ainsi que la participation des victimes à la procédure.

- LA DECISION RELATIVE À LA MISE EN LIBERTE PROVISOIRE SOUS CONDITION DE JEAN-PIERRE BEMBA GOMBO

Après sa remise à la CPI le 3 juillet 2008, Jean-Pierre Bemba Gombo a sollicité à trois reprises sa mise en liberté provisoire, requêtes qui ont été rejetées respectivement les 20 août et 16 décembre 2008, puis le 14 avril 2009.

Le 29 juin 2009, la Juge Ekaterina Trendafilova, agissant en qualité de juge unique pour la Chambre préliminaire II, a tenu une audience afin d'examiner toute question liée à la détention de Jean-Pierre Bemba Gombo dans l'attente de son procès. Cette audience était rendue nécessaire par la règle 118,

³⁸ Situation en République centrafricaine, affaire *le Procureur c/ Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision on the Date of Trial, décision du 5 nov. 2009, document ICC-01/05-01/08-598, uniquement disponible en langue anglaise.

³⁹ Situation en République centrafricaine, affaire *le Procureur c/ Jean-Pierre Bemba Gombo*, décision portant ajournement de l'audience conformément à l'article 61-7-c-ii du Statut de Rome, document ICC- 01/05-01/08-388-tFRA.

⁴⁰ L'art. 28 n'exige pas forcément la connaissance par le chef militaire des crimes commis par ses troupes, si ce dernier, « en raison des circonstances, aurait dû savoir que ces forces commettaient ou allaient commettre ces crimes ».

⁴¹ Situation en République centrafricaine, affaire *le Procureur c/ Jean-Pierre Bemba Gombo*, 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, document ICC-01/05-01/08-475-tFRA.

paragraphe 3, du Règlement de procédure et de preuve, qui précise qu'au moins une fois par an la Chambre préliminaire doit tenir une audience sur la question de la détention.

À l'audience du 29 juin 2009, la défense de Jean-Pierre Bemba Gombo a demandé la mise en liberté provisoire de ce dernier sur le territoire du Royaume de Belgique, de la République française ou de la République portugaise. Le 2 juillet 2009, la défense a demandé à ce que soient ajoutées sur la liste des États sur le territoire desquels Jean-Pierre Bemba Gombo souhaitait être libéré, la République italienne, la République fédérale d'Allemagne et la République sud-africaine.

Conformément à la norme 51 du Règlement de la Cour⁴², la juge unique a demandé à ces six États ainsi qu'à l'État hôte de présenter leurs observations sur la mise en liberté provisoire de Jean-Pierre Bemba Gombo ainsi que les conditions qui devraient le cas échéant être imposées en application de la règle 119 du Règlement de procédure et de preuve (intitulée « Mise en liberté sous condition ») pour que les États sur le territoire desquels Jean-Pierre Bemba Gombo demande à être libéré acceptent de l'accueillir sur leur territoire.

Dans sa décision du 14 août 2009, la juge unique commence par rappeler le principe fondamental suivant lequel la privation de liberté doit être une exception et non la règle⁴³. Examinant ensuite les raisons qui permettent de maintenir une personne en détention en application de l'article 58, paragraphe 1 b) du Statut, à savoir la nécessité de garantir sa comparution, de s'assurer qu'elle ne fera pas obstacle à l'enquête ou à la procédure devant la Cour, ni n'en compromettra le déroulement ainsi que de s'assurer qu'elle ne poursuivra pas l'exécution du crime en question ou d'un crime connexe, la juge unique a estimé peu probable, eu égard à ses projets politiques et à l'importance qu'avait pour lui sa vie de famille, qu'il prenne le risque de devenir un fugitif; la juge unique n'a par ailleurs pas été convaincue par les affirmations du Procureur selon lesquelles Jean-Pierre Bemba Gombo profiterait de sa mise en liberté provisoire pour exercer des pressions sur les victimes et les témoins dans cette affaire, puisque le Procureur n'établit ses affirmations par aucun élément de preuve et que depuis sa mise en détention rien ne permettait d'affirmer que Jean-Pierre Bemba Gombo avait essayé de faire pression sur quiconque. La juge unique a donc considéré que le maintien en détention de l'intéressé n'apparaissait pas nécessaire pour le bon déroulement de la procédure, pour empêcher sa fuite ou pour l'empêcher de poursuivre l'exécution de crimes et elle a donc décidé de remettre Jean-Pierre Bemba Gombo en liberté⁴⁴, quoique « sous certaines conditions ». Tout en ordonnant cette mise en liberté provisoire, la juge unique a immédiatement sursis à la mise en œuvre de cette décision en attendant de déterminer le pays dans lequel Jean-Pierre Bemba Gombo pourrait être libéré ainsi que les conditions restrictives de liberté qui pourraient lui être imposées.

En effet, la juge unique s'est heurtée à un obstacle important et qui met en lumière la difficile condition d'une juridiction internationale qui, par définition, ne dispose pas d'un territoire : tous les États sur le territoire desquels la défense avait sollicité la mise en liberté provisoire de Jean-Pierre Bemba Gombo avaient « émis des objections ou préoccupations de principe à l'idée d'accueillir Jean-Pierre Bemba sur leur territoire, si celui-ci venait à être libéré »⁴⁵.

⁴² La norme 51 du Règlement de la Cour est ainsi rédigée: « Aux fins d'une décision de mise en liberté provisoire, la Chambre Préliminaire demande des observations à l'État hôte ainsi qu'à l'État sur le territoire duquel la personne demande à être libérée ».

⁴³ Décision du 14 août 2009, préc., para. 36.

⁴⁴ Décision du 14 août 2009, préc., para. 77.

⁴⁵ Décision du 14 août 2009, préc., para. 90.

Dans sa décision, la juge unique a donc rappelé aux États que leur coopération était capitale pour le bon fonctionnement de la Cour, notamment pour l'exécution de ses décisions, parmi lesquelles celle de mise en liberté sous condition.

La juge unique a rappelé les dispositions de l'article 86 du Statut qui fixe l'obligation pour les États parties de coopérer pleinement avec la Cour et a précisé que cette obligation générale s'appliquait à toutes les dispositions du Statut de la CPI et notamment à celle du Chapitre Y ayant trait à la mise en liberté provisoire⁴⁶. La juge unique a également rappelé aux États que pour que l'exécution de cette obligation générale de coopérer pleinement avec la CPI soit effective, les États étaient tenus, en application de l'article 88, de prévoir toutes les procédures nécessaires dans leur législation nationale.

En effet, sauf à rendre les dispositions de l'article 60 du Statut largement inutiles, les États doivent être tenus d'accepter sur leur territoire les personnes poursuivies pour lesquelles les juges estiment justifié de prononcer une mesure de mise en liberté provisoire. Agir autrement reviendrait à laisser aux États, et non à la Cour, le pouvoir de décider d'une mise en liberté provisoire. Les États sollicités n'étaient manifestement pas de cette opinion: on aboutit ici à un conflit entre l'obligation pour les États de coopérer pleinement avec la Cour et le droit souverain de chaque État de refuser l'accès à son territoire à une personne d'une nationalité étrangère n'ayant pas de titre régulier de séjour : La seule solution serait alors de renvoyer l'intéressé dans son pays d'origine, une solution qui peut être souvent impossible à mettre en œuvre pour des raisons de sécurité de la personne poursuivie. C'est dire si la mise en liberté provisoire des personnes poursuivies devant la CPI risque de se heurter à l'avenir à des difficultés d'exécution importantes. Sans la coopération des États parties au Statut, le pouvoir des juges de décider une mise en liberté provisoire pourrait devenir largement illusoire.

Devant cette impasse, la juge unique avait, dans sa décision, estimé nécessaire de tenir des audiences publiques auxquelles seraient conviés les États en cause : en l'espèce, la juge unique invitait les autorités compétentes 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 publiques entre les 7 et 14 septembre 2009 afin de compléter leurs observations et de fournir à la Cour toute information utile sur une éventuelle mise en liberté de Jean-Pierre Bemba Gombo sur leur territoire⁴⁷. Il était ainsi demandé aux États de présenter lors de ces audiences des observations sur l'applicabilité sur leur territoire de différentes conditions restrictives de liberté⁴⁸ ainsi que sur toute difficulté que l'État en cause pourrait rencontrer dans l'application effective de ces conditions restrictives de liberté.

Ces audiences n'ont en fait jamais eu lieu. En effet, le Procureur s'est opposé avec virulence à la mise en liberté provisoire de Jean-Pierre Bemba Gombo le jour même de la décision dans un communiqué de presse⁴⁹ intitulé « Procureur de la CPI : Pas de mise en liberté provisoire pour Jean-Pierre Bemba ». Le jour même, le Procureur a interjeté appel⁵⁰ de la décision de la juge unique et a sollicité

⁴⁶ Décision du 14 août 2009, préc., para. 85 et 86.

⁴⁷ Décision du 14 août 2009, préc., V. not. le para. 95 de la décision où il est demandé aux États de présenter des observations sur l'applicabilité sur leur territoire de différentes conditions restrictives de liberté ainsi que sur toute difficulté que l'État en cause pourrait rencontrer dans l'application effective de ses conditions restrictives de liberté.

⁴⁸ V. not. la liste non exhaustive des conditions restrictives de liberté prévue à la Règle 119, para. 1 du Règlement de procédure et de preuve.

⁴⁹ Document ICC-OTP-20090814-PR444.

⁵⁰ Situation en République centrafricaine, affaire *le Procureur c/ Jean-Pierre Bemba Gombo*, Appel interjeté par le Procureur contre la « 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

que son appel ait un effet suspensif. La chambre d'appel a fait droit à la requête du Procureur aux fins d'effet suspensif le 3 septembre 2009⁵¹. La juge unique a, le même jour, décidé de reporter sine die les audiences qui devaient se tenir avec les États entre le 7 et le 14 septembre⁵². L'appel est toujours pendant à ce jour devant la chambre d'appel.

- DE NOUVEAUX DEVELOPPEMENTS EN CE QUI CONCERNE LE PRINCIPE DE COMPLEMENTARITE

La chambre d'appel de la CPI a rendu deux décisions intéressantes en 2009, bien que d'importance inégale, concernant l'application du principe de complémentarité devant la CPI, la première dans l'affaire *Kony et autres* le 16 septembre 2009⁵³ et la seconde dans l'affaire *Katanga et Ngudjolo Chui* le 25 septembre 2009⁵⁴.

➤ L'exercice du pouvoir *proprio motu* de la Chambre préliminaire dans l'affaire *Kony et autres*

À l'origine de la décision de la chambre d'appel dans l'affaire *Kony et autres*, se trouve une décision prise par la Chambre préliminaire II le 21 octobre 2008⁵⁵, dans laquelle elle ouvrait de sa propre initiative une procédure en application de l'article 19 du Statut pour statuer sur la recevabilité de l'affaire *Kony et autres* devant la CPI. En effet, l'article 19, paragraphe 1 du Statut précise que : « la Cour s'assure qu'elle est compétente pour connaître de toute affaire portée devant elle. Elle peut d'office se prononcer sur la recevabilité de l'affaire conformément à l'article 17 ».

La Chambre justifiait l'ouverture *proprio motu* de cette procédure eu égard aux développements survenus en Ouganda depuis la délivrance des mandats d'arrêt en 2005, notamment le projet de création d'une section spéciale de la Haute Cour de l'Ouganda, ayant pour tâche de juger les personnes soupçonnées d'avoir commis des crimes graves au cours du conflit en Ouganda. En effet, l'Ouganda semblait par la création de cette section spéciale soutenir que c'était cette nouvelle juridiction nationale et non pas la CPI qui devait poursuivre les personnes contre lesquelles la CPI avait délivré un mandat d'arrêt, alors même que l'Ouganda n'avait à aucun moment contesté la recevabilité de l'affaire *Kony et autres* devant la CPI.

d'Allemagne, de la République italienne et de la République sud-africaine à participer à des audiences », acte d'appel déposé le 14 août 2009, document ICC-01/05-01/08-476-tFRA.

⁵¹ Situation en République centrafricaine, affaire *le Procureur c/ Jean-Pierre Bemba Gombo*, Décision relative à la requête du Procureur aux fins d'effet suspensif, document ICC-01/05-01/08-499-tFRA.

⁵² Situation en République centrafricaine, affaire *le Procureur c/ Jean-Pierre Bemba Gombo*, Décision relative au report des audiences avec les États sur la mise en liberté sous condition de Jean-Pierre Bemba Gombo et aux demandes supplémentaires présentées par la défense, document ICC-01/05-01/08-502-tFRA.

⁵³ Situation en Ouganda, affaire *le Procureur c/ Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo et Dominic Ongwen*, Judgment on the appeal of the Defence against the « Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute » of 10 March 2009, Document ICC-02/04-01/05-408, uniquement disponible en langue anglaise.

⁵⁴ Situation en République démocratique du Congo, affaire *le Procureur c/ Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, 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, document ICC-01/04-01/07-1497-tFRA.

⁵⁵ Situation en Ouganda, affaire *le Procureur c/ Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo et Dominic Ongwen*, Décision ouvrant une procédure en vertu de l'article 19, invitant au dépôt d'observations et portant désignation d'un conseil de la Défense, document ICC-02/04-01/05-320-tFRA.

L'ouverture de cette procédure a permis à la Chambre préliminaire, dans une décision du 10 mars 2009⁵⁶, d'affirmer qu'il lui revenait de décider de la recevabilité de toute affaire portée devant elle et qu'elle restait toujours saisie de l'affaire *Kony et autres*. En effet, elle insiste dans cette décision sur la nécessité de « lever le doute engendré par les déclarations de l'Ouganda quant à la juridiction devant laquelle l'Affaire devrait être jugée ». Elle poursuit en affirmant « qu'une fois déclenchée la compétence de la Cour, c'est à celle-ci, et non à une quelconque autorité judiciaire nationale, qu'il incombe d'interpréter et d'appliquer les dispositions gouvernant le régime de complémentarité et de rendre une décision contraignante concernant la recevabilité d'une affaire⁵⁷ ». Le dernier mot sur la recevabilité de l'affaire *Kony et autres* devant la CPI revient donc à la CPI et non à l'Ouganda.

En dehors de cette affirmation de principe, au demeurant importante, la décision a un intérêt limité puisque la Chambre estime qu'il est prématuré pour elle d'évaluer les caractéristiques d'une Section spéciale qui n'est pas encore mise en place puisque le texte qui doit l'établir n'a pas encore été soumis au parlement ougandais. Compte tenu de l'immobilisme total des autorités ougandaises, la Chambre préliminaire II conclut donc que l'affaire *Kony et autres* est recevable devant la CPI au sens de l'article 17 du Statut. On retiendra cependant cette affirmation de la Chambre préliminaire : « le contenu des lois tant de fond que de procédure que doit appliquer la Section spéciale et les critères qui régiront la désignation de ses membres seront déterminants⁵⁸ » pour toute décision au regard de l'article 17 du Statut. C'est une première interprétation intéressante de la référence, dans le chapeau du paragraphe 2 de l'article 17 du Statut, « aux garanties d'un procès équitable reconnues par le droit international ». Il semble donc que la poursuite par les autorités nationales ne sera pas forcément jugée suffisante, puisqu'il faudra que cette poursuite soit faite dans le respect des droits fondamentaux des accusés, notamment en ce qui concerne les droits procéduraux, y compris les garanties liées à la composition du tribunal national.

Dans sa décision du 21 octobre initiant la procédure en application de l'article 19 du Statut, la Chambre préliminaire avait pris soin, alors que rien ne l'y obligeait, de désigner un avocat pour représenter les intérêts de la défense, les quatre personnes poursuivies⁵⁹ étant en fuite et n'ayant désigné aucun avocat pour les représenter. C'est cet avocat qui a fait appel⁶⁰ de la décision, appel qui a abouti à la décision précitée du 16 septembre 2009.

Devant la chambre d'appel, le débat a porté sur le mandat d'un avocat nommé pour représenter les intérêts de la défense et sur le pouvoir de la Chambre préliminaire d'agir de sa propre initiative en application de l'article 19, paragraphe 1 du Statut. Sur ce dernier point, le seul à être en rapport avec l'application du principe de complémentarité, l'avocat est longuement revenu sur une jurisprudence antérieure de la chambre d'appel, datant de 2006⁶¹ mais rendue publique uniquement en 2008⁶².

⁵⁶ Situation en Ouganda, affaire *le Procureur c/ Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo et Dominic Ongwen*, Décision relative à la recevabilité de l'affaire, rendue en vertu de l'article 19-1du Statut, document ICC-02/04-01/05-377-tFRA

⁵⁷ Décision du 19 mars 2009, préc., para. 45.

⁵⁸ Décision du 19 mars 2009, préc., para. 49.

⁵⁹ Pour mémoire, il s'agit de Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo et Dominic Ongwen.

⁶⁰ Situation en Ouganda, affaire *le Procureur c/ Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo et Dominic Ongwen*. Defence Appeal against “Decision on the admissibility of the case under article 19 (1) of the Statute”, dated 10 March 2009, requête déposée le 16 March 2009, document ICC-02/04-01/05-379, uniquement disponible en langue anglaise.

⁶¹ Situation en République démocratique du Congo, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision de la Chambre préliminaire I intitulée « Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance de mandats d'arrêt en vertu de l'article 58 », arrêt du 13 juill. 2006, document ICC-01/04-169-1FRA.

En effet, dans cet arrêt rendu en 2006, la chambre d'appel avait reproché à la Chambre préliminaire I d'avoir utilisé le pouvoir qu'elle tenait de l'article 19, paragraphe 1 du Statut pour statuer de sa propre initiative sur la recevabilité d'une affaire et, en l'espèce, refuser de délivrer un mandat d'arrêt contre Bosco Ntaganda⁶³. La chambre d'appel avait estimé que la Chambre préliminaire avait eu tort d'exercer le pouvoir discrétionnaire qu'elle tenait de l'article 19, paragraphe 1 du Statut au motif que la procédure de délivrance de mandat d'arrêt s'était en l'espèce déroulée *ex parte*, avec la seule participation du Procureur, et la Chambre préliminaire, en se prononçant sur la recevabilité d'une affaire sans entendre la personne intéressée, n'avait pas suffisamment pris en compte ses droits⁶⁴.

L'appelant dans l'affaire *Kony et autres* utilisait cette jurisprudence de la chambre d'appel pour soutenir que l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Chambre afin de décider de sa propre initiative de la recevabilité de l'affaire ne se justifiait pas en l'espèce : en effet les intéressés n'avaient pas participé à la procédure ayant abouti à la décision du 10 mars 2009 puisque lui-même avait été nommé par la Chambre pour représenter les intérêts de la défense mais sans être en l'espèce mandaté pour les représenter par les personnes poursuivies.

Dans son arrêt du 16 septembre 2009, la chambre d'appel a manifestement voulu limiter la portée de son arrêt rendu le 13 juillet 2006. En effet, elle affirme d'emblée, ce qu'elle n'avait pas fait en 2006, qu'elle n'interférera dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire donné par le Statut aux chambres préliminaires ou aux chambres de première instance que dans des conditions limitées⁶⁵. La chambre d'appel justifie son arrêt rendu en 2006 par le fait que la procédure n'était pas publique, que seul le Procureur y participait et que la décision sur la recevabilité de la Chambre préliminaire était exclusivement fondée sur la gravité de l'affaire, gravité qui est peu susceptible d'évoluer au cours de la procédure⁶⁶. Puisque les conditions dans lesquelles la Chambre préliminaire II dans l'affaire *Kony et autres* a statué sur la recevabilité de l'affaire sont différentes, l'exercice du pouvoir discrétionnaire pouvait apparaître justifié et l'appel est donc rejeté.

Il est donc possible de se demander si les chambres préliminaires pourront à l'avenir de nouveau se pencher sur la recevabilité des affaires au moment où le Procureur sollicite un mandat d'arrêt, notamment si la question de la recevabilité se pose sous l'angle de procédures nationales existantes et non pas sous l'angle de la gravité de l'affaire. Il semble que la chambre d'appel a de nouveau ouvert une porte qui avait été fermée en 2006.

⁶² Situation en République démocratique du Congo, Decision on the Unsealing of the Judgment of the Appeals Chamber issued on 13 July 2006, décision du 22 sept. 2008, document ICC-01/04-538, uniquement disponible en langue anglaise.

⁶³ Cette décision du 10 févr. 2006 a été rendue sous scellés; les scellés ont été levés par une décision du 17 juill. 2008 et l'on peut trouver cette décision du 10 févr. 2006 en tant qu'annexe 2 de la décision du 17 juill. 2008 : Situation en République démocratique du Congo, Décision de lever les scellés apposés sur la Décision de la Chambre préliminaire du 10 févr. 2006 et de la reclasser, document ICC-01/04-520-tFRA. Si la décision de reclassement est disponible en français, son annexe 2, à savoir la décision du 10 févr. 2006, est exclusivement disponible en langue anglaise. Dans cette décision du 10 févr. 2006, la Chambre préliminaire décidait de délivrer un mandat d'arrêt contre Thomas Lubanga Dyilo mais refusait de délivrer un mandat d'arrêt dans la même affaire pour les mêmes faits contre Bosco Ntaganda au motif que l'affaire n'était pas assez grave au regard de l'article 17, para. 1 d) du Statut, le rang hiérarchique de Bosco Ntaganda dans la milice en cause étant inférieur à celui de Thomas Lubanga Dyilo. La Chambre préliminaire estimait que la CPI devait exclusivement poursuivre les personnes ayant les rangs hiérarchiques les plus élevés. La chambre d'appel a sanctionné cette approche dans son arrêt du 13 juill. 2006.

⁶⁴ Arrêt du 13 juill. 2006 préc., para. 48 à 53.

⁶⁵ Arrêt du 16 sept. 2009, préc., para. 80.

⁶⁶ Arrêt du 16 sept. 2009, préc., para. 85.

➤ L'exception d'irrecevabilité soulevée par la défense dans l'affaire *Germain Katanga*

La décision de la chambre d'appel dans l'affaire *Katanga et Ngudjolo* est autrement plus importante car, pour la première fois dans l'histoire de la CPI, la chambre d'appel a été amenée à se prononcer sur l'application du principe de complémentarité, principe fondateur du Statut, qui est affirmé dans le préambule du Statut, répété à l'article 1^{er} et défini dans son article 17.

On peut tout d'abord se demander pourquoi un principe aussi fondamental a fait pour l'instant l'objet d'autant peu de jurisprudence. Pourtant, les textes consacrés à la procédure liée à la contestation de la recevabilité des affaires devant la CPI sont nombreux et particulièrement détaillés : dans le Statut avec tout d'abord l'article 18 qui comporte sept paragraphes et qui n'a jamais fait l'objet de la moindre jurisprudence, puis l'article 19 qui comporte lui onze paragraphes; dans le Règlement de procédure et de preuve qui consacre l'intégralité de la Section III de son Chapitre 3 à la procédure de recevabilité, soit pas moins de 12 règles qui couvrent quatre pages entières dans ce Règlement. Le volume de jurisprudence ne correspond manifestement pas à l'importance que les États ont donnée à la procédure de contestation de la recevabilité des affaires à la fois dans le Statut et dans le Règlement de procédure et de preuve.

Les États ne pouvaient deviner que ces contestations seraient évitées grâce à la stratégie du Bureau du Procureur et à sa volonté d'obtenir des renvois de situations par les États sur le territoire desquels la situation se déroule. Ils ne pouvaient pas non plus deviner que les efforts du Procureur seraient couronnés de succès à trois reprises, en République démocratique du Congo, en Ouganda et en République centrafricaine, et cela en à peine un an entre décembre 2003 et décembre 2004. Il n'en reste pas moins que cette absence de contestation de la recevabilité des affaires et donc cette absence de jurisprudence en la matière sont le résultat d'une situation très particulière : comme on vient de le voir au Kenya, on est peut-être ici en train de vivre la fin d'une époque à la CPI. Les contestations de la recevabilité des affaires pourraient donc se multiplier à l'avenir.

Cet arrêt de la chambre d'appel du 25 septembre 2009 a pour origine une décision de la Chambre de première instance II, d'abord rendue oralement le 12 juin 2009 et dont les motifs ont été exposés dans une décision écrite rendue le 16 juin 2009⁶⁷.

Cette décision a elle-même pour origine une exception d'irrecevabilité soulevée par la défense de Germain Katanga le 10 février 2009 en application de l'article 19, paragraphe 2 a) du Statut. Cette requête soulevait pour la Chambre de première instance II trois questions importantes : la recevabilité de l'exception; l'allégation selon laquelle la délivrance du mandat d'arrêt serait entachée d'un vice; l'examen de l'intention de la République démocratique du Congo de traduire réellement en justice Germain Katanga.

En ce qui concerne la question de la recevabilité de l'exception, la Chambre de première instance consacre de longs développements à ce qu'il faut entendre, à l'article 19, paragraphe 4 du Statut, par « l'ouverture du procès » puisque l'exception d'irrecevabilité doit être soulevée avant « l'ouverture ou à l'ouverture du procès ». Elle estime en effet que le Statut, par l'expression « ouverture du procès », couvre deux moments distincts de la procédure en fonction des dispositions en cause, à savoir soit le

⁶⁷ Situation en République démocratique du Congo, affaire *le Procureur c/ Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Motifs de la décision orale relative à l'exception d'irrecevabilité de l'affaire (article 19 du Statut), document ICC-01/04-01/07-1213.

moment de la constitution de la Chambre de première instance après la confirmation des charges, soit le moment de l'ouverture des débats au fond devant cette même Chambre de première instance.

La Chambre estime donc nécessaire d'interpréter l'expression « ouverture du procès » dans le contexte de l'article 19, paragraphe 4 du Statut puisqu'en fonction de l'article en cause, cette expression peut avoir un sens différent.

En ce qui concerne l'article 19 du Statut, la Chambre constate que « les paragraphes 5 à 8 de cet article visent clairement à éviter que les exceptions d'irrecevabilité n'entravent ou ne retardent inutilement la procédure⁶⁸ ». Ayant relevé cette volonté des auteurs du Statut de voir les exceptions d'irrecevabilité soulevées le plus tôt possible dans la procédure, la Chambre en conclut que dans le contexte de l'article 19, les exceptions d'irrecevabilité doivent être soulevées au stade préliminaire de la procédure avant la constitution de la Chambre de première instance, sauf lorsque une méconnaissance du principe *ne bis in idem* défini à l'article 20 du Statut est soulevée en application de l'article 17, paragraphe 1 c) du Statut.

On comprend la préoccupation de la Chambre de première instance de voir les exceptions d'irrecevabilité soulevées le plus tôt possible. Il n'y a en fait guère de sens à voir la CPI poursuivre une procédure pendant plusieurs années pour finalement être dessaisie du fait d'une exception d'irrecevabilité. C'est ce qu'exprime la Chambre de première instance au paragraphe 45 de sa décision lorsqu'elle estime qu'il ne faudrait pas laisser deux procédures, l'une nationale, l'autre internationale, se développer parallèlement.

L'exception ayant été présentée bien après la constitution de la Chambre de première instance, cette dernière devait la déclarer irrecevable. Ce n'est cependant pas ce qu'elle a fait en l'espèce. En effet, la Chambre de première instance constate que « compte tenu du caractère équivoque des termes du Statut et du Règlement, il existe des motifs raisonnables de croire que la Défense n'a jamais eu conscience qu'elle déposait l'Exception hors délai ni n'avait l'intention de le faire⁶⁹ ». La Chambre de première instance décide donc de se prononcer sur le bien-fondé de l'exception d'irrecevabilité pour finalement la rejeter.

La Chambre de première instance débute l'examen au fond de l'exception d'irrecevabilité déposée par la défense de Germain Katanga par l'examen de l'allégation selon laquelle la délivrance du mandat d'arrêt serait entachée d'un vice. La défense soutenait en effet que le Procureur n'avait pas communiqué à la Chambre préliminaire au moment de la délivrance du mandat d'arrêt les informations pertinentes sur la recevabilité de l'affaire et elle considérait que si la Chambre préliminaire en avait eu connaissance, elle n'aurait pas délivré un tel mandat d'arrêt.

La Chambre de première instance, pour répondre à ce premier grief soulevé par la défense, se heurtait à l'arrêt de la chambre d'appel rendu le 13 juillet 2006 dans la situation en République démocratique du Congo, évoqué ci-dessus, et qui avait considéré que « l'article 58-2 du Statut n'impose en aucun cas au Procureur de fournir des éléments de preuve ou des renseignements concernant la recevabilité d'une affaire⁷⁰ ». La chambre d'appel avait précisé dans son arrêt du 13 juillet 2006 que « pour statuer sur une requête aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt dans le

⁶⁸ Décision du 16 juin 2009, préc., para. 44.

⁶⁹ Décision du 16 juin 2009, préc., para. 56.

⁷⁰ Arrêt de la chambre d'appel du 13 juill. 2006, préc., para. 45.

cadre d'une procédure ex parte et réservée au Procureur, la Chambre préliminaire ne devrait exercer son pouvoir discrétionnaire que lorsque les circonstances de l'affaire le justifient, et en tenant compte des intérêts du suspect. Il peut s'agir de cas où une affaire repose sur la jurisprudence établie de la Cour, sur des faits incontestés rendant une affaire clairement irrecevable ou encore sur une cause apparente imposant l'exercice du pouvoir de procéder d'office à l'examen⁷¹».

Cette affirmation de la chambre d'appel a des conséquences importantes puisqu'elle prive la Chambre préliminaire du pouvoir de vérifier dès le début, à savoir dès qu'une requête lui est transmise par le Procureur en application de l'article 58 aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt ou d'une citation à comparaître, si une affaire est recevable ou pas. Une telle démarche de la chambre d'appel, si elle renforce le Procureur vis-à-vis de la Chambre préliminaire, diminue l'application effective du principe de complémentarité qui est pourtant la pierre angulaire du Statut de Rome. Par ailleurs, les critères énoncés ci-dessus et mentionnés au paragraphe 52 de l'arrêt de la chambre d'appel, à savoir « la jurisprudence établie », les « faits incontestés » ou la « cause apparente » ne se trouvent nulle part dans le Statut et ont été inventés de toutes pièces par la chambre d'appel. Non seulement la chambre d'appel entrave l'application effective du principe de complémentarité mais elle diminue le rôle de contrôle de la Chambre préliminaire sur le Procureur qui est pourtant sa raison d'être. Enfin, on ne peut qu'être surpris par la justification donnée par la chambre d'appel pour parvenir à une telle interprétation : il s'agit, selon elle, de préserver les droits du suspect. En l'espèce, la Chambre préliminaire avait refusé de délivrer un mandat d'arrêt, mais pour la chambre d'appel le fait de ne pas être poursuivi par la CPI pour crimes de guerre, crimes contre l'humanité ou génocide et le fait de ne pas être détenu et remis à la CPI pour ces crimes, n'est qu'un avantage pour le moins marginal⁷². Il n'est pas certain que celui qui se retrouve devant la CPI, détenu et poursuivi pour crimes de guerre, crimes contre l'humanité ou génocide partagerait un tel avis. Il semble que, dans son arrêt récent du 16 septembre 2009, la chambre d'appel ait commencé à revoir sa position sur ce point.

Il n'en reste pas moins que dans sa décision du 16 juin 2009, la Chambre de première instance II a dû tenir compte de cet arrêt de la chambre d'appel du 13 juillet 2006 en affirmant que si le Procureur n'était pas tenu de fournir à la Chambre préliminaire les éléments de fait nécessaires pour se prononcer sur la recevabilité de l'affaire lorsqu'il sollicite la délivrance d'un mandat d'arrêt, il devait au moins lui fournir les éléments d'information décisifs lui permettant d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui reconnaît la chambre d'appel en case de jurisprudence bien établie, de faits incontestés rendant une affaire clairement irrecevable ou de cause apparente imposant l'exercice du pouvoir de procéder d'office à cet examen⁷³.

Le document auquel la défense faisait référence n'ayant pas été communiqué à la Chambre préliminaire en temps utile du fait de la jurisprudence de la chambre d'appel du 13 juillet 2006, la Chambre de première instance se trouvait donc dans la position inconfortable d'avoir à évaluer l'importance du document en question et d'avoir à deviner la décision que la Chambre préliminaire aurait pu prendre deux ans auparavant si elle avait eu accès à ce document au moment de la délivrance du mandat d'arrêt. Au paragraphe 72 de sa décision, la Chambre de première instance va parvenir à éviter une partie du problème en estimant que le document en question ne semblait pas contenir d'informations décisives et qu'il n'avait donc pas à être transmis à la Chambre préliminaire au moment de la délivrance du mandat d'arrêt. Elle évite ainsi de se poser la question de savoir ce

⁷¹ Arrêt de la chambre d'appel du 13 juill. 2006, préc., para. 52.

⁷² Arrêt de la chambre d'appel du 13 juill. 2006, préc., para. 51

⁷³ Décision du 16 juin 2009, préc., para. 65.

qu'aurait fait la Chambre préliminaire si un tel document avait été porté à sa connaissance. Il n'en reste pas moins que cette situation aurait pu être évitée si le document avait tout simplement été porté à la connaissance de la Chambre préliminaire en temps utile.

En ce qui concerne enfin l'examen de l'intention de la République démocratique du Congo de traduire réellement en justice Germain Katanga, la Chambre de première instance parvient à la conclusion que la République démocratique du Congo n'avait pas la volonté de poursuivre l'intéressé et qu'en l'espèce, elle a renoncé à le poursuivre parce qu'elle a estimé qu'il était plus opportun pour la CPI de mener les enquêtes et les poursuites. Pour la Chambre de première instance, le principe de complémentarité étant un principe qui « vise à protéger le droit souverain des États d'exercer leur compétence de bonne foi lorsqu'ils souhaitent le faire⁷⁴ », les États peuvent parfaitement renoncer à ce droit dont ils sont titulaires.

La question que soulevait la défense en l'espèce était le droit pour la personne poursuivie de s'opposer à ce choix de l'État; en effet, la défense relevait les difficultés que pouvaient engendrer ce renoncement à poursuivre de la part d'un État, laissant ainsi à la CPI le soin de le faire : tout d'abord, l'intéressé était, de l'avis de la défense soustrait à son juge naturel; ensuite, un tel choix de la part de l'État pouvait le priver de véritablement exercer son droit à la vie de famille, du fait de l'éloignement entre son pays d'origine et le siège de la CPI; la défense soulevait aussi que l'absence de pouvoir contraignant de la CPI de citer des témoins pouvait compromettre le droit à un procès équitable⁷⁵; enfin, la défense soulevait que les procès devant une juridiction pénale internationale étaient trop longs et posaient des problèmes linguistiques et culturels.

Tous ces arguments, au demeurant fort intéressants de la défense, sont balayés au paragraphe 88 de la décision de la Chambre de première instance: « Lorsque l'État exprime, comme en l'espèce, sa volonté de ne pas traduire l'accusé en justice, force est de constater que la contestation de la recevabilité par la Défense ne peut s'exercer que dans les limites de l'expression de la souveraineté de l'État concerné ».

L'affirmation est capitale et mérite qu'on s'y attarde un peu. Elle met en lumière, alors que rien dans le Statut ne l'exprime clairement, que le principe de complémentarité a été mis en place pour les États, pas pour les accusés, si ce n'est sous l'angle du principe *ne bis in idem*.

Cette idée s'était déjà clairement exprimée lors des travaux préparatoires du Statut et plus précisément lors des débats au sein du Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale en 1996 : « Il a été soutenu par ailleurs qu'un accusé ne devrait pas pouvoir contester la recevabilité en faisant valoir que les autorités nationales menaient une enquête parallèle lorsque lesdites autorités se seraient en fait refusées à contester la compétence de la Cour. Ces questions avaient trait à la meilleure manière de répartir les pouvoirs de poursuite entre la Cour et les États, et l'accusé n'avait pas voix au chapitre⁷⁶ ».

Donc, lorsqu'il y a un accord entre le Procureur de la CPI et l'État concerné sur l'exercice de poursuites à l'occasion d'une saisine de la CPI par l'État sur le territoire duquel les crimes ont eu lieu

⁷⁴ Décision du 16 juin 2009, préc., para. 78.

⁷⁵ V. en effet l'art. 93, para. 1 e) du Statut qui parle de « comparution volontaire » des témoins ou experts.

⁷⁶ Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale, volume I (travaux du Comité préparatoire en mars-avril et août 1996), Nations Unies. Assemblée générale, Documents officiels, cinquante et unième session, supplément n° 22 (A/51/22).

(on parle alors en anglais de « self-referral » ou « auto-renvoi » en français), le droit de la personne poursuivie de réellement contester la recevabilité d'une affaire devant la CPI est en fait limité à la possibilité de soulever l'application du principe *ne bis in idem*. On comprend alors l'intérêt du Procureur à obtenir ce genre de saisines de la part des États puisqu'il évite ainsi, par cet accord préalable avec l'État en cause, le contentieux lié à la recevabilité des affaires et assure à la CPI qu'elle pourra aller jusqu'au bout des poursuites qu'elle a engagées. Bien entendu ce genre d'accord est en général limité, de manière implicite, à la poursuite des crimes commis par certaines personnes, appartenant plus souvent aux forces rebelles qu'aux forces gouvernementales. Si le Procureur se débarrasse du problème de la recevabilité des affaires, il doit affronter la critique de la partialité dans les poursuites engagées par la CPI.

La Chambre de première instance II ayant rejeté les arguments de la défense de Germain Katanga et déclaré l'affaire recevable devant la CPI, la défense a fait appel le 22 juin 2009.

La chambre d'appel a rejeté l'appel et confirmé que l'affaire était recevable devant la CPI mais pour des motifs, au moins partiellement, différents que ceux adoptés par la Chambre de première instance II.

L'appelant contestait tout d'abord l'interprétation faite par la Chambre de première instance II de l'expression « ouverture du procès » contenu à l'article 19, paragraphe 4, du Statut.

La chambre d'appel, soulignant qu'il n'avait pas souffert de préjudice de l'interprétation donnée par la Chambre de première instance à cette expression puisque la Chambre avait tout de même examiné au fond l'exception soulevée, a refusé de statuer sur ce grief. La chambre d'appel qui, dans sa nouvelle composition depuis mars 2009, semble faire preuve d'une grande prudence, n'en affirme pas moins que le fait qu'elle s'abstienne de statuer au fond ne signifie pas qu'elle souscrit à l'interprétation donnée par la Chambre de première instance⁷⁷.

Le problème du temps laissé à la personne poursuivie ou à un État pour contester la recevabilité d'une affaire se posera donc à nouveau devant la CPI et devra être tranché : si la possibilité de soulever une exception d'irrecevabilité s'étend jusqu'à l'ouverture des débats au fond en première instance, cela signifie, dans l'état actuel du développement des procédures devant la CPI, qu'une telle possibilité reste ouverte pendant au moins deux ans après la remise de la personne poursuivie à la CPI. Cela paraît très long et aboutit à laisser les poursuites internationales à la merci de poursuites nationales, même engagées bien tardivement. La part belle est faite à la sauvegarde des intérêts des États qui pourront attendre tranquillement, pour se décider à agir, que la menace des poursuites internationales se soit largement concrétisée.

L'appelant contestait ensuite la conclusion de la Chambre de première instance sur l'absence de communication d'un document concernant la recevabilité de l'affaire à la Chambre préliminaire. Fidèle à sa prudence, la chambre d'appel refuse également de statuer sur ce grief en estimant que c'était la décision de la Chambre de première instance qui faisait l'objet d'un appel et non celle de la Chambre préliminaire. On remarquera simplement qu'à aucun moment, la chambre d'appel ne se réfère à son arrêt du 13 juillet 2006 pour justifier l'absence de communication du document en cause à la Chambre préliminaire au moment de la délivrance du mandat d'arrêt, arrêt auquel le Procureur faisait pourtant largement référence dans sa réponse au mémoire d'appel de Germain Katanga

⁷⁷ Arrêt du 25 sept. 2009, préc., para. 38.

déposée le 31 juillet 2009⁷⁸. Il est difficile de dire s'il s'agit d'un revirement implicite. Mais on peut simplement souligner que la chambre d'appel est décidément plus prudente en 2009 qu'elle ne l'était en 2006.

L'appelant contestait enfin l'interprétation donnée par la Chambre de première instance II du manque de volonté de l'État et plus généralement du principe de complémentarité. C'est sur ce point que l'arrêt de la chambre d'appel est le plus intéressant. En effet, alors que la Chambre de première instance avait interprété l'absence de poursuites nationales comme un manque de volonté de la part de la République démocratique du Congo, la chambre d'appel estime, suivant en cela le Procureur, que la question du manque de volonté ou de l'incapacité d'un État ayant compétence ne se pose que lorsque des poursuites sont exercées au plan national. La chambre d'appel en conclu qu'en « cas d'inaction, la question du manque de volonté et de l'incapacité ne se pose pas; l'inaction de la part d'un État compétent (c'est-à-dire le fait que l'affaire ne fasse ou n'ait fait l'objet ni d'une enquête ni de poursuites de la part de l'État) rend l'affaire recevable devant la Cour, sous réserve de l'article 17-1-d du Statut. Cette interprétation des alinéas a) et b) de l'article 17-1 est largement étayée par la doctrine, comme en témoignent les commentaires consacrés à cette disposition et au principe de complémentarité⁷⁹ ».

Autrement dit, l'examen de la recevabilité d'une affaire devant la Cour se passe en deux temps : il faut tout d'abord examiner si l'affaire fait ou a fait l'objet d'une enquête au niveau national; si la réponse est négative, l'examen s'arrête là et l'affaire est recevable; si l'affaire fait ou a fait l'objet d'une enquête au niveau national, il faudra déterminer le manque de volonté ou l'incapacité de l'État à mener à bien des poursuites, ces notions de manque de volonté ou d'incapacité étant définies aux paragraphes 2 et 3 de l'article 17 du Statut.

- QUELQUES DÉVELOPPEMENTS INTÉRESSANTS EN CE QUI CONCERNE LA PARTICIPATION DES VICTIMES À LA PROCÉDURE

La question de la participation des victimes reste un sujet difficile à la CPI. La jurisprudence a connu des développements intéressants à ce sujet en 2008-2009 même si c'est l'incertitude qui règne encore à la CPI en ce qui concerne les droits procéduraux des victimes.

En ce qui concerne tout d'abord 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, la chambre d'appel a rendu le 19 décembre 2008⁸⁰ une décision dont la portée est incertaine.

⁷⁸ Situation en République démocratique du Congo, affaire *le Procureur c/ Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Prosecution's Response to Document in Support of the Appeal of the Defence for Germain Katanga against Decision of the Trial Chamber « Motifs de la décision orale relative à l'exception d'irrecevabilité de l'affaire », public redacted version, document ICC-01/04-01/07-1349, uniquement disponible en langue anglaise.

⁷⁹ Arrêt du 25 sept. préc., para. 78 et les nombreuses références doctrinales citées à la note de bas de page no. 165 dans cet arrêt.

⁸⁰ Situation dans la République démocratique du Congo, Judgment on victim participation in the investigation stage of the proceedings in the appeal of the OPCD against the decision of Pre-Trial Chamber I of 7 December 2007 and in the appeals of the OPCD and the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 24 December 2007, document ICC-01/04-556, uniquement disponible en langue anglaise.

Alors que les Chambres préliminaires I et II, dans des décisions rendues respectivement le 17 janvier 2006⁸¹ et le 10 août 2007⁸², 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 précise que les victimes n'ont pas un droit général de participation à l'enquête menée par le Procureur de la CPI. En revanche, la chambre d'appel précise au paragraphe 56 de son arrêt que les victimes peuvent participer à toute procédure judiciaire en relation avec l'enquête.

Il est difficile d'interpréter cet arrêt : il est évident que les victimes n'ont pas un droit général ni de participer à l'enquête et encore moins de la mener puisque cette tâche incombe au Procureur de la CPI. En revanche, les victimes ont un intérêt évident à ce que l'enquête aboutisse dans un délai raisonnable, de même qu'elles ont un intérêt évident à pouvoir contester toute décision du Procureur de ne pas enquêter ou de pas poursuivre, ou de ne pas prendre une telle décision dans un délai raisonnable. Les victimes peuvent avoir aussi un intérêt à saisir la Chambre préliminaire aux fins de faire conserver des preuves, notamment en cas de carence du Procureur. La chambre d'appel ne dit malheureusement rien sur tous ces aspects fondamentaux de la participation des victimes à la procédure au stade de l'enquête dans une situation. Elle ne dit pas non plus si les victimes peuvent elles-mêmes déclencher une procédure au stade de l'enquête, par exemple en déposant une requête pour se plaindre du temps déraisonnable pris par le Procureur pour décider d'enquêter ou de poursuivre, ou si elles peuvent seulement se joindre à une procédure déjà en cours.

Au paragraphe 57 de son arrêt, la chambre d'appel refuse simplement de se prononcer sur la manière dont les chambres préliminaires devraient organiser la participation des victimes à la procédure au stade de l'enquête dans une situation. Deux options semblent possibles: soit les chambres préliminaires reçoivent de manière régulière les demandes de participation des victimes et décident si elles sont victimes au regard de la Règle 85 du Règlement de procédure et de preuve, laissant à plus tard la détermination de leurs droits procéduraux en fonction des procédures qui pourront se dérouler à ce stade de la procédure; soit les chambres préliminaires renvoient l'examen au regard de la règle 85 du Règlement de procédure et de preuve au moment où les victimes pourront éventuellement participer à des procédures se déroulant au stade de l'enquête : cette dernière option a le clair désavantage de bloquer toute participation des victimes pendant le temps nécessaire à établir leur « qualité » de victime au regard de la règle 85 du Règlement de procédure et de preuve, ce qui aboutira soit à l'absence de participation des victimes dans ces procédures, soit à un retard considérable dans le déroulement de ces procédures.

La participation des victimes à la procédure devant la CPI souffre cruellement de l'absence de définition de ces droits dont l'exercice est laissé trop souvent à la discrétion des juges, ce qui engendre des incertitudes graves et des inégalités de traitement entre les victimes.

Au stade du procès, deux décisions de la Chambre de première instance I dans l'affaire *Thomas Lubanga Dyilo* méritent l'attention. La première a été rendue publique le 9 juillet 2009⁸³ et la seconde est du 16 septembre 2009⁸⁴.

⁸¹ Situation en République démocratique du Congo, Décision sur les demandes de participation à la procédure de VPRS I, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 et VPRS 6, version publique expurgée, document ICC-01/04-101.

⁸² Situation en Ouganda, 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, document ICC-02/04-101, uniquement disponible en langue anglaise.

⁸³ Situation en République démocratique du Congo, affaire *Le Procureur c/ Thomas Lubango Dyilo*, Decision on the request by victims a/0225/06, a/0229/06 and a/0270/07 to express their views and concerns in person and to present

Ces deux décisions sont importantes car elles aident à comprendre la portée réelle de l'arrêt du 11 juillet 2008 de la chambre d'appel⁸⁵ qui avait permis aux victimes de présenter des preuves lors du procès dans des conditions cependant assez limitées.

Dans la décision rendue publique le 9 juillet 2009, la Chambre de première instance I statue sur deux requêtes distinctes présentées par trois victimes : la première visait à présenter en personne (et non pas par l'intermédiaire de leurs avocats) leurs vues et préoccupations à la Chambre de première instance et la seconde visait à présenter leurs propres témoignages comme preuves au procès.

La Chambre de première instance accepte la seconde requête et accorde aux victimes le droit de témoigner devant la Chambre; elle en profite pour rappeler, contrairement à ce qu'affirmait le Procureur, que la chambre d'appel, dans son arrêt du 11 juillet 2008, n'a jamais exigé que les victimes démontrent des circonstances exceptionnelles avant de pouvoir soumettre des preuves à la Chambre. En revanche, ce droit de témoigner suppose que les victimes deviennent des témoins qui devront prêter serment et seront soumis aux questions du Procureur, de la défense et des représentants légaux des victimes. De même, les victimes devront présenter un procès-verbal de ces témoignages avant de comparaître devant la Chambre pour que le Procureur, la défense et les représentants légaux des victimes puissent se préparer.

En ce qui concerne la requête visant à présenter leurs vues et préoccupations en personne, la Chambre se montre plus circonspecte, peut-être à cause des problèmes qui pourraient se poser si toutes les victimes souhaitaient présenter elles-mêmes leurs vues à la Chambre. La Chambre rappelle que ces vues et préoccupations présentées par les victimes ne peuvent constituer des preuves au procès (cela supposerait que les victimes témoignent sous serment et soient soumises à l'interrogatoire de la défense et du Procureur) et qu'il serait peut-être préférable que ces vues et préoccupations soient présentées par les représentants légaux eu égard au caractère technique des débats devant elle. Sans rejeter cette requête, elle renvoie sa décision sur ce point à plus tard, lorsque les victimes qui demandent à la fois à déposer et à présenter leurs vues et préoccupations auront effectivement comparu devant la Chambre en qualité de témoins.

Dans sa décision rendue le 16 septembre 2009, la Chambre de première instance se penche sur la manière dont les représentants légaux des victimes devraient conduire les interrogatoires des témoins qui comparaissent devant la Chambre, qu'ils soient appelés par le Procureur, la défense, la Chambre ou les représentants légaux eux-mêmes. Cette question peut paraître étrange pour un juriste de tradition romano germanique où les différentes parties au procès posent les questions aux témoins de la manière qui leur paraît la plus appropriée sous réserve du pouvoir du Président d'intervenir lorsqu'il l'estime nécessaire. Les juristes anglo-saxons ont en revanche développé des techniques très

evidence during the trial; cette décision est une décision confidentielle du 26 juin 2009 dont la version publique expurgée est en annexe d'une décision rendue le 9 juill. 2009 intitulée Order issuing public redacted version of the « Decision on the request by victims a/0225/06, a/0229/06 and a/0270/07 to express their views and concerns in person and to present evidence during the trial », ces documents sont uniquement disponibles en langue anglaise et portent les numéros ICC-01/04-01/06-2032 et ICC-01/04-01/06- 2032-Anx.

⁸⁴ Situation en République démocratique du Congo, affaire *le Procureur c/ Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Manner of Questioning Witnesses by the Legal Representatives of Victims, document ICC-01/04-01/06-2127, uniquement disponible en langue anglaise.

⁸⁵ Situation en République démocratique du Congo, affaire *le Procureur c/ Thomas Lubanga Dyilo*, arrêt relatif aux appels interjetés par le Procureur et la Défense contre la Décision relative à la participation des victimes rendue le 18 janv. 2008 par la Chambre de première instance I, document ICC-01/04-01/06-1432-tFRA.

complexes d'interrogatoire et qui sont désignées par un vocabulaire précis (on parle d'interrogatoire en chef ou principal et puis de contre-interrogatoire). La Chambre conclut en l'espèce que les représentants légaux des victimes ne devraient pas suivre les techniques d'interrogatoire suivies par le Procureur ou la défense (à savoir l'interrogatoire en chef ou principal et le contre-interrogatoire) mais plutôt suivre un mode d'interrogatoire neutre. Le plus intéressant est la raison pour laquelle elle demande aux représentants légaux des victimes d'adopter une telle approche : pour la Chambre, le droit des représentants légaux des victimes d'interroger les témoins a pour but d'assister la Chambre dans sa détermination de la vérité. On ne trouve pourtant une telle justification, et donc une telle limitation, ni à l'article 68, paragraphe 3 du Statut, ni à la règle 91 du Règlement de procédure et de preuve.

Le droit des victimes d'interroger des témoins, comme d'ailleurs celui de présenter des preuves, n'est donc pas, pour l'instant dans la jurisprudence de la CPI, un droit procédural autonome des victimes mais simplement une façon d'inviter la Chambre à user de son pouvoir, prévu à l'article 69, paragraphe 3 du Statut qui lui permet de solliciter la présentation des preuves qu'elle estime nécessaires à la manifestation de la vérité. La source procédurale du droit des victimes n'est donc pas l'article 68, paragraphe 3 du Statut mais l'article qui définit les pouvoirs de la Chambre, à savoir l'article 69, paragraphe 3 du Statut.

C'est là une limitation extrêmement sévère du droit des victimes au cours du procès puisque ce droit est limité à la possibilité de suggérer à la Chambre l'utilisation de ses propres pouvoirs. Pour aboutir à une participation réellement effective des victimes à la procédure, il faudrait reconnaître comme source de leurs droits procéduraux l'article 68, paragraphe 3 du Statut et ne pas soumettre l'exercice de leurs droits au bon vouloir des juges. Les juges devraient avoir comme seule prérogative, au demeurant essentielle, d'examiner les preuves présentées par les représentants légaux des victimes, au même titre qu'ils examinent les preuves soumises par le Procureur ou la défense.

Le chemin qui reste à parcourir pour les victimes est donc encore long pour avoir un droit effectif à participer à la procédure devant la CPI : d'un point de vue légal, cela ne peut être obtenu qu'en reconnaissant à l'article qui définit leurs droits, à savoir l'article 68, paragraphe 3 du Statut, une portée autonome comme source de droits pour les victimes. Il est possible de parvenir à un tel résultat si les juges appliquent réellement l'article 68, paragraphe 3 du Statut en conformité avec les droits de l'homme internationalement reconnus, tel que prévu à l'article 21, paragraphe 3 du Statut⁸⁶.

En conclusion, on peut dire que les années 2008-2009 ont sans doute été des années charnières pour la CPI dont l'activité judiciaire devient soutenue même si le nombre des personnes remises à la Cour reste modeste. La politique pénale du Procureur reste un problème majeur pour l'institution que les juges devront aborder un jour ou l'autre sous l'angle de l'article 53 du Statut. Un article qui pour l'instant est resté lettre morte et dont on se demande à ce jour l'effet utile.

⁸⁶ Sur les droits procéduraux des victimes dans les procédures pénales, V. not. R. Aldana-Pindell, An emerging universality of justiciable victims' rights in the criminal process to curtail impunity for state-sponsored crimes, *Human Rights Quarterly*, Vol. 26, n° 3, août 2004, p. 605; pour la Cour européenne des droits de l'homme, V. not. l'affaire *Berger c/ France*, Grande Chambre, jugement du 12 fevr. 2004, requête n° 47287/99, para. 68; pour la Cour interaméricaine des droits de l'homme, V. not. l'affaire *Blake c/ Guatemala*, jugement du 24 janv. 1998, Série C, n° 36, para. 97.