



Original : français

N° : ICC-01/04-01/07

Date : 29 juillet 2009

LA CHAMBRE D'APPEL

Composée comme suit : **M. le juge Daniel David Ntanda Nsereko**

M. le juge Sang-Hyun Song

M. le juge Erkki Kourula

Mme la juge Ekaterina Trendafilova

Mme la juge Joyce Aluoch

SITUATION EN REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO

AFFAIRE

LE PROCUREUR

c.GERMAIN KATANGA et MATHIEU NGUDJOLO CHUI

Public

**Observations des Représentants légaux des victimes a/0333/07 et a/0110/08 sur
l'appel de la Défense de G. Katanga conformément à l'article 19(3) du Statut de
Rome et la Règle 59(3) du Règlement de procédure et de preuve, soit sur l'exception
d'irrecevabilité déposée par la Défense**

Origine : Les Représentants légaux des victimes a/0333/07 et a/0110/08

Document à notifier conformément à la norme 31 du Règlement de la Cour aux destinataires suivants :

Le Bureau du Procureur
M. Luis Moreno-Ocampo
Mme Fatou Bensouda

Le conseil de la Défense de Germain Katanga
Me David Hooper
M. Andreas O'shea

Le conseil de Mathieu Ngudjolo Chui
Me Jean Pierre Kilenda Kakengi Basila
Me Jean Pierre Fofé Djfia Malewa

Les représentants légaux des victimes

Me Carine Bapita Buyangandu
Me Joseph Keta
Me Jean Louis Gilissen
Me Hervé Diakiesse
Me Jean Chrysostome Mulamba
Me Fidel Nsita Luvengika
Me Vincent Lurquin
Me Flora Mbuyu Anjelani

Le Bureau du conseil public pour les victimes

Mm Paolina Massidda

Les représentants des États

Le Gouvernement de la République
démocratique du Congo

GREFFE

Le Greffier
Mme Silvana Arbia

I. Procédure

Le 10 février 2009, la Défense de Monsieur Germain Katanga a soulevé et saisi la Chambre de première instance II de la Cour d'une exception d'irrecevabilité de l'affaire sur pied de l'article 19(2)(a) du Statut.

Cette Exception a été soulevée dans une requête, initialement déposée sous la mention « confidentielle, ex parte, réservée à la Défense de Monsieur Germain Katanga ».

Cette requête a été transmise au Procureur le 25 février 2009, conformément à la Règle 58-3 du Règlement.

Le Greffe a re-classifié la requête de la Défense en document confidentiel à la demande de la Chambre de première instance II.

Le 5 mars 2009, la Chambre de première instance II a arrêté la procédure à suivre au titre de l'article 19 du Statut et ce en application des règles 58 et 59 du Règlement¹.

La Chambre de première instance II a, par cette décision, ordonné au Procureur de présenté des observations écrites portant sur l'exception d'irrecevabilité soulevé par la Défense (et d'en déposer une version publique expurgée).

Par cette décision, la Chambre de première instance II a également ordonné au Greffier de transmettre un résumé de l'exception d'irrecevabilité tant aux autorités de la République démocratique du Congo (RDC) qu'à l'ensemble des Représentants légaux des victimes anonymes et non anonymes mais également aux victimes ayant déjà communiqué avec la Cour.

Le Procureur a adressé sa réponse à la requête de la Défense de Monsieur Germain Katanga en date du 19 mars 2009².

Le 30 mars 2009, après avoir demandé l'autorisation à la Chambre de première instance II en vertu de la norme 24-05 du Règlement de la Cour et obtenu de la Chambre l'autorisation de déposer la réplique demandée³, la Défense de Monsieur Germain Katanga a déposé une réplique⁴.

¹ Décision du 5 mars 2009, ICC-01/04-01/07-943.

² Bureau du Procureur, Prosecution Response to Motion Challenging the Admissibility of the Case by the Defence of Germain Katanga, pursuant to Article 19(2)(a), 19 mars 2009, ICC-01/04-01/07-968.

³ Décision sur la requête de la Défense de Monsieur Germain Katanga aux fins de déposer une réplique, 27 mars 2009, ICC-01/04-01/07-1004.

⁴ Defence of Germain Katanga reply to prosecution response to Motion Challenging the Admissibility of the Case by the Defense of Germain Katanga, 30 mars 2009, ICC-01/04-01/07-1008-Conf-Exp.

L'ensemble des Représentants des victimes ont à leur tour déposé leurs observations sur l'exception d'irrecevabilité conformément à la décision arrêtant la procédure et ce dans le respect de la règle 59 du Règlement⁵.

Le 28 avril 2009, le Bureau du conseil public pour les victimes a à son tour déposé ses observations sur l'exception d'irrecevabilité soulevée par la Défense de Monsieur Katanga⁶.

Après la convocation d'une première audience, fixée le 18 mai 2009, la Chambre de première instance II a, par décision du 22 mai 2009, convoqué une nouvelle audience publique en date du 1^{er} juin 2009 en prenant soin de souligner le caractère indispensable de la présence à cette audience des autorités ou des Représentants des autorités de la République démocratique du Congo⁷.

Après avoir pris soin d'entendre, lors de l'audience du 1^{er} juin 2009, l'ensemble des parties, les Représentants des autorités de la République démocratique du Congo et les Représentants et conseils des victimes, la Chambre de première instance II a, lors de l'audience du 12 juin 2009, prononcé à l'unanimité une décision répondant à l'exception d'irrecevabilité déposée le 10 février 2009 par la Défense de Monsieur Germain Katanga⁸.

La Défense de Monsieur Germain Katanga a, en date du 22 juin 2009⁹, introduit un appel contre la décision de la Chambre d'instance II intitulée « Motifs de la décision orale relative à l'exception d'irrecevabilité de l'affaire »¹⁰.

La Défense de Monsieur Germain Katanga a déposé dans le cadre de cet appel, en application des articles 19(6), 82(1)(a) et 83(2)(a) du Statut, de la règle 154 et de la norme 64(2), un document de procédure développant son argumentation¹¹.

⁵ Représentants légaux des victimes A/0333/07 et A/0110/08, 16 avril 2009, ICC-01/04-01/07-1059-Conf. en ce qui concerne les concluant.

⁶ Le Greffe, observations du BCPV sur l'exception d'irrecevabilité de l'affaire de la Défense de Monsieur Germain Katanga avec une annexe confidentielle ex parte réservée au BCPV et trois annexes publiques, 28 avril 2009, ICC-01/04-01/07-1083.

⁷ Ordonnance aux fins de la convocation d'une audience, 22 mai 2009, ICC-01/04-01/07-1163.

⁸ Décision du 12 juin 2009, décision orale, ICC-01/04-01/07-t-67-FRA ET WT.

⁹ ICC-01/04-01/07-1234.

¹⁰ ICC-01/04-01/07-1213, document public du 16 juin 2009.

¹¹ Défense de Monsieur Germain Katanga, Document in Support of Appeal of the Defence for Germain Katanga against de Decision of the Trial Chamber « Motifs de la décision orale relative à l'exception d'irrecevabilité de l'affaire », 8 juin 2009, ICC-01/04-01/07-1279.

II. Recevabilité de l'appel :

L'analyse de la procédure et des pièces qui la composent révèle que l'appel est recevable pour avoir été introduit dans les formes et délais légalement prévus pour ce faire.

III. Objet de l'appel :

L'appel introduit par la Défense de Monsieur Germain Katanga se fonde, conformément à l'argumentation explicite de la Défense de Monsieur Germain Katanga, sur les arguments suivants :

- A. La Chambre de première instance aurait commis une erreur en concluant au caractère tardif du dépôt de l'exception d'irrecevabilité et au fait que cette irrecevabilité aurait été soulevée hors délais ;
- B. La Chambre de première instance aurait commis une erreur en concluant que le Procureur n'était pas obligé de porter à l'attention de la Chambre préliminaire l'ensemble des éléments et documents en relation avec les faits commis à Bogoro ;
- C. La Chambre de première instance aurait commis une erreur dans l'interprétation donnée à l'expression « manque de volonté » ou « unwilling » et ce à la lumière de l'article 17(2) du Statut et du principe de complémentarité ;
- D. La Chambre de première instance aurait commis une erreur en opérant une confusion entre les concepts de « manque de volonté » ou « unwillingness » et d'incapacité ;
- E. Du fait de son interprétation erronée, du concept de « manque de volonté » ou « unwilling », la Chambre de première instance a privé Monsieur Germain Katanga du caractère réel et effectif de son droit à contester la recevabilité de l'affaire.

IV. Discussion : en droit et en faits :

A. Quant au premier argument développé par la Défense de Monsieur Germain Katanga selon lequel l'exception d'irrecevabilité aurait été soulevée dans les délais prescrits :

La Défense de Monsieur Germain Katanga soutient que l'exception d'irrecevabilité qu'elle a soulevée l'a été en application et dans le respect des articles 19(2)(a) et 19(4) du Statut.

Ainsi, il convient sans doute plus particulièrement de rappeler que l'article 19(4) du Statut de Rome est libellé comme suit :

« La recevabilité d'une affaire ou la compétence de la Cour ne peut être contestée qu'une fois par la personne ou les Etats visés au paragraphe 2. L'exception doit être soulevée avant l'ouverture ou à l'ouverture du procès. Dans certaines circonstances exceptionnelles, la Cour peut autoriser qu'une exception soit soulevée plus d'une fois ou à une phase ultérieure du procès. Les exceptions d'irrecevabilité soulevées à l'ouverture du procès, ou par la suite avec l'autorisation de la Cour, ne peuvent être fondées que sur les dispositions de l'article 17 du Statut, paragraphe 1^{er}, alinéa c) ».

Il convient de noter que la décision dont appel a pris soin de souligner qu'en matière d'exception d'irrecevabilité, le Statut prévoit une procédure qui peut être déclinée en trois temps, à savoir et respectivement :

- Durant le premier temps qui court jusqu'au dépôt au Greffe de la décision sur la confirmation des charges, il est possible de soulever les quatre motifs d'exception d'irrecevabilité mentionnés à l'article 17(1) du Statut (sous la réserve reprise au paragraphe 20 de la page 3 de la décision dont appel),
- Durant le deuxième temps, qui se déroule entre le dépôt au Greffe de la décision sur la confirmation des charges et la constitution de la Chambre de première instance, la Défense peut alors soulever des exceptions fondées sur le seul alinéa c de l'article 17 du Statut relatif au principe « *ne bis in idem* »,
- Durant le troisième temps, à savoir dès que la Chambre a été constituée, il n'est possible de soulever une exception d'irrecevabilité que si celle-ci se fonde sur le principe « *ne bis in idem* » dans des circonstances exceptionnelles et avec l'autorisation de la Chambre de première instance.

Ainsi, la Chambre a pris soin de souligner que « *après le dépôt au Greffe de la décision sur la confirmation des charges, une affaire doit être considérée comme recevable, sauf si est invoquée une méconnaissance du principe ne bis in idem* »¹².

¹² Décision dont appel, page 4, paragraphes 5 à 7

Selon la Défense, l'analyse opérée par la Chambre de première instance II ne saurait être retenue sans qu'il soit préalablement procédé à une interprétation des termes « avant l'ouverture ou à l'ouverture du procès » utilisés dans le libellé de l'article 19(4) du Statut.

La Défense de Monsieur Germain Katanga, critiquant la décision dont appel et l'interprétation des termes « ouverture du procès » a d'ailleurs pris soin d'intégrer dans ses écrits de procédure une proposition d'interprétation de ces termes qui lui est propre et personnelle¹³.

En l'étant, il convient de constater que la proposition de définition de la notion de « ouverture du procès » qui est formulée par la Défense ne tient aucunement pas compte de l'article 64(8)(a) du Statut qui est libellé comme suit : *« A l'ouverture du procès, la Chambre de première instance fait donner lecture à l'accusé des charges préalablement confirmées par la Chambre préliminaire. La Chambre de première instance s'assure que l'accusé comprend la nature des charges. Elle donne à l'accusé la possibilité de plaider coupable selon ce qui est prévu à l'article 65 du Statut ou de plaider non coupable »*.

En l'occurrence, en la présente procédure, il a été fait application de l'article 64(8)(a) du Statut puisque, après confirmation des charges opérée par la Chambre préliminaire dans le cadre de la procédure prévue à l'article 61 du Statut et constitution par la Présidence d'une Chambre d'instance en vue de suivre la phase suivante de la procédure, Monsieur Germain Katanga a, lors de sa comparution devant la Chambre de première instance II, bénéficié de la lecture des charges confirmées par la Chambre préliminaire puis, alors qu'il y était invité, fait le choix d'un plaidoyer.

Dès lors, et manifestement, c'est donc à raison que la décision dont appel a estimé que *« en l'occurrence, l'exception déposée par la Défense de Monsieur Germain Katanga ne se fonde pas sur le principe ne bis in idem, mais sur les alinéas a) et b) de l'article 17(1) du Statut. Il s'ensuit que l'exception devrait, en l'espèce, normalement être déclarée irrecevable »*.

Il convient d'ailleurs de remarquer qu'il était loisible à la Défense de Monsieur Germain Katanga de faire connaître, dès la première audience tenue par la Chambre d'instance constituée par la Présidence, son intention de contester la recevabilité de l'affaire ou la compétence de la Cour.

Tel n'a pas été le cas alors que, pourtant, on ne peut que souligner qu'en toute logique un procès commence dès la tenue d'une première audience devant la Chambre de jugement.

¹³ Voir Document in Support of Appeal of the Defence for Germain Katanga against the Decision of the Trial Chamber « Motifs de la décision orale relative à l'exception d'irrecevabilité de l'affaire », 8 juillet 2009, pages 5 et 6, points 12 à 14.

Qu'il convient au demeurant de souligner que les Statuts des différentes juridictions internationales ayant des compétences pénales ont tous pris soin de scinder la période durant laquelle des exceptions préliminaires pouvaient être soulevées : le critère retenu étant, sous une forme ou une autre, précisément celui du commencement du procès.

Les concluants ont le sentiment que le Statut ne permettait pas d'erreur et que même s'il ne peut mis en doute le fait que la Défense n'ait jamais eu l'intention de déposer son exception hors délai, il n'en reste pas moins que la déchéance prescrite par les textes est acquise.

Que ce n'est qu'à titre exceptionnel (l'article 19(4) du Statut emploie l'expression « *dans des circonstances exceptionnelles, la Cour peut autoriser qu'une exception soit soulevée plus d'une fois ou à une phase ultérieure du procès* ») qu'une Chambre de la Cour est appelée à autoriser à relever un accusé ou un Etat de la déchéance prévue à l'article 19(4) du Statut.

Les Représentants légaux s'interrogent quant à savoir si les « circonstances exceptionnelles » visées à l'article 19(4) du Statut peuvent vraiment être considérées comme réunies dans le fait que la défense d'un accusé n'ait « *jamais eu conscience ni l'intention de déposer son exception hors délai* » et si une telle analyse subjective doit véritablement être considérée comme pouvant relever de circonstances exceptionnelles de nature à autoriser qu'une exception puisse être soulevée plus d'une fois ou à une phase ultérieure du procès.

Dès lors, il convient de confirmer que l'exception déposée par la Défense de Monsieur Germain Katanga ne se fondant pas sur le principe *ne bis in idem* mais sur les alinéas a) et b) de l'article 17(1) du Statut, cette exception doit être déclarée irrecevable.

De même, mais seulement si la Cour considère que des « circonstances exceptionnelles au sens de l'article 19(4) sont rencontrées, il convient d'entériner l'interprétation donnée à l'article 19(4) du Statut par la décision dont appel et de dire que le mot « procès » ou « ouverture du procès » doit se comprendre dans le même sens que ce mot possède aux articles 62, 63, 64 et 67 du Statut.

B. Quant au deuxième argument développé par la Défense de Monsieur Germain Katanga selon lequel le Procureur devait communiquer à la Chambre préliminaire certains éléments pertinents concernant la recevabilité de l'affaire et qu'il ne l'a pas fait à tort, viciant en ce la procédure.

En effet, selon la Défense, l'ensemble des documents relatifs au traitement judiciaire en relation avec les faits survenus à Bogoro que le Procureur entendait soumettre à la Cour aurait dû être communiqué à la Chambre préliminaire ce qui, toujours selon la Défense, n'aurait pas manqué d'amener la Chambre préliminaire à adopter une attitude contraire à celle qu'elle a adoptée.

Toujours selon la Défense, le manquement du Procureur (qui n'aurait donc pas déposé l'ensemble des documents qu'il aurait dû communiquer lors de la demande d'émission d'un mandat d'arrêt) entacherait d'un vice l'ensemble de la procédure qui n'aurait pas manqué d'être déclarée irrecevable par la Chambre préliminaire.

Sur ce point, il ne peut à ce stade qu'être rappelé le contenu de la décision dont appel dont, et plus particulièrement, l'arrêt rendu par la Chambre d'appel le 13 juillet 2006 en ce que celui-ci affirme que le Procureur n'est pas tenu de fournir à la Chambre préliminaire « *les éléments de faits nécessaires pour se prononcer sur la recevabilité de l'affaire* » lorsqu'il sollicite la délivrance d'un mandat d'arrêt à moins que certains faits incontestés rendent une affaire clairement irrecevable ou qu'une cause apparente impose l'exercice d'un examen d'office de la recevabilité.

C'est donc fort logiquement que la décision dont appel a estimé que la question qui se pose en l'espèce est de savoir si les éléments d'information mentionnés par la Défense, et dont il est fait reproche au Procureur de ne pas en avoir fait état devant la Chambre préliminaire, appartiennent à ceux qui devaient portés à la connaissance et communiqués à la Chambre préliminaire par le Procureur.

En l'occurrence, selon la Défense, il serait aujourd'hui établi que les autorités de la République démocratique du Congo diligentaient une enquête concernant les faits commis à Bogoro le 24 février 2003 et que ce serait donc à tort que le Procureur n'aurait pas communiqué cette information à la Chambre préliminaire.

Il faut souligner qu'en effet, si la Défense de Monsieur Germain Katanga devait s'avérer rapporter la preuve de l'existence d'une telle enquête diligentée par les autorités de la République démocratique du Congo, il s'agirait alors d'une information de première importance qui ne serait pas sans conséquence juridique.

Il faut toutefois souligner que tant les affirmations que l'argumentation développées par la Défense ne sauraient être analysées sans qu'il soit préalablement rappelé que le Procureur a pris soin de s'expliquer quant aux raisons pour lesquelles il n'avait pas informé la Chambre préliminaire de l'existence des documents sur lesquels la Défense de Monsieur Germain Katanga fonde le cadre de son exception d'incompétence.

En effet, le Procureur a pris soin de souligner qu'il avait vérifié en temps utile auprès des autorités de la République démocratique du Congo l'existence de toute éventuelle enquête concernant les faits commis à Bogoro le 24 février 2003.

Ainsi, le Procureur a souligné que les autorités compétentes de la République démocratique du Congo lui avaient indiqué qu'il n'existait aucune enquête concernant ces faits : affirmation qui a d'ailleurs été confirmée par les représentants de la République démocratique du Congo qui ont comparu lors de l'audience du 1^{er} juin 2009¹⁴.

Dès lors, dans de telles conditions, il est difficile de dégager la source qui aurait obligé le Procureur à porter à l'attention de la Chambre préliminaire les éléments que la Défense de Monsieur Germain Katanga lui reproche de ne pas avoir soumis à cette Chambre.

Cette observation doit être d'autant plus soulignée que la Défense de Monsieur Katanga reproche au Procureur de ne pas avoir apporté à la Chambre préliminaire l'information litigieuse au moment où il a réclamé l'émission d'un mandat d'arrêt.

A ce stade, il apparaît que le Procureur ne disposait en effet d'aucun document de nature à pouvoir asseoir une éventuelle inaptitude ou incompétence de la Chambre préliminaire dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par le Statut et le Règlement de procédure et de preuve.

Au demeurant, l'analyse des éléments du dossier démontre d'ailleurs que la Défense de Monsieur Germain Katanga ne saurait soutenir, ni en faits, ni en droit, l'existence d'une erreur, voire d'une faute, dans le chef du Procureur puisque l'analyse des documents sur lesquels le raisonnement de la Défense se fonde n'établit en aucun cas que les autorités compétentes de la République démocratique du Congo aient procédé à quelque moment que ce soit à une enquête concernant les faits commis à Bogoro le 24 février 2003, soit les faits qui étaient soumis à la compétence de la Chambre préliminaire.

¹⁴ Transcription d'audience du 1^{er} juin 2009, ICC-01/04-01/07-T-65, pages 69 et 70.

Il convient d'ailleurs de noter que la requête aux fins de prorogation de la détention provisoire de Monsieur Germain Katanga (et de sept autres personnes) qui a été présentée le 2 mars 2007 devant la Haute Cour Militaire de Kinshasa, soit le document qui apparaît fondamental dans l'argumentation de la Défense, ne fait pas référence aux faits commis à Bogoro le 24 février 2003.

De même, il faut souligner que si le nom de ce village est effectivement mentionné parmi dix autres localités dans lesquelles des personnes auraient été tuées lors d'attaques systématiques lancées contre la population civile, il faut rappeler que le village de Bogoro a fait l'objet de plusieurs attaques et de nombreux assauts commis avant et indépendamment de la survenance des faits du 24 février 2003 (faits qui présentent d'ailleurs une spécificité tout à fait particulière sur un plan criminel).

Au demeurant, il doit être insisté sur le document intitulé « *Observations de la République démocratique du Congo sur l'exception d'irrecevabilité soulevée par la Défense de Monsieur Germain Katanga* » datée du 14 mars 2009 qui a été émis par Monsieur le Directeur du Cabinet de l'Auditeur général près la Haute Cour militaire du Congo dans lequel la personne autorisée pour représenter la République démocratique du Congo affirme que l'Auditorat général n'a ouvert aucune enquête contre la personne de Monsieur Germain Katanga quant aux faits soumis à la Cour, soit l'attaque dirigée contre Bogoro le 24 février 2003.

Dans de telles conditions, et en application des règles qui régissent la matière, il se confirme donc que la Défense de Monsieur Germain Katanga ne rapporte pas la preuve et ne démontre pas que les autorités judiciaires de la République démocratique du Congo diligentaient ou aient diligenté une enquête sur les faits dont est saisie la Cour, soit les faits à propos desquels le Procureur a demandé à la Chambre préliminaire d'émettre un mandat d'arrêt, faits survenus le 24 février 2003.

Il convient de rappeler qu'en la matière, l'argument étant soulevé dans le cadre d'une requête déposée par la Défense de Monsieur Germain Katanga, la charge de la preuve incombe à cette dernière, ce qui, concrètement, signifie que la Défense supporte les risques inhérents au défaut de rapporter la preuve de l'argument qu'elle soutient.

Dès lors, il se confirme que la décision dont appel ne contient aucune erreur, ni de fait, ni de droit, lorsqu'elle souligne que la requête aux fins de prorogation de la détention provisoire de Monsieur Germain Katanga et de sept autres personnes qui a été présentée le 2 mars 2007 devant la Haute Cour Militaire de Kinshasa n'apparaît pas contenir d'informations décisives sur les « circonstances de l'affaire » ou d'informations qui auraient mérité d'être portées par le Procureur à la connaissance de la Chambre préliminaire.

De même, et en toute logique, il apparaît que la décision dont appel n'a commis aucune erreur de droit lorsqu'elle affirme que dans de telles conditions il n'y a lieu à répondre à la question posée par la Défense quant à savoir si le document en question aurait conduit la Chambre préliminaire à exercer différemment son pouvoir discrétionnaire de procéder à l'examen d'office de la recevabilité de l'affaire.

Dans de telles conditions, il apparaît que c'est dès lors à raison que la décision dont appel a conclu à l'absence de vice entachant la délivrance du mandat d'arrêt concernant Monsieur Germain Katanga.

C. Quant au troisième argument développé par la Défense de Monsieur Germain Katanga selon lequel la Chambre de première instance aurait, dans la décision dont appel, commis une erreur en interprétant comme elle l'a fait les termes « manque de volonté » qui sont contenus dans l'article 17(2) du Statut.

A ce stade, il convient de rappeler le contenu de cet article 17(2) du Statut :

« Pour déterminer s'il y a manque de volonté de l'Etat dans un cas d'espèce, la Cour considère, eu égard aux garanties d'un procès équitable reconnues par le Droit international, de l'une ou de plusieurs des circonstances suivantes :

- a) La procédure a été ou est engagée ou la décision de l'Etat a été prise dans le dessein de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale pour les crimes relevant de la compétence de la Cour visés à l'article 5 du Statut ;*
- b) La procédure a subi un retard injustifié qui, dans les circonstances, est incompatible avec l'intention de traduire en justice la personne concernée ;*
- c) La procédure n'a pas été ou n'est pas menée de manière indépendante ou impartiale mais d'une manière qui, dans les circonstances, est incompatible avec l'intention de traduire en justice la personne concernée. »*

Ainsi, il s'avère que l'interprétation qu'il convient de réserver au mot « manque de volonté » repris à l'article 17(2) du Statut ne saurait être déterminée sans interpréter l'entière de l'article 17 du Statut dans la mesure où cet article règle les questions relatives à la recevabilité d'une affaire devant la Cour tout comme, et parallèlement, une telle interprétation ne saurait se faire sans le recours au 10^{ème} alinéa du préambule du Statut et à l'article premier de celui-ci.

Ces dispositions régissent en effet, et comme l'a souligné la décision dont appel, un des principes fondamentaux du Statut mais aussi de la raison d'être et du fonctionnement de la Cour elle-même, à savoir le caractère complémentaire de la Cour quant aux juridictions pénales nationales.

En effet, le 10^{ème} alinéa du préambule du Statut est rédigé comme suit :

- « *Soulignant que la Cour pénale internationale dont le présent Statut porte création est complémentaire des juridictions pénales nationales* »

et ce alors que l'article 1^{er} du Statut est pour sa part rédigé ainsi :

- « *Il est créé une Cour pénale internationale (« La Cour ») en tant qu'institution permanente, qui peut exercer sa compétence à l'égard des personnes pour les crimes les plus graves ayant une portée internationale, au sens du présent Statut. Elle est complémentaire des juridictions pénales nationales. Sa compétence et son fonctionnement sont régis par les dispositions du présent Statut* ».

A ce stade, il n'apparaît pas inutile de rappeler que la rédaction du préambule du Statut s'est inspirée largement du projet tel qu'il avait été rédigé par la Commission de Droit international de l'ONU et que, en ce qui concerne l'affirmation du principe de complémentarité de la compétence de la Cour pénale internationale par rapport aux juridictions nationales, il est apparu lors de la rédaction du préambule un large consensus quant à la volonté et même la nécessité d'affirmer ce principe dès le préambule du Statut.

De la sorte, il apparaît que la volonté des Etats était d'insister et de rappeler le caractère subsidiaire de la compétence de la Cour, à l'inverse de ce qui fonde la compétence des tribunaux *ad hoc*.

Par l'affirmation de ce principe, les Etats ont également eu le souci de rappeler que la constitution de la Cour pénale internationale ne devait pas être considérée comme un prétexte pour un Etat de s'ingérer dans les affaires d'un autre Etat.

Ainsi, il n'apparaît pas osé d'affirmer que l'adoption du Statut de la CPI n'a été rendue possible que de par le fait de l'affirmation du principe de la complémentarité de la compétence de la Cour par rapport à celle des juridictions nationales à compétence pénale.

Ainsi, le principe de complémentarité veut que la Cour n'ait pas vocation à se substituer aux juridictions nationales qui sont *a priori* les plus habilitées, mais aussi celles considérées comme étant les plus légitimes, à engager des poursuites à l'encontre de leurs ressortissants présumés responsables des crimes internationaux visés à l'article 5 du Statut.

L'article 17 du Statut a donc été adopté en application du principe de complémentarité puisque cet article affirme que la compétence de la Cour ne peut s'exercer que par défaut d'un Etat à engager valablement des poursuites ou des enquêtes.

Ce principe étant affirmé, il convenait alors de rencontrer les différentes hypothèses qui pouvaient se poser : cela étant l'objet et le fondement de l'article 17 du Statut.

L'article 17 du Statut est donc une disposition substantielle de celui-ci et a d'ailleurs donné lieu à de longues et multiples discussions avant son adoption.

Il convient d'ailleurs de souligner qu'une compréhension pleine et entière de l'article 17 du Statut ne saurait se faire sans combiner celui-ci avec les articles 18 et 19 du Statut en ce que ceux-ci ont expressément doté les Etats d'une réelle liberté d'action dans l'attitude qu'ils sont autorisés à adopter quant au sort et à la recevabilité de certaines affaires qui sont ou pourraient être soumises à la Cour.

De cette réflexion, liée à l'analyse des textes et aux conditions dans lesquelles ceux-ci ont été adoptés, il se confirme que si l'article 17 du Statut réaffirme le principe de complémentarité, son véritable objet est de rencontrer et régler différents types d'hypothèses et de situations de faits prévisibles et qui sont de nature à poser des questions relatives à la recevabilité d'une affaire devant la Cour.

Il convient également de souligner que les hypothèses prévues aux termes de l'article 17 du Statut ne sont que des exceptions (et qui ont bien été conçues comme telles par les auteurs du Statut).

L'interprétation de l'article 17 du Statut doit donc, et dans tous les cas, au vu de l'économie générale du Statut (et notamment à la lumière des articles 18 et 19 du Statut) mais aussi du caractère très général des termes qui sont utilisés, souligner la place que les auteurs du Statut ont entendu donner au rôle mais aussi à la volonté des Etats.

Pour s'en persuader, il suffit de rappeler que le paragraphe 1^{er} a) de l'article 17 du Statut souligne qu'une affaire est jugée irrecevable par la Cour lorsque « *l'affaire fait l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un Etat ayant compétence en l'espèce, à moins que (c'est le concluant qui souligne) cet Etat n'ait pas la volonté ou soit dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites* ».

De même, il convient de souligner que le paragraphe 1^{er} b) de l'article 17 du Statut ajoute qu'une affaire doit également être jugée irrecevable par la Cour lorsque *« l'affaire a fait l'objet d'une enquête de la part d'un Etat ayant compétence en l'espèce et que cet état a décidé de ne pas poursuivre la personne concernée, à moins que cette décision ne soit l'effet du manque de volonté ou de l'incapacité de l'Etat de mener véritablement à bien des poursuites »*.

Ainsi, c'est indépendamment de toute analyse subjective de la volonté d'un Etat et des buts poursuivis par celui-ci que la Cour doit donner un effet plein et utile à l'article 17(1)(a).

En effet, une affaire qui devrait, a priori, être jugée irrecevable par la Cour aux motifs que les faits de la cause font l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un Etat ayant compétence en l'espèce, doit être déclarée recevable si la Cour constate que cet Etat n'a pas la volonté de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites (ou, et a fortiori, est dans l'incapacité de mener celles-ci à bien).

La Cour ne doit donc pas juger des causes et des raisons de cette absence de volonté dans le chef d'un Etat (s'immisçant de la sorte, et à tort, dans la souveraineté d'un Etat) mais doit tirer les conséquences d'un état de fait établi (la recherche de la cause de cette absence de volonté ne pouvant en faits et en droit que viser à s'assurer de la réalité de cette volonté et de son caractère ferme).

En la présente affaire, il convient de rappeler que la Défense n'a jamais établi que les faits soumis à la Cour et qui sont l'objet de « l'affaire » aient fait l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un Etat ayant compétence en l'espèce (à savoir la République démocratique du Congo).

De même, et sans doute surtout, en la présente affaire, il convient de souligner que, et de toute façon, quoi qu'il en soit quant à la réalité d'une enquête ayant pu concerner les faits de la cause dans le passé, les autorités compétentes de la République démocratique du Congo ont, et à plusieurs reprises, souligné leur absence de volonté de poursuivre et juger Monsieur Germain Katanga et ce, notamment, du fait de l'impossibilité pour eux de réunir un siège légalement composé.

Dans tous les cas, et même à supposer que l'exception d'irrecevabilité puisse être encore déposée par la Défense au moment où elle l'a été, le constat de l'absence de volonté de la République démocratique du Congo d'enquêter, de poursuivre et de juger Monsieur Katanga est avéré.

Ainsi et au vu de ce qui précède, il n'apparaît pas évident que la Défense de Monsieur Germain Katanga présente, *in species*, un intérêt à soulever la question inhérente à l'interprétation de l'article 17 du Statut, en tout ou en partie.

Il appartient à la Défense de Monsieur Germain Katanga de s'exprimer à ce propos et de rapporter la preuve de l'intérêt qui est le sien à soulever cette question au vu de la réalité des pièces et des faits mais aussi, et sans doute surtout, de l'état de la procédure.

Quoi qu'il en soit, et à supposer l'intérêt de Monsieur Germain Katanga à soulever la question de l'interprétation des termes « manque de volonté », il apparaît nécessaire de rappeler tout d'abord que la République démocratique du Congo a déferé à la Cour la situation concernant son propre territoire sans jamais, à aucun moment, tenter ou présenter la moindre apparence de souhaiter revenir ou contester la compétence de la Cour.

De même, il apparaît ensuite nécessaire de rappeler que les autorités de la République démocratique du Congo ne se sont pas opposées à la remise de Monsieur Germain Katanga et n'a jamais soulevé d'exception d'irrecevabilité de quelque ordre que ce soit.

Il apparaît également nécessaire de souligner, comme le fait le jugement dont appel, la qualité de la coopération des autorités de la République démocratique du Congo avec la Cour dont, et notamment, dans l'affaire concernant Monsieur Germain Katanga.

Ainsi, et manifestement, nul ne saurait douter que l'intention de la République démocratique du Congo est de permettre la traduction en justice des personnes suspectées d'avoir commis sur le territoire de la RDC des crimes qui sont de la nature de ceux pour lesquels la Cour a compétence.

Comme il est explicité ci-dessus, ce constat est de surcroît renforcé par les déclarations que les autorités de la République démocratique du Congo ont toujours et invariablement formulées dont et plus particulièrement en la présente affaire.

Il n'apparaît pas superfétatoire de rappeler à ce stade que Monsieur le Directeur de Cabinet de l'Auditeur Général près la Haute Cour Militaire de la RDC a, dans le document susvisé daté du 14 mars 2009, informé le Procureur que l'Auditorat Général n'avait pas ouvert d'enquête contre Monsieur Germain Katanga quant aux faits commis à Bogoro le 24 février 2003 mais que, de surcroît, les représentants de la République démocratique du Congo ont explicitement, lors de l'audience du 1^{er} juin 2009 qui s'est tenue devant la Chambre d'instance II, affirmé l'absence d'intention de la RDC de juger Monsieur Germain Katanga elle-même, ajoutant qu'au contraire le souhait des autorités de la RDC était bien que Monsieur Germain Katanga soit jugé par la CPI.

Il apparaît que la volonté de la République démocratique du Congo en la présente affaire ne saurait être contestée puisque, en sus d'avoir été exprimée clairement et sans ambiguïté lors de l'audience du 1^{er} juin 2009, celle-ci est confirmée par les actes posés par les responsables de la République démocratique du Congo et par l'entière de l'historique et de la procédure inhérentes et propres à la présente affaire.

En la présente affaire, le manque de volonté de la RDC de juger elle-même Monsieur Germain Katanga ne saurait être contestée tout comme, parallèlement, il ne saurait être contesté que la République démocratique du Congo a entendu et entend toujours que des poursuites soient exercées contre Monsieur Germain Katanga par le Procureur et que Monsieur Germain Katanga soit jugé par la Cour quant au rôle et aux responsabilités qui ont pu être les siens dans les faits commis à Bogoro le 24 février 2003.

Il convient de souligner que cette volonté s'étend à l'organisation et la tenue d'une enquête à l'égard de Monsieur Germain Katanga.

En conclusion, les concluants soutiennent que, n'ayant fait l'objet d'aucune enquête ou de poursuites de la part de la RDC quant aux faits qui ont été commis à Bogoro le 24 février 2003, Monsieur Germain Katanga ne présente aucun intérêt à réclamer une interprétation des termes « manque de volonté » repris à l'article 17(2) du Statut puisqu'une telle interprétation ne saurait présenter d'intérêt dans son cas particulier (l'affaire ne pouvant en aucun cas au vu de ces particularités être jugée irrecevable) alors que, parallèlement, la volonté de la RDC quant à ne pas juger elle-même Monsieur Germain Katanga et sa volonté de s'assurer que celui-ci soit jugé par la Cour sont établis sans aucune contestation possible.

Dès lors, c'est en application même du principe de complémentarité que la Cour apparaît compétente en la présente affaire.

D. Quant au quatrième argument développé par la Défense de Monsieur Germain Katanga selon lequel l'analyse de la décision dont appel n'apparaît pas permettre l'existence de la confusion dénoncée par la Défense de Monsieur Germain Katanga.

La Chambre de première instance a effectivement pris soin de souligner dans sa décision verbale que : « *aussi, aux termes du Statut, la Cour n'exercera-t-elle sa juridiction que si les Etats compétents pour juger des crimes internationaux soit se trouvent dans l'incapacité, soit n'ont pas la volonté de mener véritablement à bien une enquête et, le cas échéant, des poursuites des auteurs de ces crimes.* »

Ces critères étant alternatifs, la Chambre souligne que, dans l'hypothèse où elle estime que l'un d'entre eux est rempli, il n'est pas nécessaire de vérifier s'il a également été satisfait au respect du second ».

Après avoir formulé cette observation, la Chambre de première instance s'est attachée aux critères de « *la volonté de mener véritablement à bien une enquête et, le cas échéant, de poursuivre les auteurs de ces crimes* » poursuivant de par son analyse la recherche de la volonté qui, *in species*, est celle de la RDC.

C'est à ce propos que la Chambre d'instance a souligné ne pouvoir connaître la réalité des motifs d'un Etat lorsque celui-ci exprime sa volonté de ne pas procéder à des poursuites dans une affaire donnée étant entendu qu'à l'une de ces occasions, un Etat peut, sans méconnaître le principe de complémentarité, décider de déférer à la Cour une situation concernant son propre territoire.

Comme il est dit ci-dessus, c'est le principe même de complémentarité qui, d'ailleurs, ne permet pas à la Cour de s'immiscer dans les affaires intérieures d'un Etat dont et notamment pour juger du bienfondé de la motivation qui inspire ses intentions ou la volonté des autorités de celui-ci.

Toutefois, la Cour et les Chambres qui la composent peuvent bien évidemment rechercher les bases qui inspirent l'action ou les déclarations de l'Etat en vue de s'assurer de la réalité de l'apparence de volonté qui peut être affichée.

Ce faisant, la Chambre compétente ne fera que d'assurer un effet utile à l'article 17 du Statut et, plus particulièrement, au premier paragraphe, a) de cet article.

Ainsi, *in species*, se penchant sur l'analyse des bases de la volonté exprimée par les autorités de la République démocratique du Congo et les motivations des déclarations exprimées par ses Représentants lors de l'audience, la Chambre de première instance a considéré qu'une des causes de ne pas mener à bien une enquête et le cas échéant des poursuites à l'égard d'un suspect et de préférer déférer l'affaire à la Cour, peut résider dans les sentiments des autorités d'un Etat de ne pas être dans la capacité de conduire un procès rapide et équitable ou dans le constat opéré par les autorités de ce pays de l'existence d'un risque quant au caractère efficace de l'exercice des enquêtes ou équitable de la conduite d'un procès.

En faisant ce constat, la Chambre d'instance n'a nullement procédé à une confusion entre les critères repris au paragraphe 2 de l'article 17 du Statut (manque de volonté d'un Etat) et ceux visés au paragraphe 3 du même article (incapacité d'un Etat) mais s'est bornée à constater que dans les faits le manque de volonté d'un Etat de mener véritablement à bien une enquête et/ou des poursuites peut trouver sa base subjective dans le sentiment, à tort ou à raison, d'une incapacité de permettre dans un cadre rapide et équitable une enquête, des poursuites et la tenue d'un procès.

Ainsi, et précisément, il apparaît que la Chambre d'instance a pris soin d'éviter toute confusion entre les critères contenus dans les paragraphes 2 et 3 de l'article 17 du Statut tout en soulignant qu'elle avait pris acte et avait pris soin de soupeser les affirmations des autorités de la RDC quant aux réelles difficultés d'ordres multiples qu'elles rencontrent en la présente affaire, difficultés qui les ont amenées à estimer ne pas devoir procéder elles-mêmes à l'organisation d'enquête et de poursuites à l'encontre de Monsieur Germain Katanga et à préférer que celui-ci soit jugé par la Cour.

Ainsi, en l'état, il ne saurait être question de considérer que la Chambre d'instance ait affirmé, fut-ce de manière indirecte ou même induite, l'existence d'une quelconque incapacité de la République démocratique du Congo de mener véritablement à bien une enquête ou des poursuites.

Qu'il convient donc de constater l'absence de toute confusion opérée dans la décision dont appel entre les critères de « manque de volonté » et de « incapacité » d'un Etat, et de déclarer l'argument développé par la Défense de Monsieur Germain Katanga non fondé.

E. Quant au cinquième argument développé par la Défense de Monsieur Germain Katanga selon laquelle l'interprétation erronée qui a été faite par la Chambre du concept de « manque de volonté » aurait privé Monsieur Germain Katanga du caractère réel et effectif de son droit à contester la recevabilité de l'affaire.

Avant d'analyser les arguments de la Défense tels que ceux-ci sont soutenus aux termes de ses écrits de procédure, les concluants, dont on se souviendra que le Représentant légal a soutenu la déchéance du droit de Monsieur Germain Katanga à soulever une exception d'irrecevabilité au moment où il l'a fait, ne peuvent que s'étonner de l'affirmation de la Défense selon laquelle la Chambre de première instance aurait privé Monsieur Germain Katanga de son droit et/ou de la réalité de l'effectivité de celui-ci de contester l'admissibilité de l'affaire.

Les concluants doivent en effet rappeler que, et alors même que la Défense de Monsieur Germain Katanga a soulevé une exception d'incompétence qui devait être déclarée irrecevable, la Chambre de première instance a considéré que la Défense de Monsieur Germain Katanga devait bénéficier de la reconnaissance de circonstances exceptionnelles et accepter de relever cette dernière de la déchéance dont elle était l'objet.

Cela dit, quoi qu'il en soit, l'objet de l'appel introduit par Monsieur Germain Katanga porte sur un aspect particulier et sur des plaintes spécifiques que sa Défense a effectivement développées dans son argumentation, plaintes qui concernent de manière générique la violation de ses droits fondamentaux et qui sont inhérentes à la situation qui serait née de la reconnaissance d'une compétence dans le chef de la Cour par la Chambre de première instance.

Hormis le problème de la charge de la preuve et de la réalité de l'affirmation développée par la Défense de Monsieur Germain Katanga selon laquelle ses droits fondamentaux se trouveraient gravement violés du fait de l'attitude ou de la décision de la Chambre de première instance, il convient d'insister sur le fait qu'il appartient à la Défense d'établir l'intérêt que présente une telle affirmation à ce stade de la procédure.

En effet, il faut bien convenir que l'affirmation de la violation des droits fondamentaux de Monsieur Katanga dont fait état la Défense de ce dernier n'apparaît pas être un facteur à prendre en compte dans le cadre d'une contestation de la compétence de la Cour ou de la recevabilité d'une affaire devant celle-ci.

Ainsi, la rencontre par la Chambre d'instance de l'argumentation développée par la Défense de Monsieur Katanga et l'analyse de la réalité du fondement de cette argumentation n'avaient aucune raison d'être à ce stade de la procédure et dans le cadre de l'analyse de la recevabilité de l'affaire devant la Cour.

Au demeurant, il convient de souligner que l'on voit mal en quoi l'absence de volonté de la République démocratique du Congo de mener véritablement à bien une enquête, des poursuites ou un procès aurait de quelque manière que ce soit privé Monsieur Germain Katanga de la réalité et de l'efficacité de son droit à contester la recevabilité de l'affaire devant la Cour dans le cadre de l'article 17 du Statut.

En réalité, l'argumentation développée par la Défense de Monsieur Katanga, entend ajouter au contenu de l'article 17 du Statut des critères de recevabilité, irrecevabilité qui n'y sont pas contenus et que les Etats parties n'ont pas entendu retenir lorsqu'ils ont créé la Cour pénale internationale.

Une nouvelle fois, il faut souligner les conditions difficiles dans lesquelles la Commission préparatoire a émis un texte de compromis qui, mettant fin aux discussions entre Etats, a permis la rédaction et l'adoption de l'article 17 du Statut.

Dans de telles conditions, il ne peut être que souligné le fait que, à l'occasion de la rédaction de l'article 17 du Statut, plusieurs Etats ont estimé devoir rappeler fermement que la Cour pénale internationale ne devait pas être conçue comme une Cour internationale des droits de l'homme au sens strict et technique d'une telle dénomination mais, au contraire, comme une véritable juridiction complémentaire des juridictions criminelles nationales appelée à intervenir à défaut de ces dernières.

Qu'une nouvelle fois, l'argumentation de la Défense et l'interprétation qu'elle tente de faire de certains articles du Statut violent l'esprit qui a inspiré la rédaction de celui-ci et, en définitive, le principe même de complémentarité.

Les Représentants légaux des victimes A/0333/07 et A/0110/08 ont le sentiment qu'il convient de souligner combien la compréhension du principe de complémentarité dans le chef de la Défense de Monsieur Katanga aboutit à une interprétation excessivement raide de celui-ci et à une vision juridique désincarnée qui ne tient compte ni de la réalité de la volonté des Etats ni de l'attitude que ceux-ci peuvent être appelés à prendre du fait de la réalité des situations concrètes rencontrées par ceux-ci sur leur territoire.

Ces observations apparaissaient aux Représentants légaux devoir être faites car il leur semble qu'elles expliquent et inspirent l'attitude de la Défense de Monsieur Germain Katanga et ce au risque de dénaturer les dispositions du Statut et le processus complexe qui a permis d'aboutir à la rédaction de celui-ci et à la création de la Cour elle-même.

Dès lors, l'adjonction de critères de recevabilité, irrecevabilité à ceux retenus à l'article 17 du Statut ne sauraient être admis sans violer tant l'esprit que la lettre du Statut.

A CES CAUSES

PLAISE A LA CHAMBRE D'APPEL :

Rejeter l'appel introduit par la Défense de Monsieur Germain Katanga et confirmer la décision rendue par la Chambre de première instance II en toutes ses dispositions sous la seule émendation possible de déclarer Monsieur Germain Katanga déchu de son droit à soulever une exception d'irrecevabilité.

Fait le 29 juillet 2009 à Seraing



Pour les représentants légaux,

Me Jean-Louis GILISSEN