



Original : **anglais**

N° : ICC-01/04-01/07

Date : **8 juillet 2009**

DEVANT LA CHAMBRE D'APPEL

Composée comme suit : M. le juge Daniel David Ntanda Nsereko,
juge président
M. le juge Sang-Hyun Song
Mme la juge Akua Kuenyehia
M. le juge Erkki Kourula
Mme la juge Anita Ušacka

**SITUATION EN RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO
AFFAIRE
LE PROCUREUR
c. GERMAIN KATANGA et MATHIEU NGUDJOLO CHUI**

Public

Mémoire d'appel présenté par la Défense de Germain Katanga contre la décision de la Chambre de première instance intitulée « Motifs de la décision orale relative à l'exception d'irrecevabilité de l'affaire »

Origine : Défense de Germain Katanga

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

Le Bureau du Procureur

M. Luis Moreno-Ocampo, Procureur
M. Éric MacDonald, premier substitut du Procureur

Le conseil de Germain Katanga

M^e David Hooper
M^e Andreas O'Shea

Le conseil de Mathieu Ngudjolo Chui

M^e Jean-Pierre Kilenda Kakengi Basila
M^e Jean-Pierre Fofé Djofia Malewa

Les représentants légaux des victimes

M^e Carine Bapita Buyangandu
M^e Joseph Keta
M^e Jean-Louis Gilissen
M^e Hervé Diakiese
M^e Jean-Chrysostome Mulamba
Nsokoloni
M^e Fidel Nsita Luvengika
M^e Vincent Lurquin
M^e Flora Ambuyu Andjelani

Les représentants légaux des demandeurs

Les victimes non représentées

**Les demandeurs non représentés
(participation/réparation)**

Le Bureau du conseil public pour les victimes

Le Bureau du conseil public pour la Défense

Les représentants des États

L'amicus curiae

GREFFE

Le Greffier

Mme Silvana Arbia

La Section d'appui à la Défense

L'Unité d'aide aux victimes et aux témoins

La Section de la détention

La Section de la participation des victimes et des réparations

Autres

Introduction

1. La Défense de Germain Katanga (« la Défense ») soumet le présent mémoire d'appel à l'appui de l'acte d'appel concernant la décision de la Chambre de première instance intitulée « Motifs de la Décision orale relative à l'exception d'irrecevabilité de l'affaire » (« la Décision »)¹, déposé le 22 juin 2009². La Défense soumet le présent mémoire d'appel en application des articles 19-6, 82-1-a et 83-2-a du Statut du Rome, de la règle 154 du Règlement de procédure et de preuve et de la norme 64-2 du Règlement de la Cour.
2. La Défense soulève les moyens d'appel suivants :
 - A) La Chambre de première instance a conclu à tort que l'exception d'irrecevabilité avait été déposée hors délai ;
 - B) La Chambre de première instance a conclu à tort que le Procureur n'était pas tenu de porter à l'attention de la Chambre préliminaire un document concernant Bogoro et d'autres documents connexes ;
 - C) La Chambre de première instance a donné du manque de volonté une définition erronée au vu de l'article 17-2 et du principe de complémentarité ;
 - D) La Chambre de première instance a commis une erreur en confondant les concepts de « manque de volonté » et d'« incapacité » ;
 - E) La définition erronée donnée par la Chambre de première instance de la notion de « manque de volonté » a privé l'accusé du droit réel et effectif de contester la recevabilité.

Rappel de la procédure

3. Le 2 juillet 2007, la Chambre préliminaire a délivré un mandat d'arrêt à l'encontre de Germain Katanga³, qui était détenu à la prison centrale de Kinshasa depuis mars 2005. Le 18 octobre 2007, Germain Katanga a été transféré à La Haye.
4. Le conseil de Germain Katanga a été désigné le 23 novembre 2007. L'audience de confirmation des charges en l'espèce était prévue pour le 28 février 2008⁴ mais, à la suite de la jonction d'instance avec celle introduite contre Mathieu Ngudjolo, l'audience a été

¹ ICC-01/04-01/07-1213, décision publique, rendue le 16 juin.

² ICC-01/04-01/07-1234.

³ ICC-01/04-041/07-1, Mandat d'arrêt à l'encontre de Germain Katanga.

⁴ ICC-01/04-01/07-T-5-ENG, 22 octobre 2007, p. 29.

reportée au 27 juin 2008⁵. Avant la confirmation des charges, le conseil principal était secondé par un assistant juridique et un assistant chargé de la gestion des dossiers de l'affaire ; le coconseil n'a été désigné qu'après la confirmation.

5. Le 10 février 2009, la Défense a déposé l'Exception d'irrecevabilité de l'affaire, soulevée en vertu de l'article 19-2-a du Statut⁶.
6. L'Accusation y a répondu le 19 mars 2009⁷ et la Défense a déposé une réplique le 30 mars 2009⁸.
7. Les représentants des victimes⁹ et le Bureau du Conseil public pour les victimes¹⁰ ont déposé leurs observations respectivement les 16 et 28 avril 2009.
8. Lors d'une audience tenue le 1^{er} juin 2009, la Défense, l'Accusation, les représentants des victimes, le Bureau du Conseil public pour les victimes et les autorités de la RDC ont présenté leur point de vue sur l'exception d'irrecevabilité de l'affaire devant la CPI soulevée par Germain Katanga¹¹.
9. Le 12 juin 2009, la Chambre de première instance II a rendu sa décision orale, par laquelle elle a rejeté l'exception d'irrecevabilité¹². Le 16 juin 2009, elle a déposé les Motifs de la décision orale relative à l'exception d'irrecevabilité de l'affaire (article 19 du Statut)¹³, décision contre laquelle la Défense interjette le présent appel.

A. L'exception d'irrecevabilité a été soulevée dans le délai imparti

10. La Défense a soulevé son exception préjudicielle initiale en vertu des articles 19-2-a et 19-4 du Statut. L'article 19-4 du Statut dispose :

⁵ ICC-01/04-01/07-T-38-ENG CT2 WT, 27 juin 2008.

⁶ ICC-01/04-01/07-891-Conf-Exp-tFRA, dont la version publique expurgée a été déposée le 11 mars 2009, ICC-01/04-01/07-949-tFRA.

⁷ ICC-01/04-01/07-968-Conf-Exp, dont la version publique expurgée a été déposée le 30 mars 2009, ICC-01/04-01/07-1007. Les Observations de la RDC étaient jointes à cette réponse.

⁸ ICC-01/04-01/07-1008-Conf-Exp, dont la version publique expurgée a été déposée le 1^{er} avril 2009, ICC-01/04-01/07-1015.

⁹ ICC-01/04-01/07-1058-Conf ; ICC-01/04-01/07-1059-Conf ; ICC-01/04-01/07-1060.

¹⁰ ICC-01/04-01/07-1082.

¹¹ [ICC-01/04-01/07-T65-ENG ET WT](#).

¹² ICC-01/04-01/07-T67-ENG ET WT.

¹³ ICC-01/04-01/07-1213, public.

La recevabilité d'une affaire ou la compétence de la Cour ne peut être contestée qu'une fois par les personnes ou les États visés au paragraphe 2. L'exception doit être soulevée *avant l'ouverture ou à l'ouverture du procès*. Dans des 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, paragraphe 1, alinéa c). [Non souligné dans l'original.]

Conclusions de la Chambre de première instance

11. La Chambre de première instance a considéré que, conformément au Statut, une exception d'irrecevabilité peut être soulevée à trois stades, à savoir : premièrement, jusqu'au dépôt au Greffe de la décision de confirmation des charges ; deuxièmement, pendant la brève période comprise entre le dépôt de cette décision et la constitution de la chambre de première instance ; troisièmement, entre cette constitution et la fin du procès. La Chambre est d'avis que, pendant la première période, toutes les exceptions d'irrecevabilité peuvent être soulevées ; pendant la deuxième période, seules les exceptions fondées sur l'article 17-1-c sont autorisées (principe *ne bis in idem*) ; et, pendant la troisième période, seules les exceptions fondées sur le principe *ne bis in idem* peuvent être déposées, et ce, dans des circonstances exceptionnelles et avec l'autorisation de la chambre de première instance¹⁴.

12. Pour parvenir à ce régime complexe régissant le dépôt d'exceptions d'irrecevabilité, la Chambre de première instance a dû interpréter l'expression *à l'ouverture du procès* figurant à l'article 19-4 du Statut comme le moment auquel la chambre de première instance est constituée¹⁵. Elle a statué en ce sens alors qu'elle avait elle-même reconnu

¹⁴ Décision, par. 49.

¹⁵ La Chambre de première instance base son analyse largement sur l'expression française « ouverture du procès » ; cependant, l'article 128 du Statut dispose que les versions du Statut dans certaines autres langues font également foi. La Défense a comparé toutes les versions du Statut. La version russe, dans ses dispositions pertinentes : до начала или в начале разбирательства (traduction : avant le commencement ou au commencement du procès) ; la version espagnole : antes del juicio o a su inicio (traduction : avant le procès ou à son commencement) ; la version chinoise : 这 (cette) 项质疑(exception) 应(devrait) 在 审判 (le procès) 开始前 (avant le commencement) 或 (ou) 开始时 (au commencement) 提出 (soumettre) ; la version arabe : قبل أن يجوز ولا المحاكمة بدء بعد أو مرة من أكثر بالظعن تأذن أن الاستثنائية الظروف ف للمحاكمة أنه يبد فيها البدء عند أو المحاكمة في الشروع أن يجوز ولا المحاكمة بدء بعد أو مرة من أكثر بالظعن تأذن أن الاستثنائية الظروف ف للمحاكمة أنه يبد فيها البدء عند أو المحاكمة في الشروع (traduction des passages pertinents : avant le commencement ou au commencement du

que nombre de dispositions du Statut, du Règlement de procédure et de preuve et du Règlement de la Cour donnent clairement à penser que le procès commence avec la présentation des déclarations liminaires¹⁶.

13. Selon la Chambre de première instance, d'autres dispositions donnent à penser que le procès commence à compter de la constitution de la chambre de première instance. Elle en a conclu qu'une interprétation littérale du Statut dans son ensemble permettait les deux interprétations de l'expression à *l'ouverture du procès*. L'interprétation selon laquelle le procès s'entend concrètement de la phase de présentation des éléments de preuve est conforme à l'optique de la *common law*. L'optique inquisitoire permettrait une interprétation plus large de la notion de procès pour y inclure une partie de la phase préparatoire¹⁷. La Chambre de première instance a ensuite envisagé l'interprétation logique qu'il conviendrait de donner à cette expression telle qu'utilisée à l'article 19-4, à la lumière de l'ensemble des dispositions de cet article et dans le respect de l'intention qui animait les États lorsqu'ils l'ont adopté¹⁸. Elle en a conclu que le dispositif procédural prévu par cet article visait essentiellement à éviter tout retard dans la procédure¹⁹. Partant, elle a considéré que, dans le cadre de l'article 19-4, l'expression à *l'ouverture du procès* s'entendait comme le moment de la constitution de la Chambre de première instance, puis elle a exposé le régime de recevabilité en trois phases décrit plus haut.

14. La Défense soutient que, la Chambre de première instance ayant mal interprété l'expression à *l'ouverture du procès* figurant à l'article 19-4, son raisonnement concernant la question de savoir à quel stade une exception d'irrecevabilité peut être soulevée et pour quels motifs est erroné. Cela ressort 1) du sens ordinaire du terme « procès » dans le contexte des instruments juridiques et de la jurisprudence de la CPI ; 2) de l'objet et du but de l'article 19 dans le contexte du Statut et du Règlement dans leur ensemble.

Sens ordinaire du terme procès

15. D'après la Défense, l'utilisation du terme « procès » ne crée aucune ambiguïté. Elle soutient que, dans son acception ordinaire, le terme « procès » ne peut avoir d'autre

procès). La Défense remercie Sergey Vasiliev, Nassira Mejaiti et Haizhen Zhao pour l'interprétation qu'ils ont faite respectivement de la version russe, arabe et chinoise.

¹⁶ Décision, par. 40.

¹⁷ Décision, par. 41.

¹⁸ Décision, par. 42 et 43.

¹⁹ Décision, par. 44 à 46.

signification que celle-ci : la période qui s'ouvre avec les déclarations liminaires qui précèdent la comparution des témoins. En effet, sur le site Internet de la CPI, dans la partie réservée à l'affaire concernant Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo, il est indiqué : « Ouverture du procès : 24 septembre 2009²⁰ ».

16. Nombre de dispositions du Statut, du Règlement de procédure et de preuve, et du Règlement de la Cour ont adopté une définition restrictive du terme « procès », en le limitant à la phase de présentation des éléments de preuve et des débats à l'audience. La Chambre de première instance le reconnaît dans sa décision et dresse une longue liste d'exemples : articles 61-5, 61-9, 64-3-c, 64-6, 64-8-b, 64-10, 74-2, 76-1, 83-2-b, 84-1-b du Statut de Rome ; la règle 64-2 dans sa rédaction française²¹, les règles 77, 78, 81-2, 81-4, 84, 94-2, 128-1, 132-1, 134-1, 134-2, 135-4 et 138 du Règlement de procédure et de preuve ; les normes 55-2 et 56 du Règlement de la Cour²².
17. La Chambre de première instance cite également l'interprétation faite par la Chambre de première instance I de l'expression « avant que le procès ne commence » figurant à l'article 61-9 du Statut : « Bien qu'aucune définition ne soit fournie quant au moment où le procès est considéré comme ayant commencé, les juges de la Chambre sont persuadés que cette expression signifie l'ouverture effective du procès, c'est-à-dire lorsque sont prononcées les éventuelles déclarations liminaires, avant la comparution des témoins²³ ».
18. La Chambre de première instance II avait déjà eu l'occasion de confirmer que le procès commençait au moment où l'Accusation faisait sa déclaration liminaire, suivie de la présentation des éléments de preuve. Lorsque, le 27 novembre 2008, la Chambre a demandé aux accusés de plaider coupable ou non coupable des chefs confirmés, elle a expliqué que cette possibilité leur était offerte au début des débats puisque « le déroulement serait, en effet, radicalement modifié si les accusés — ou l'un d'entre eux —

²⁰ <http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc%200104%200107/democratic%20republic%20of%20the%20congo?lan=fr-FR>.

²¹ La règle 64-2 du Règlement, dans sa version française, est ainsi libellée : « Les décisions prises par les Chambres en matière d'administration de la preuve sont motivées ; les motifs sont consignés dans le procès-verbal, s'ils ne l'ont pas été au cours du *procès* [...] ». Dans sa version anglaise, la règle dispose : « A Chamber shall give reasons for any rulings it makes on evidentiary matters. These reasons shall be placed in the record of the proceedings if they have not already been incorporated into the record during the course of the *proceedings* [...] ».

²² Décision, par. 40.

²³ Chambre de première instance I, Décision relative au statut, devant la Chambre de première instance, des témoignages entendus par la Chambre préliminaire et des décisions de la Chambre préliminaire dans le cadre des procédures de première instance, et aux modalités de présentation des éléments de preuve, 13 décembre 2007, ICC-01/04-01/06-1084-tFRA, par. 39. Voir aussi ICC-01/04-01/07-1197-Anx2, citée dans la Décision, par. 42.

manifestaient le souhait de plaider coupable²⁴ ». Elle a assuré à la Défense qu'« une nouvelle lecture des charges et une nouvelle proposition de plaider de culpabilité ou de non culpabilité sera[it] ouverte au début des débats sur le fond²⁵ ».

19. En outre, dans la Décision fixant la date du procès, la Chambre de première instance II a estimé que la « date du procès » mentionnée à la règle 132-1 du Règlement était la date d'ouverture des débats au fond²⁶.
20. De plus, aucune des dispositions que la Chambre de première instance invoque comme renvoyant au procès au sens large, en ce qu'il comprendrait une partie de la procédure préparatoire, ne vient étayer son interprétation du Statut comme donnant deux acceptions au terme « procès ». Les dispositions spécifiquement citées peuvent tout aussi bien renvoyer au « procès » au sens restrictif du terme, c'est-à-dire à la phase commençant par la déclaration liminaire de l'Accusation.
21. Même si certaines des dispositions sont ambiguës, celles où il est question de *l'ouverture du procès* ne le sont pas. Elles renvoient toutes clairement au commencement du procès proprement dit, qui s'ouvre avec la déclaration liminaire de l'Accusation²⁷. En outre, il est frappant que la Chambre de première instance cite les règles 132-1, 134-1, 134-2 et 135-4 comme exemples de dispositions qui prévoient que le procès commence avec la déclaration liminaire de l'Accusation. Elle considère pourtant que l'expression *à l'ouverture du procès* figurant dans la règle 133, qui concerne les exceptions d'incompétence ou d'irrecevabilité, renvoie au moment où la chambre de première instance est constituée. La Défense avance que cette distinction artificielle entre les acceptions d'un même terme dans différentes dispositions figurant dans un même chapitre intitulé « Le procès » est source de confusion, complètement illogique et arbitraire. En effet, on ne voit pas pourquoi le terme « procès » n'aurait pas le même sens dans la règle 133 que dans les règles précédentes et suivantes.
22. C'est lors de l'audience consacrée le 1^{er} juin 2009 à la recevabilité que la Défense a remarqué pour la première fois qu'il se pourrait que la Chambre de première instance II n'accorde pas, dans le contexte du dépôt d'une exception d'irrecevabilité, son sens

²⁴ ICC-01/04-01/07-T-52-FRA, conférence de mise en état du 27 novembre 2008, p. 10, lignes 14 et 15.

²⁵ ICC-01/04-01/07-T-52-FRA, conférence de mise en état du 27 novembre 2008, p. 15 lignes 4 à 7.

²⁶ Chambre de première instance II, Décision fixant la date du procès (règle 132-1 du Règlement de procédure et de preuve), 27 mars 2009, ICC-01/04-01/07-999.

²⁷ Les articles 61-9, 64-3-c et 64-8-a du Statut de Rome en sont des exemples très clairs.

ordinaire à l'expression à *l'ouverture du procès*. Pendant cette audience, la Chambre de première instance a demandé à la Défense et à l'Accusation de dire ce qui, selon elles, constituait l'ouverture du procès dans le contexte du dépôt d'une exception d'irrecevabilité de l'affaire. Les deux parties étaient d'accord pour dire que, conformément à la pratique suivie à la CPI, l'expression *ouverture du procès* devait, s'agissant du dépôt d'une exception d'irrecevabilité, recevoir une interprétation restrictive et renvoyait à « [TRADUCTION] l'ouverture formelle du procès, marquée par la présentation des déclarations liminaires, suivie de celle des éléments de preuve²⁸ ».

23. La Défense maintient cette définition, qui semble être étayée par les décisions des deux chambres de première instance de la CPI, la Chambre préliminaire²⁹, l'Accusation et les dispositions du Statut, du Règlement de procédure et de preuve et du Règlement de la Cour contenant le terme « procès ». La constitution de la chambre de première instance est une simple étape dans l'organisation générale de la procédure. En effet, l'article 61 du Statut traite de la confirmation. Le chapitre VI intitulé « Le procès » suit immédiatement les dispositions relatives à la confirmation. Aucun chapitre n'est consacré à la « phase préparatoire », bien qu'un laps de temps sépare la confirmation et le procès, quand bien même celui-ci commencerait, comme l'a indiqué la Chambre de première instance, dès la constitution de la Chambre. En conséquence, le fait que le chapitre consacré au procès suit immédiatement les dispositions consacrées à la confirmation ne signifie pas que tout ce qui vient après la confirmation relève du « procès ».

24. L'article 64, par exemple, énonce les fonctions et les pouvoirs de la chambre de première instance, et notamment celle d'assurer « la divulgation de documents ou de renseignements encore non divulgués, suffisamment tôt avant l'ouverture du procès pour permettre une préparation suffisante de celui-ci ». Il s'agit d'une fonction de préparation du procès et dans cette disposition, le terme « procès » renvoie au procès proprement dit, qui commence avec la déclaration liminaire du Procureur. Conformément à l'article 64-8-a, la Chambre de première instance aura fait donner lecture des charges à l'accusé. Cette disposition montre que le procès proprement dit commence après la lecture des charges et qu'un laps de temps sépare la confirmation et le procès. La lecture des charges ne constitue pas le commencement du procès.

²⁸ ICC-01/04-01/07-T-65-ENG, p. 45, ligne 12 à p. 46, ligne 2 (conclusions de l'Accusation) ; pour une interprétation similaire, voir aussi : p. 29, lignes 5 à 8 (conclusions de la Défense).

²⁹ Comme il ressort du paragraphe 54 de la Décision.

25. À supposer qu'il y ait ambiguïté, la Défense conteste fondamentalement la solution proposée par la Chambre de première instance d'interpréter le terme « procès » comme renvoyant parfois au procès proprement dit et parfois à la procédure commençant avec la constitution de la chambre de première instance. On ne saurait raisonnablement admettre que le terme « procès » prenne un sens différent en fonction de la finalité de la disposition le contenant. Cette solution irait à l'encontre de principes tels que la sécurité et la prévisibilité juridiques, serait source de confusion absolue et ouvrirait la voie à des interprétations arbitraires.
26. En conséquence, la Défense soutient que le terme procès devrait recevoir la même interprétation quelles que soient les dispositions du Statut, du Règlement de procédure et de preuve et du Règlement de la Cour considérées, interprétation qui devrait être conforme à l'acception ordinaire du terme procès, à savoir la période pendant laquelle les éléments de preuve sont présentés devant la chambre de première instance.

Objet et but de l'article 19

27. La Défense soutient que la Chambre a mal compris l'objet et le but de l'article 19. Pour les définir, celle-ci n'a eu recours qu'aux méthodes d'interprétation applicables aux traités (Convention de Vienne sur le droit des traités). La Défense avance que, en matière de justice internationale pénale, les méthodes d'interprétation relatives au droit pénal ont la même valeur. Dans cette optique, le principe d'interprétation *in dubio pro reo* est pertinent. Si la Chambre de première instance reconnaît que le libellé des textes n'est pas équivoque³⁰, il y a tout lieu de les interpréter en faveur de l'accusé.
28. La Chambre de première instance a jugé que le dispositif procédural de l'article 19 visait essentiellement à éviter tout retard dans la procédure³¹. Cependant, cette disposition ne vise pas uniquement à accélérer la procédure ; elle porte sur l'attribution d'un droit — réel et effectif — à l'accusé. Le droit d'un accusé de contester la recevabilité de l'affaire portée contre lui a été largement défendu lors des négociations relatives au Statut de Rome³². La Chambre de première instance ne semble toutefois pas avoir considéré que ce droit s'inscrivait dans le cadre de l'objectif poursuivi. Au contraire, l'interprétation

³⁰ Décision, par. 56.

³¹ Décision, par. 44 à 46.

³² J. T. Holmes, « The principle of complementarity », in *The International Criminal Court – The making of the Rome Statute*, R. Lee (Dir. pub.), Kluwer Law International, 1999, p. 61.

offerte par la Chambre de l'article 19-4 fait considérablement obstacle à l'exercice effectif de ce droit, en le limitant à la période allant jusqu'à la confirmation, sauf lorsque le recours est fondé sur le principe *ne bis in idem*.

29. Sur le fond, lorsque le critère du même comportement demeure applicable, point que la Chambre de première instance n'aborde pas, ce n'est qu'après la décision relative à la confirmation des charges que la Défense est en mesure de comparer les enquêtes et les poursuites menées au niveau national et devant la CPI. On ne saurait raisonnablement s'attendre à ce que la Défense se livre à des conjectures sur l'issue de l'audience de confirmation des charges. L'argument avancé au paragraphe 47 de la Décision s'applique aussi bien au présent critère du même comportement qu'au critère *non bis in idem*.
30. Ce constat est encore plus manifeste en ce qui concerne les exceptions d'incompétence, auxquelles l'interprétation faite par la Chambre des dispositions pertinentes trouverait également à s'appliquer. L'article 19-4 n'opère aucune distinction entre le stade auquel doivent être soulevées les exceptions d'irrecevabilité et celui du dépôt des exceptions d'incompétence. Si la Défense était contrainte de soulever une exception d'incompétence avant que la décision relative à la confirmation des charges ne soit rendue, elle serait dans une situation particulièrement difficile. Ce n'est souvent qu'après la confirmation que la Défense est en mesure de connaître la portée temporelle et géographique des charges, ainsi que la définition des crimes, de façon à pouvoir contester efficacement la compétence.
31. Si la durée qui s'écoule entre l'arrestation et la confirmation peut varier d'une affaire à l'autre, on s'attendait initialement à ce qu'elle soit relativement courte. La Défense fait valoir qu'il serait très difficile pour les équipes de la défense, qui ne disposent que d'un seul conseil pendant la phase précédant la confirmation des charges, de répondre aux exigences d'une nouvelle affaire et d'une institution nouvelle, de gérer un nombre considérable de documents qu'il faut assimiler et auxquels il faut présenter une réponse, d'examiner les éléments de preuve et d'autres pièces, et de s'acquitter d'autres tâches connexes telles que la préparation et la rédaction d'importantes conclusions, comme celles touchant à une exception d'irrecevabilité, et, à plus forte raison, de conduire les investigations nécessaires sur la question.

32. Il est donc clair que la procédure menant à la confirmation ne donne pas à la Défense le temps suffisant pour préparer comme il se doit une exception d'irrecevabilité ou d'incompétence. La présente équipe de la Défense a eu des difficultés à obtenir toutes les informations pertinentes pour préparer avant la confirmation des charges un dossier solide du point de vue des faits³³. Obliger la Défense à travailler si vite est source d'iniquité et porte atteinte au droit de l'accusé de contester la recevabilité de l'affaire ou la compétence de la Cour, surtout lorsqu'il ne peut exercer ce droit qu'une fois. En outre, la procédure de confirmation s'en trouve sans aucun doute retardée, ce qui cause un préjudice considérable à l'accusé.
33. La Chambre de première instance se fonde principalement à cet égard sur l'article 19-5, qui fait obligation aux États ayant l'intention de soulever une exception d'irrecevabilité de le faire le plus tôt possible. Toutefois, l'article 19-5 mentionne explicitement les États et non pas les accusés. On voit donc difficilement comment ces dispositions pourraient être étendues à un accusé. L'intention des auteurs du Statut était clairement de n'inclure que les États. Compte tenu des différences existant entre un État et un individu s'agissant des possibilités d'obtenir les pièces nécessaires pour fonder une exception d'irrecevabilité, cette distinction est tout à fait raisonnable.
34. Cette différence de traitement entre les États et les accusés quant au stade auquel ils peuvent et devraient soulever une exception d'irrecevabilité a fait l'objet de discussions lors des négociations relatives au Statut de Rome. À cette occasion, on a fait observer qu'il ne devrait pas être fait de distinction entre les droits de l'État et ceux de l'accusé s'agissant de déterminer quand l'un ou l'autre pouvait contester la compétence de la Cour³⁴. Malgré l'expression de ce point de vue, l'article 19-5 a bien été inclus dans le

³³ ICC-01/04-01/07-T-65-ENG/TWT, 1^{er} juin 2009 (conclusions présentées par David Hooper), p. 33 et 34.

³⁴ Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale, vol. I (Travaux du Comité préparatoire en mars-avril et août 1996), Documents officiels de l'Assemblée générale, Cinquante et unième session, Supplément n° 22 (A/51/22), par. 250 :

On a fait observer que la possibilité de contester la compétence de la Cour ne devrait qu'exceptionnellement être offerte durant le procès. La découverte de faits nouveaux pouvant influencer sur la façon dont serait tranchée la question de la compétence compterait parmi les motifs de déroger ainsi à la règle. On a également fait observer qu'un fugitif ne devrait pas être autorisé à contester la compétence de la Cour, tirant ainsi parti des garanties offertes par sa procédure tout en se réservant la possibilité de refuser de se soumettre si elle se prononçait en sa défaveur. La question a également été soulevée de savoir si un accusé devrait être autorisé à attendre qu'un procès tire à sa fin pour contester la compétence de la Cour lorsqu'il aurait pu le faire beaucoup plus tôt. On a fait observer aussi qu'il ne devrait pas être fait de distinction entre les droits de l'État et ceux de l'accusé s'agissant de déterminer quand l'un ou l'autre pouvait contester la compétence de la Cour. L'alinéa b) de l'article 34 devrait donc être supprimé. 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

Statut de Rome, et il ne mentionne que les États, l'accusé en ayant été explicitement et délibérément exclu.

35. La position de l'accusé n'est pas la même que celle d'un État. L'Accusation est tributaire de la coopération des États pour l'exécution des mandats d'arrêt. En conséquence, si l'État soutient que la recevabilité pose problème, ce problème doit être réglé le plus tôt possible pour éviter tout retard dans la procédure d'arrestation. À défaut, les États réticents pourraient délibérément tenter de gagner du temps avant de coopérer en transférant un accusé.
36. L'accusé est généralement informé du mandat d'arrêt délivré à son encontre bien après l'État. En l'espèce, Germain Katanga n'a été informé du mandat d'arrêt que le jour de son transfert à La Haye. En conséquence, il n'a pu ne serait-ce qu'envisager la question de la recevabilité qu'à son arrivée à La Haye, après la constitution de son équipe de défense, soit plusieurs mois après que l'État n'ait eu cette possibilité. Étant donné que les exceptions d'irrecevabilité peuvent porter non seulement sur la conduite d'un État mais également sur celle de l'Accusation devant la CPI, l'accusé doit nécessairement disposer de davantage de temps qu'un État pour contester la recevabilité de l'affaire.
37. De plus, l'article 19-6 traite des exceptions d'irrecevabilité soulevées avant et après la confirmation des charges. Il dispose que, après la confirmation des charges, les exceptions d'irrecevabilités sont renvoyées à la Chambre de première instance. Rien dans cette disposition ne permet de penser que les exceptions d'irrecevabilité soulevées après la confirmation des charges font l'objet de restrictions et ne peuvent être fondées que sur le principe *ne bis in idem*.
38. La Chambre déclare en outre que la règle 60 — qui complète l'article 19-6 et permet que des exceptions d'irrecevabilité soient adressées à la Présidence après la confirmation des charges — montre que les auteurs du Statut et du Règlement entendaient que de telles exceptions soient soumises le plus tôt possible³⁵. La Défense conteste que l'existence de la règle 60 permette de tirer une telle conclusion. Elle montre au contraire que des exceptions d'irrecevabilité peuvent être soulevées après la confirmation des charges, sans aucune restriction semble-t-il. À première vue, l'article 19-6 et la règle 60 ne peuvent être

meilleure manière de répartir les pouvoirs de poursuite entre la Cour et les États, et l'accusé n'avait pas voix au chapitre.

³⁵ Décision, par. 44.

considérés comme étayant l'avis de la Chambre selon lequel les exceptions d'irrecevabilité doivent être soulevées le plus tôt possible. Rien dans ces dispositions ne donne à penser que telle était l'intention des auteurs du Statut. Il n'est pas non plus possible, ni logique, de voir dans ces dispositions une restriction imposant artificiellement que les exceptions d'irrecevabilité postérieures à la confirmation des charges ne puissent se fonder que sur le principe *ne bis in idem*, et qu'après la constitution de la chambre de première instance, elles ne puissent être soulevées que dans des circonstances exceptionnelles et avec l'autorisation de la Cour.

39. La Défense relève enfin l'observation suivante, faite par la Chambre de première instance : « Sans préjuger d'une interprétation contraire résultant d'une analyse plus approfondie que pourrait donner la Chambre ou toute autre chambre appelée à se prononcer sur l'une de ces dispositions [...]»³⁶ ». Elle se demande si on peut en conclure qu'une analyse plus approfondie aurait pu aboutir à un résultat différent. Dans ce cas, on se demande pourquoi la Chambre de première instance n'a pas immédiatement procédé à une analyse plus approfondie des dispositions pertinentes.
40. En conséquence, si on peut avancer que la Défense a déposé son exception d'irrecevabilité tardivement, tout en justifiant de raisons valables, on ne saurait raisonnablement considérer que le dépôt d'une exception à un tel stade est contraire au Statut ou au Règlement de procédure et de preuve.
41. La Défense a conscience que l'interprétation erronée, par la Chambre de première instance, du délai-limite de dépôt d'une exception préjudicielle au regard de l'article 19-4 du Statut de Rome ne lui a causé aucun préjudice puisque la Chambre s'est prononcée sur le bien-fondé de l'exception. Elle demande néanmoins à la Chambre d'appel d'examiner l'interprétation erronée faite par la Chambre de première instance et de la corriger comme l'y autorise l'article 83-2-a du Statut. L'interprétation, par la Chambre de première instance, de l'expression « ouverture du procès » pourrait avoir de larges répercussions et être source de confusion pour l'interprétation d'autres dispositions concernant l'ouverture du procès. Il importe également, pour de futurs requérants, que l'erreur de la Chambre de première instance soit rectifiée.

³⁶ Décision, par. 38.

B. Le document concernant Bogoro et les documents connexes auraient dû être portés à l'attention de la Chambre préliminaire

42. La Défense soutient qu'il sera souvent dans l'intérêt de la Cour, du suspect et de l'État concerné d'examiner la question de la recevabilité à l'occasion du traitement de la demande de délivrance d'un mandat d'arrêt. En conséquence, même si, dans les paragraphes 61 à 65 de la Décision, la Chambre de première instance suit l'avis de la Chambre d'appel selon lequel le Procureur n'est pas tenu de communiquer à la Chambre préliminaire « les éléments de fait nécessaires pour se prononcer sur la recevabilité de l'affaire » lorsqu'il demande la délivrance d'un mandat d'arrêt, la Défense estime que cette position n'est pas conforme au principe de complémentarité et abouti en outre à un gaspillage inutile des ressources de la Cour. La Défense est donc d'avis que l'administration équitable et efficace de la justice exige que la partie qui a la charge de l'accusation communique en toute transparence l'intégralité des faits pertinents.
43. En tout état de cause, la Défense soutient que même si on applique le critère admis par la Chambre de première instance selon lequel le Procureur doit communiquer à la Chambre préliminaire tous les documents « décisifs » la mettant en mesure d'exercer effectivement le pouvoir discrétionnaire que lui reconnaît la Chambre d'appel dans des cas évidents d'irrecevabilité³⁷, la Chambre de première instance a eu tort de conclure que le document indiquant que le comportement criminel que Germain Katanga aurait eu à Bogoro faisait l'objet d'une enquête en RDC (« le document Bogoro »)³⁸ et d'autres documents connexes³⁹ n'étaient pas « décisifs ».
44. La Défense avance que la Chambre de première instance a commis plusieurs erreurs qui l'ont amenée à conclure à tort que, conformément au critère établi par la Chambre d'appel, ni le document Bogoro, ni aucun des documents connexes, ni la somme de ces documents n'auraient dû être transmis à la Chambre préliminaire.

³⁷ Décision, par. 65.

³⁸ Requête aux fins de prorogation de la détention provisoire, 2 mars 2007, ICC-01/04-01/07-891-Conf-Exp-AnxH1. En exécution de la décision rendue oralement par la Chambre de première instance II le 1^{er} juin 2009, ce document a été rendu public. ICC-01/04-01/07-T-65-ENG WT, 1^{er} juin 2009, p. 20, ligne 21.

³⁹ Annexes jointes à l'exception d'irrecevabilité de l'affaire soulevée par la Défense, ICC-01/04-01/07-891-Conf-Exp, Annexes A à Z, comprenant 51 documents, qui portent tous sur les enquêtes menées contre Germain Katanga en RDC. Un seul de ces 51 documents (déclaration du conseil de Germain Katanga, M^e Mutuale, AnxD2) ne pouvait être en possession de l'Accusation au moment de la délivrance du mandat d'arrêt.

45. Premièrement, la Chambre de première instance semble avoir conçu un critère laissant cette appréciation presque à l'entière discrétion du Procureur⁴⁰. Inévitablement, la Chambre préliminaire devient ainsi pleinement tributaire de l'appréciation du Procureur quant à ce qu'il considère être des « éléments d'information décisifs ». À défaut de paramètres objectifs, la Chambre préliminaire se trouve privée de toute possibilité de superviser effectivement à un stade très précoce les questions ayant trait à la recevabilité, ce qui est source de risques et de préjudices pour la Cour, le suspect et l'État concerné.
46. Compte tenu de l'importance de la question, la Défense propose un autre critère, selon lequel les éléments d'information « décisifs » devant être communiqués à la Chambre préliminaire devraient au moins englober les documents nationaux pertinents concernant l'arrestation et la détention. L'arrestation et la détention prolongée d'un individu sur la base, notamment, d'une accusation qui touche à l'essence même du dossier du Procureur — et qui, en fait, constitue le dossier du Procureur — ne sauraient être considérées autrement que comme des informations présentant un caractère véritablement décisif. Avec le recul, et après avoir entendu toutes les parties concernées, y compris les autorités de la RDC, lors d'une audience consacrée le 1^{er} juin 2009 à la recevabilité, la Chambre de première instance a conclu que le document Bogoro ne semblait pas contenir d'informations décisives sur les « circonstances de l'affaire⁴¹ ». Cette conclusion peut être tirée à présent, mais aurait toutefois pu ne pas nécessairement s'imposer au moment où la Chambre préliminaire statuait sur la recevabilité. La Défense soutient que, dans le cadre de l'examen à ce stade de l'exception d'irrecevabilité, la Chambre de première instance ne saurait se substituer à la Chambre préliminaire en exerçant à la première occasion le pouvoir de supervision qui appartient à cette dernière.
47. D'un point de vue pratique, la communication en temps voulu à la Chambre préliminaire du document Bogoro et des documents connexes aurait au moins permis à celle-ci de se former une opinion sur la nature du document. La Chambre préliminaire se serait peut-être rangée à l'avis de l'Accusation et aurait déclaré l'affaire recevable malgré les documents susmentionnés. D'un autre côté, elle aurait peut-être mené d'autres investigations et même suspendu la procédure d'arrestation dans l'attente d'autres informations, voire indéfiniment. Quoi qu'il en soit, la Chambre préliminaire aurait dû avoir la possibilité de

⁴⁰ Décision, par. 69.

⁴¹ Décision, par. 72.

prendre de telles mesures, ce qui est de loin préférable à se retrouver devant un fait accompli après la remise de l'accusé à la Cour.

48. Deuxièmement, la Défense avance que la Chambre de première instance a commis une erreur dans l'appréciation de l'importance du document Bogoro en exigeant apparemment un certain degré de précision⁴². Cette exigence est remarquable dans la mesure où, par nature, le stade de l'enquête est marqué par l'incertitude car, par définition, il vise à clarifier les choses. Pourtant, un État devrait avoir la possibilité de mener à bien ses enquêtes et il serait trop strict, dans le cadre de la détermination de la recevabilité, d'exiger que soient exposés avec précision des éléments tels que la date de commission du crime ou la forme de responsabilité. De plus, la Chambre de première instance n'a établi ni le degré ni le type de précision qu'elle attend au sujet des enquêtes nationales.

49. Troisièmement, la Chambre de première instance s'est uniquement penchée sur l'importance du document Bogoro. S'il est vrai que, dans les conclusions qu'elle a présentées oralement le 1^{er} juin 2009, la Défense s'est essentiellement concentrée sur le document Bogoro, nombre de documents connexes sont mentionnés dans l'exception d'irrecevabilité de l'affaire soulevée initialement⁴³. De l'avis de la Défense, la somme de ces documents donne clairement à penser que la RDC menait une enquête sur le comportement criminel qu'auraient adopté Germain Katanga et certains de ses codétenus dans la région de l'Ituri, y compris à Bogoro. Étant donné que, au total, près de 50 documents indiquaient directement ou indirectement que ce prétendu comportement criminel allégué de Germain Katanga et d'autres à Bogoro et dans les villages voisins faisait l'objet d'une enquête en RDC, il était tout à fait inacceptable de priver la Chambre préliminaire de ces informations. Même si la Chambre d'appel n'est pas convaincue que chaque document puisse, en soi, être qualifié de « décisif », la somme de ces documents devrait recevoir cette qualification.

50. En conséquence, la Défense soutient que la Chambre de première instance a eu tort de conclure que le Procureur n'était pas tenu de porter à l'attention de la Chambre préliminaire le document Bogoro et les documents connexes, qui lui auraient permis d'exercer son pouvoir discrétionnaire en matière d'examen de la recevabilité dans le cadre de la procédure d'arrestation.

⁴² Décision, par. 70 et 71.

⁴³ Voir note de bas de page 39.

51. Cette erreur a amené la Chambre de première instance à conclure à tort au bien-fondé de la décision initialement rendue par la Chambre préliminaire sur la recevabilité. La Défense soutient que, si la Chambre n'avait pas versé dans l'erreur en concluant, en fait et en droit, que les documents en question n'avaient pas à être communiqués à la Chambre préliminaire, elle aurait conclu que la décision initiale était entachée d'erreur. Si la Chambre préliminaire avait pu consulter ces documents, elle aurait parfaitement pu parvenir à une autre conclusion sur la recevabilité de l'affaire. La Défense demande donc à la Chambre d'appel d'annuler cette partie de la Décision en application de l'article 83-2-a.

C. La Chambre a donné du manque de volonté une définition erronée au vu de l'article 17-2 et du principe de complémentarité

52. La Chambre a conclu qu'un État peut être considéré comme n'ayant pas la volonté en question non seulement pour les motifs exposés à l'article 17-2, à savoir lorsqu'il n'a pas véritablement l'intention de traduire une personne en justice parce qu'il souhaite la soustraire à sa responsabilité pénale, mais également lorsqu'il choisit de ne pas enquêter sur une personne ou de ne pas la poursuivre devant ses propres juridictions, mais se montre par ailleurs déterminé à ce que justice soit faite⁴⁴.

53. La Chambre reconnaît que cette deuxième forme du manque de volonté n'est pas explicitement prévue à l'article 17 du Statut mais considère qu'elle est conforme à l'objet et au but du Statut, car « elle respecte l'intention de ses rédacteurs de “mettre un terme à l'impunité”, tout en adhérant au principe de complémentarité⁴⁵ ».

54. La Chambre de première instance conclut donc que l'article 17-2 ne traite pas exclusivement des cas prévus en ses alinéas a), b) et c) mais qu'il constitue une disposition non directive, pouvant également s'appliquer à un État qui n'aurait pas la volonté d'enquêter ou de poursuivre pour toute autre raison.

⁴⁴ Décision, par. 77.

⁴⁵ Décision, par. 78.

55. Avec tout le respect dû, la Défense fait valoir que la Chambre de première instance a élargi à tort la définition du « manque de volonté » d'une manière 1) non envisagée par les auteurs du Statut et non conforme à son objet et à son but ; et 2) contraire aux valeurs fondamentales qui sous-tendent le principe de complémentarité.

Portée du manque de volonté, comme prévu dans le Statut

56. L'article 17-2 du Statut dispose ce qui suit :

Pour déterminer s'il y a manque de volonté de l'État dans un cas d'espèce, la Cour considère l'existence, 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'État 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 ;
- 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.

57. La Défense soutient que l'article 17-2 contient une liste exhaustive de circonstances permettant d'établir le manque de volonté de l'État de véritablement traduire une personne en justice. Il ressort à l'évidence du libellé de l'article 17-2 que cette disposition instaure un régime complet en soi, ne laissant pas la place à une quelconque latitude d'invoquer d'autres formes du manque de volonté que celles décrites en ses alinéas a), b) ou c). De fait, l'article 17-2 dispose que la Cour considère l'existence de l'une ou l'autre des circonstances décrites aux alinéas a), b) ou c). Il ne dispose pas que la Chambre peut considérer ces circonstances, pas plus qu'il ne comprend d'expression laissant penser que la Cour ait une quelconque latitude de considérer des circonstances autres que celles prévues à l'article 17-2. La Défense fait valoir que si les auteurs du Statut entendaient permettre à la Chambre de définir le « manque de volonté » d'une manière plus large que ce qui est prévu à l'article 17-2, ils auraient explicité pareille intention en incluant une expression du type « y compris mais sans s'y limiter », « *inter alia* », « entre autres », « tel que » ou « par exemple »,

de façon à indiquer que la Chambre peut aller au-delà du contenu de l'article 17-2 lorsqu'elle doit définir le « manque de volonté ».

58. La thèse de la Défense, selon laquelle l'article 17-2 présente une liste exhaustive de circonstances que la Cour doit considérer pour déterminer si un État a véritablement la volonté de traduire une personne en justice des manières prévues aux alinéas a) et b) de l'article 17-1, est étayée non seulement par le sens ordinaire de la disposition en question mais également par les travaux de doctrine. Par exemple, S.A. Williams a dit des circonstances énumérées à l'article 17-2 qu'« [TRADUCTION] elles constituent une liste exhaustive⁴⁶ ».

59. De plus, J. Holmes, qui était le rapporteur chargé de l'article 17 dans le cadre des travaux du Comité préparatoire en 1997 et des négociations relatives au Statut de Rome, a considéré que « [TRADUCTION] comme le principal but poursuivi à travers l'inclusion d'une disposition sur le "manque de volonté" était d'empêcher la possibilité de procès factices destinés à protéger des criminels, ce critère a été facilement inclus⁴⁷ ». Dans le même ordre d'idées, H. Olasolo a déclaré au sujet des circonstances exposées à l'article 17-2 qu'elles « [TRADUCTION] ont été conçues pour couvrir des scénarios dans lesquels, en dépit de l'existence de lourdes preuves à charge, les tribunaux nationaux des États en question rendent des jugements acquittant les accusés ou leur infligeant des peines clairement insuffisantes au regard de la gravité des crimes dont ils ont été reconnus coupables⁴⁸ ».

60. De surcroît, l'article 17 donne effet au principe de complémentarité, qui est le principe directeur lorsqu'il s'agit de déterminer si une affaire est recevable⁴⁹. De fait, ainsi que l'indique J. Holmes, « [TRADUCTION] comme le principe lui-même avait déjà été développé dans l'article 17, les délégations ont décidé qu'il n'était plus nécessaire de lui consacrer davantage de développements dans le Préambule et que l'énoncé du

⁴⁶ S. A. Williams, « Article 17 – Issues of admissibility », in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, O. Triffterer (Dir. pub.), Beck, 2008, p. 622 et 623 ; voir aussi H. Olasolo, *The triggering procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff, 2005, p. 150.

⁴⁷ J. T. Holmes, « The principle of complementarity », in *The International Criminal Court – The making of the Rome Statute*, R. Lee (Dir. pub.), Kluwer Law International, 1999, p. 50.

⁴⁸ H. Olasolo, *The triggering procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff, 2005, p. 153.

⁴⁹ J. T. Holmes, « The principle of complementarity », in *The International Criminal Court – The making of the Rome Statute*, R. Lee (Dir. pub.), Kluwer Law International, 1999, p. 56 ; S.A. Williams, « Article 17 – Issues of admissibility », in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, O. Triffterer (Dir. pub.), Beck, 2008, p. 613.

principe de base suffirait⁵⁰ ». Partant, et conformément à l'objectif poursuivi par les auteurs du Statut, qui se sont efforcés de donner la définition la plus précise et la plus objective possible des concepts de manque de volonté et d'incapacité⁵¹, l'article 17 doit être interprété de manière restrictive.

61. Par conséquent, si la Chambre d'appel n'accepte pas l'argument selon lequel le « manque de volonté » ne peut se définir que dans les termes prévus à l'article 17-2, il faudrait à tout le moins que le manque de volonté soit justifié par des motifs valables ou similaires à ceux exposés à l'article 17-2.

Principe de complémentarité

62. La Chambre de première instance est d'avis que dans l'intérêt de la lutte contre l'impunité et conformément au principe de complémentarité, un État peut renoncer à son droit de poursuivre des personnes pour des crimes internationaux et choisir de ne pas contester la recevabilité d'une affaire, alors même qu'il existerait des motifs objectifs de soulever une exception. Il en résulterait, selon la Chambre, que la lutte contre l'impunité ne serait pas desservie par une interprétation extensive de l'article 17-2⁵².

63. La Chambre de première instance estime de plus qu'indépendamment du « devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux », tel que consacré par le paragraphe 6 du Préambule, l'État peut décliner d'exercer sa juridiction criminelle sur une personne présumée responsable de crimes internationaux pour la simple raison qu'il juge plus opportun que la CPI exerce sa compétence sur cette personne. De l'avis de la Chambre, un État qui est capable de poursuivre s'acquitterait de son devoir de sanctionner les crimes internationaux dès lors qu'il transférerait des affaires à la CPI et lui apporterait son entière coopération⁵³.

64. Rejetant ce raisonnement, la Défense soutient qu'il emporte violation du paragraphe 6 du Préambule, ainsi que des valeurs fondamentales qui sous-tendent le principe de

⁵⁰ J. T. Holmes, « The principle of complementarity », in *The International Criminal Court – The making of the Rome Statute*, R. Lee (Dir. pub.), Kluwer Law International, 1999, p. 55.

⁵¹ J. T. Holmes, « The principle of complementarity », in *The International Criminal Court – The making of the Rome Statute*, R. Lee (Dir. pub.), Kluwer Law International, 1999, p. 48 à 56 et 74.

⁵² Décision, par. 78.

⁵³ Décision, par. 79.

complémentarité, tel que consacré par le Préambule et les articles premier et 17 du Statut de Rome. En effet, le fait d'accorder aux États un droit inconditionnel de ne pas poursuivre compromettrait gravement tout encouragement d'exercer les poursuites qui leur est prodigué et, par conséquent, l'application correcte du principe de complémentarité.

65. Cette interprétation du principe de complémentarité et du devoir des États de poursuivre, tels qu'exposés dans le Préambule, est contredite par l'opinion suivante, exprimée par la Chambre préliminaire dans l'affaire *Le Procureur c. Kony et autres* :

« [TRADUCTION] La complémentarité est le principe qui permet de réconcilier le devoir permanent des États de soumettre à leur juridiction les crimes internationaux et la création d'une cour pénale internationale permanente ayant compétence à l'égard des mêmes crimes ; la recevabilité est le critère permettant de déterminer, dans une affaire donnée, si c'est à une juridiction nationale ou à la Cour d'intervenir⁵⁴ ».

66. Permettre aux États de transférer des affaires à la CPI alors même qu'ils sont capables de les traiter à l'échelon national constituerait une négation de leur responsabilité permanente, et principale, de poursuivre les auteurs de crimes internationaux. Cela irait totalement à l'encontre de l'article premier du Statut, aux termes duquel la Cour « est complémentaire des juridictions pénales nationales ». Cela violerait également l'article 17, consacrant le principe selon lequel les États qui ont la volonté et la capacité de le faire devraient traiter à l'échelon national les affaires relatives à des crimes internationaux.

67. L'un des objectifs poursuivis à travers la création de la CPI était d'encourager les États à enquêter sur les crimes internationaux, à en poursuivre les auteurs et à renforcer la capacité de leur système juridique de le faire. Les auteurs du Statut de Rome envisageaient la Cour comme une juridiction de dernier ressort, ne devant intervenir que dans les circonstances les plus exceptionnelles, lorsqu'un État est véritablement incapable ou n'a véritablement pas la volonté de prendre des mesures sur le plan national. Pour la CPI, le signe du succès serait l'absence ou la rareté des affaires, dans la mesure où la majorité des affaires feraient l'objet d'enquêtes et de poursuites nationales.

⁵⁴ *Le Procureur c. Kony et autres, Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute*, ICC-02/04-01/05, 10 mars 2009, par. 34.

68. Ce point de vue rejoint celui de J. T. Holmes, selon lequel :

« [TRADUCTION] tout au long du processus de négociation, les États ont clairement affirmé que le système le plus efficace et le plus viable pour traduire en justice les auteurs de crimes graves devait se baser sur des procédures nationales, complétées par les travaux d'une cour internationale. Pareil système renforcerait la responsabilité principalement dévolue aux États de prévenir le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, et d'en punir les auteurs — obligations par lesquelles tous les États étaient liés en vertu du droit international coutumier et conventionnel⁵⁵ ».

69. Dans le même ordre d'idées, H. Olasolo a considéré que « [TRADUCTION] le principe de complémentarité répond à deux objectifs principaux : premièrement, promouvoir les enquêtes et les poursuites menées dans les systèmes nationaux au sujet des “crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale”, dans le plein respect des principes de justice consacrés par le Statut de Rome ; et, deuxièmement, éradiquer, à travers l'action en dernier ressort de la CPI, le virus de l'impunité des auteurs de tels crimes, qui empêche les systèmes nationaux de mener les enquêtes et les poursuites⁵⁶ ».

70. H. Olasolo ajoute ce qui suit :

« [TRADUCTION] à l'instar de sa large portée personnelle, la configuration dynamique du principe de complémentarité sacrifie dans une certaine mesure le rôle que la CPI pourrait tenir dans le cadre des enquêtes et des poursuites relatives aux crimes visés par le Statut de Rome, dans le but de renforcer l'incitation faite aux systèmes nationaux d'enquêter sur de tels crimes et d'en poursuivre les auteurs. On peut donc conclure que le Statut de Rome a créé une “cour-cerbère” qui, d'un côté, incite les États à enquêter et poursuivre s'ils souhaitent éviter que la CPI engage des enquêtes et poursuites s'agissant des crimes commis dans le cadre de situations survenant sur leur territoire ou dans lesquelles leurs ressortissants ont joué un rôle substantiel et, de l'autre, légitime indirectement les enquêtes et poursuites nationales conduites sous la supervision de la Cour⁵⁷ ».

71. En somme, lorsque le devoir de chaque État d'exercer sa juridiction sur les personnes présumées responsables de crimes internationaux est interprété à la lumière des

⁵⁵ J. T. Holmes, « The principle of complementarity », in *The International Criminal Court – The making of the Rome Statute*, R. Lee (Dir. pub.), Kluwer Law International, 1999, p. 74.

⁵⁶ H. Olasolo, *The triggering procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff, 2005, p. 146 et 147.

⁵⁷ Ibid., p. 168 et 169.

articles premier et 17 du Statut de Rome et de l'intention des auteurs de ce statut, il devient évident que la Cour ne peut exercer sa compétence sur une affaire que si un État n'a pas la volonté ou est dans l'incapacité de traduire véritablement une personne en justice, et non pas lorsqu'il préfère simplement que la CPI se charge de l'affaire.

72. Par conséquent, la Chambre de première instance a donné une interprétation erronée de l'expression « manque de volonté », telle que définie dans l'article 17-2, ce qui constitue une erreur de droit qui a sérieusement entaché la décision. Si ce n'était cette erreur de droit, la Chambre de première instance aurait abouti à une conclusion différente en ce qui concerne la recevabilité de l'affaire et elle aurait conclu que la RDC avait bien la volonté de poursuivre Germain Katanga à l'échelon national. La Défense demande donc à la Chambre d'appel d'annuler cette partie de la Décision en application de l'article 83-2-a.

D. La Chambre de première instance a confondu manque de volonté et incapacité

73. Dans sa Décision⁵⁸, la Chambre de première instance affirme qu'un État peut décider de transférer une affaire à la Cour s'il n'a pas la volonté de soumettre l'affaire à sa propre juridiction, parce qu'il estime être dans l'incapacité de conduire un procès équitable et efficace ou lorsqu'il considère que les circonstances ne sont pas propices à la conduite efficace des enquêtes ou des procès. Pour la Défense, pareille analyse relève de l'*Etikettenschwindel*. Ces exemples n'illustrent pas le « manque de volonté » mais l'« incapacité ». Les exemples de « manque de volonté » donnés par la Chambre de première instance sont erronés car cette logique ferait de tout refus un « manque de volonté ».

74. Des régimes distincts s'appliquent à l'incapacité et au manque de volonté. L'incapacité est envisagée à l'article 17-3 et le manque de volonté à l'article 17-2. C'est pourquoi il y a une différence entre les motifs fondant les allégations de (manque de) volonté et ceux se rapportant à l'(in)capacité et, partant, entre les analyses à effectuer dans chacun des deux cas.

75. Jusqu'à ce que la Chambre de première instance rende sa décision, la question de la volonté n'avait été ni soulevée ni débattue, et n'était même pas au nombre des

⁵⁸ Au paragraphe 80.

questions litigieuses. Même à l'audience du 1^{er} juin 2009, le débat s'est articulé autour de l'incapacité présumée de la RDC et non pas de son manque présumé de volonté. La Chambre n'a posé aucune question concrète au sujet du manque de volonté.

76. La Défense relève en outre que le Procureur et la RDC elle-même n'ont jamais mis en cause la volonté de cet État, *sur le fond*, de poursuivre les auteurs de crimes internationaux. La RDC a affirmé très clairement qu'elle se considérait comme pleinement engagée dans la lutte contre l'impunité et à l'audience du 1^{er} juin 2009, elle a expliqué à plusieurs reprises que ses raisons de ne pas poursuivre Germain Katanga tenaient à l'incapacité de le faire et n'étaient pas une question de manque de volonté⁵⁹.

77. À la lumière de ce qui précède, la Défense regrette que la Chambre de première instance n'ait répondu à aucun des arguments soulevés au sujet de l'incapacité et se soit plutôt appuyée sur le manque de volonté comme élément décisif pour déterminer la recevabilité de l'affaire. La Défense estime que la Chambre a ainsi versé dans l'erreur car elle a confondu la notion de manque de volonté avec celle d'incapacité.

78. La Défense soutient que si la Chambre de première instance a fait une interprétation erronée du manque de volonté, c'est parce qu'elle a constamment confondu celui-ci avec l'absence d'objection de la part de la RDC. Au paragraphe 95 de sa Décision, la Chambre de première instance se fonde notamment sur l'absence de contestation par ce pays de la recevabilité de l'affaire pour conclure au renvoi sans équivoque du procès de Germain Katanga à la CPI. Reste que l'absence d'objection se distingue clairement du manque de volonté au sens de l'article 17-2 du Statut. Si l'on venait à confondre les deux concepts, le principe de complémentarité en tant que catalyseur des poursuites nationales serait vidé de sa substance. Il n'y aurait qu'une faible incitation pour les États à poursuivre les auteurs de crimes internationaux et le rôle de la CPI risquerait d'être encombré d'affaires qui auraient facilement pu être jugées ailleurs, ce qui limiterait les ressources qu'elle pourrait consacrer à d'autres affaires.

79. La véritable question est donc l'incapacité, et non le manque de volonté. En tout état de cause, la Défense fait valoir qu'au moment de la délivrance du mandat d'arrêt et du

⁵⁹ ICC-01/04-01/07-T-65-ENG ET WT, transcription anglaise de l'audience du 1^{er} juin 2009 : p. 72, intervention de M. Luzolo, Ministre de la justice de la RDC ; p. 75 à 81, intervention de M. Muntazini Mukimapa, Avocat général en RDC.

transfert, la RDC avait tant la volonté que la capacité de soumettre Germain Katanga à sa juridiction et de le juger à l'échelon national, quoique pour des motifs différents.

Incapacité présumée

80. Pour conclure à l'incapacité dans une affaire donnée, la Cour doit, aux termes de l'article 17-3, « consid[érer] si l'État est incapable, en raison de l'effondrement de la totalité ou d'une partie substantielle de son propre appareil judiciaire ou de l'indisponibilité de celui-ci, de se saisir de l'accusé, de réunir les éléments de preuve et les témoignages nécessaires ou de mener autrement à bien la procédure ».

81. Conformément à l'article 17-3, il doit être satisfait à deux critères pour qu'il soit conclu qu'un État est incapable de soumettre une affaire donnée à sa juridiction : 1) l'État doit être dans l'incapacité de se saisir de l'accusé ou de réunir les éléments de preuve et les témoignages nécessaires ; et 2) son incapacité à cet égard doit être liée à l'effondrement de la totalité ou d'une partie substantielle de son propre appareil judiciaire ou à l'indisponibilité de celui-ci. Ces critères doivent tous deux être réunis et ne constituent pas les branches d'une alternative⁶⁰.

82. L'incapacité de l'État ne peut être invoquée que dans des circonstances très exceptionnelles. H. Olasolo a relevé que « [TRADUCTION] la notion d'“incapacité” ne couvre que des scénarios très exceptionnels, comme l'absence d'autorités centrales ou des circonstances exceptionnelles, du type guerre civile ou catastrophe naturelle, aboutissant à l'effondrement total ou partiel de l'administration de la justice⁶¹ ».

83. Dans le cas de la RDC, il ne peut être justifié de telles circonstances exceptionnelles dans la mesure où ce pays a montré qu'il était parfaitement capable de juger des personnes accusées de crimes internationaux⁶². Son système de justice pénal fonctionne, comme l'a reconnu la Chambre préliminaire dans le cadre de l'affaire

⁶⁰ J. T. Holmes, « The principle of complementarity », in *The International Criminal Court – The making of the Rome Statute*, R. Lee (Dir. pub.), Kluwer Law International, 1999, p. 49.

⁶¹ H. Olasolo, *The triggering procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff, 2005, p. 154 ; voir aussi : S. A. Williams, « Article 17 – Issues of admissibility », in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, O. Triffterer (Dir. pub.), Beck, 2008, p. 623.

⁶² Voir : ICC-01/04-01/07-HNE-12, Avocats sans frontières, Étude de jurisprudence, L'application du statut de Rome de la CPI par les juridictions de la République démocratique du Congo, mars 2009, Annexe 1, Présentation des affaires étudiées.

*Lubanga*⁶³. On ne saurait, actuellement, parler d'effondrement de la totalité ou d'une partie substantielle de l'appareil judiciaire congolais ni d'indisponibilité de celui-ci. De plus, dans l'affaire concernant Germain Katanga, la RDC n'a pas eu de difficultés à se saisir de l'accusé, comme le montre son arrestation, et s'il existe dans ce pays des éléments de preuve, les autorités judiciaires nationales sont mieux placées que le Procureur de la CPI pour les réunir, compte tenu de leur proximité et de leur contrôle sur cette région.

84. En outre, il ressort très clairement de l'article 17-3 que c'est la Cour, et non l'État lui-même, qui détermine si un État est dans l'incapacité de soumettre une affaire donnée à sa juridiction. C'est également dans ce sens qu'avait tranché la Chambre préliminaire saisie de l'affaire *Kony et autres*, lorsqu'elle affirmait ce qui suit : « [TRADUCTION] 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 affaire. Cela découle d'abord et avant tout de la présence de la mention "une affaire est jugée irrecevable par la Cour" au tout début de l'article 17 mais également, et en toute logique, de la nature même de la Cour en tant qu'institution judiciaire, certains auteurs y voyant la "force fondamentale" du principe de complémentarité⁶⁴ ».

85. Partant, il n'appartient pas à la RDC de se déclarer incapable de poursuivre et juger l'accusé mais à la Chambre de statuer sur cette question. Ainsi, contrairement à ce que suggère la Chambre de première instance⁶⁵, il n'est pas décisif qu'un État estime être dans l'incapacité de mener des poursuites et des procès à l'échelon national.

⁶³ *Le Procureur c. Lubanga*, Décision relative à la décision de la Chambre préliminaire I du 10 février 2006 et à l'inclusion de documents dans le dossier de l'affaire concernant M. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, 24 février 2006, par. 36 : « Toutefois, aux fins de l'analyse de la recevabilité de l'affaire concernant M. Thomas Lubanga Dyilo, la Chambre remarque que, depuis mars 2004, le système judiciaire national en RDC a subi un certain nombre de changements, particulièrement dans la région d'Ituri, où un tribunal de grande instance a été réinstitué à Bunia. Ces changements ont eu pour conséquence, entre autres, la délivrance par les autorités compétentes de la RDC en mars 2005 de deux mandats d'arrêt contre M. Thomas Lubanga Dyilo à l'égard de plusieurs crimes dont certains pourraient relever de la compétence de la Cour, commis dans le cadre d'attaques militaires qui ont eu lieu à compter de mai 2003 et au cours de ce qu'il est convenu d'appeler les événements de Ndoki, en février 2005. De surcroît, M. Thomas Lubanga Dyilo, par suite des procédures conduites contre lui en RDC, est détenu au Centre pénitentiaire et de rééducation de Kinshasa depuis le 19 mars 2005. Par conséquent, de l'avis de la Chambre, l'affirmation générale de l'Accusation selon laquelle le système judiciaire national de la RDC demeure dans l'incapacité d'agir, au sens des alinéas a) à c) du paragraphe premier et du paragraphe 3 de l'article 17 du Statut, ne correspond plus tout à fait à la réalité. »

⁶⁴ *Le Procureur c. Kony et autres*, *Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute*, ICC-02/04-01/05, 10 mars 2009, par. 45 [notes de bas de page omises].

⁶⁵ Décision, par. 80.

86. Selon ce moyen d'appel, la Chambre de première instance a versé dans l'erreur en faisant fi du débat sur l'incapacité. Si la Chambre avait correctement interprété les notions de manque de volonté et d'incapacité, elle aurait conclu que la RDC avait tant la volonté que la capacité de soumettre Germain Katanga à sa juridiction et de le poursuivre et le juger sur le plan national. La Défense fait donc valoir que ces erreurs de droit et de fait ont sensiblement porté atteinte à la régularité de la Décision de la Chambre de première instance et elle prie la Chambre d'appel d'annuler cette partie de la Décision.

E. La Chambre de première instance a privé l'accusé du droit réel et effectif de contester la recevabilité

87. Aux paragraphes 82 à 89 de sa Décision, la Chambre de première instance traite du droit de l'accusé à contester la recevabilité. De l'avis de la Défense, la Chambre a adopté une vision minimaliste des droits de la Défense dans le contexte des procédures relatives à la recevabilité et a mal interprété et appliqué le droit applicable.

88. Aux paragraphes 84 et 85 de la Décision, la Chambre de première instance explique que les droits fondamentaux de l'accusé ne sont pas pertinents dans le cadre des procédures relatives à la recevabilité⁶⁶. Cependant, ce point de vue est en contradiction directe avec la position adoptée au paragraphe 80, où la Chambre de première instance indique que l'impossibilité, telle qu'invoquée, de conduire un procès équitable à l'échelon national peut militer en faveur de la recevabilité de l'affaire devant la CPI (au moyen d'une interprétation extensive de la « volonté » dans le contexte de l'article 17-2). Elle fait ainsi de l'équité de la procédure un élément pertinent.

89. Pour la Défense, la capacité et la volonté de l'État ne peuvent s'exprimer qu'en termes relatifs, dans le sens où la qualité des procédures, comme expression de cette volonté et de cette capacité, s'apprécie nécessairement au moyen d'une comparaison. D'un côté, on trouvera toujours, par définition, la CPI. Si l'on s'attend à que la CPI fasse une évaluation critique de la qualité des procédures nationales, elle doit également procéder à une autoévaluation critique. Ce n'est qu'ainsi qu'elle pourra statuer de façon concrète, et non abstraite, sur la question de savoir si les enquêtes ou poursuites

⁶⁶ Décision, par. 84 et 85.

nationales peuvent s'apprécier en termes de capacité ou de volonté, *par comparaison avec les procédures de la CPI*.

90. La Chambre de première instance a donc commis une erreur de droit en concluant que les droits fondamentaux de la personne, comme le droit à un procès équitable, étaient sans pertinence dans le cadre des procédures relatives à la recevabilité.
91. La Chambre de première instance a de plus considéré que lorsqu'un État indique qu'il n'a pas la volonté de poursuivre l'accusé, le droit pour la Défense de contester la recevabilité de l'affaire ne peut s'exercer que dans les limites de l'expression de la souveraineté de l'État concerné⁶⁷. Pour la Défense, cela signifie que dès lors qu'un État n'a pas la volonté de poursuivre l'accusé, celui-ci ne peut pas contester sur le fond la recevabilité de l'affaire (lorsqu'elle se rapporte aux alinéas a) et b) de l'article 17-1).
92. La Défense fait valoir que la décision relative à la volonté de l'État ne saurait être la prérogative exclusive de celui-ci car le droit de l'accusé de contester la recevabilité en vertu de l'article 17-1-a se trouverait alors vidé de sens chaque fois qu'un État ne s'opposerait pas à ce que la CPI juge l'accusé.
93. Si l'on devait considérer qu'un État souverain a le droit de se déterminer sur sa volonté sans être tenu de justifier ou d'expliquer son manque de volonté, la Cour et l'accusé seraient liés par le partage consensuel des tâches entre le Procureur de la CPI et le système judiciaire national ; rien de ce que la Défense avancerait ne pourrait modifier ou remettre en question un tel partage des tâches.
94. La Défense soutient que cette conclusion viole l'article 19-2-a, aux termes duquel « [p]euvent contester la recevabilité de l'affaire pour les motifs indiqués à l'article 17 ou contester la compétence de la Cour : a) L'accusé ou la personne à l'encontre de laquelle a été délivré un mandat d'arrêt ou une citation à comparaître en vertu de l'article 58 ». Cette disposition offre à l'accusé un droit entier et inconditionnel de contester la recevabilité d'une affaire. Il peut le faire pour le motif de son choix et ce droit n'a été soumis à aucune restriction.

⁶⁷ Décision, par. 88.

95. Le rapport informel d'experts sur la complémentarité étaye le point de vue selon lequel même lorsque le Procureur et un État ont convenu de « se partager les tâches », dans la mesure où ce partage est l'expression de la souveraineté d'un État, l'accusé devrait être en mesure de le contester sur le fond et la Cour ne devrait pas être considérée comme liée par ce partage, ce qui est contraire à la position qui semble ressortir de la Décision de la Chambre de première instance, notamment en ses paragraphes 87 et 88⁶⁸.

96. La Défense fait valoir que la Chambre de première instance a donné une interprétation erronée de l'article 19-2-a, lu en conjonction avec l'article 17-2. Il convient de partir de l'idée que les auteurs du Statut entendaient doter l'accusé de droits réels et effectifs, plutôt que théoriques et illusoires⁶⁹. C'est la deuxième possibilité qui s'avèrerait si l'exercice du droit de contester la recevabilité pour les motifs prévus aux alinéas a) et b) de l'article 17-1 était subordonné, sur le fond, à l'absence, de la part de l'État, d'un « transfert » souverain et volontaire de l'affaire à la CPI.

97. Rien, en droit, ne vient étayer cette théorie. Bien au contraire, le rapport informel d'experts, que la Chambre de première instance semble avoir ignoré, indique à juste titre que l'accusé doit être en mesure de contester effectivement le partage consensuel des tâches entre le Procureur et l'État, et que la Cour ne devrait pas être considérée comme liée par un tel partage. La Chambre de première instance a adopté une position différente et erronée.

98. Cette position ne saurait être justifiée par l'idée qu'il n'est pas loisible aux personnes physiques d'invoquer des violations de règles du droit international qui ne leur attribuent pas de droits et qui, par conséquent, ne semblent pas les concerner. La jurisprudence des tribunaux ad hoc appuie l'idée que l'accusé peut invoquer une large catégorie de violations des règles du droit international, y compris des normes relatives à la souveraineté, même lorsque ses droits ne sont pas directement affectés⁷⁰.

⁶⁸ ICC-01/04-01/07-1015-Anx, I.

⁶⁹ Airey c. Irlande, Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 9 octobre 1979, A-32, par. 24.

⁷⁰ Voir TPIY, affaire *Tadic*, Arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, par. 55 :

« 55. L'article 2 de la Charte des Nations Unies prévoit au paragraphe 1 : "L'Organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses Membres". Selon l'Appelant, aucun État ne peut s'attribuer la compétence de poursuivre des crimes commis sur le territoire d'un autre État, à moins d'un intérêt universel "justifié par un traité ou le droit international coutumier ou une *opinio juris* sur la question" (Mémoire de la Défense en première instance, par. 6.2). L'Appelant s'appuie sur cette proposition pour soutenir que les mêmes conditions devraient étayer la création d'un tribunal international destiné à s'immiscer dans un domaine relevant

De plus, dans le contexte des procédures relatives à la recevabilité, ce droit a été spécifiquement attribué à l'accusé et doit être interprété de façon à lui permettre d'exciper de toute violation du droit applicable devant la Cour qui serait susceptible de rendre l'affaire irrecevable. S'agissant de la conclusion de la Chambre de première instance selon laquelle un État peut renoncer à son droit de poursuivre, on pourrait tirer argument, par exemple, du fait que pareille renonciation et les formes de partage des tâches qui s'ensuivent constitueraient une violation des normes internationales obligeant les États à poursuivre les auteurs de crimes internationaux. Il est clair que l'accusé devrait être pleinement en mesure d'invoquer un tel argument.

99. En outre, la Défense considère que l'accusé a le droit d'exciper des préjudices et des violations de ses droits qui pourraient naître de tout partage consensuel des tâches. Elle a fait valoir plus haut que la Chambre de première instance avait estimé à tort que le corpus juridique relatif aux droits de l'homme n'avait aucune pertinence dans le

essentiellement de la compétence interne des États. Dans le cas présent, le principe de la souveraineté de l'État aurait été violé. La Chambre de première instance a rejeté cet argument, soutenant, notamment :

“En tout état de cause, l'accusé n'étant pas un État, manque du *locus standi* pour soulever la question de la primauté, qui fait valoir qu'il est porté atteinte à la souveraineté d'un État, un argument que seul un État peut invoquer ou auquel il peut seul renoncer et un droit dans le cadre duquel, clairement, l'accusé ne peut pas se substituer à l'État” (Décision de la Chambre de première instance, par. 41).

La Chambre de première instance s'est appuyée sur le jugement du Tribunal de district de Jérusalem dans *Israël c/ Eichmann* :

“Le droit de plaider la violation de la souveraineté de l'État est le droit exclusif de l'État. Seul un État souverain peut invoquer l'argument ou y renoncer et l'accusé n'a aucun droit à se substituer à l'État” (36 *International Law Reports* 5, 62 (1961), confirmé par la Cour suprême d'Israël, 36 *International Law Reports* 277 (1962)).

Un principe semblable a été régulièrement confirmé dans de nombreuses affaires, plus récemment aux États-Unis d'Amérique dans l'affaire *États-Unis c/ Noriega* :

“Un principe général de droit international est que les personnes physiques n'ont aucune compétence pour contester les violations des traités internationaux en l'absence d'une protestation de l'État souverain intéressé” (746 F. Supp. 1506, 1533 (S.D. Fla. 1990)).

Quelle que soit leur autorité, ces déclarations n'ont pas, dans le domaine du droit international, le poids qu'elles peuvent exercer sur les juridictions nationales. La souveraineté était autrefois un attribut sacro-saint et inattaquable de l'État mais ce concept a récemment souffert d'une érosion progressive sous l'influence des forces plus libérales actives dans les sociétés démocratiques, en particulier dans le domaine des droits de l'homme. Quelle que soit la situation au plan des litiges internes, la doctrine traditionnelle, confirmée et retenue par la Chambre de première instance, ne peut se concilier, devant le présent Tribunal international, avec l'opinion qu'un accusé, ayant droit à une défense totale, ne saurait être privé d'un argument si intimement lié au droit international et fondé sur ce droit, comme moyen de défense fondé sur la violation de la souveraineté de l'État. Interdire à un accusé de soulever un tel argument revient à décider que, à notre époque, un tribunal international ne peut pas, dans une affaire pénale mettant en jeu la liberté de l'accusé, examiner un argument soulevant la question de la violation de la souveraineté de l'État. Une conclusion aussi étonnante impliquerait une contradiction dans les termes que la présente Chambre considère comme son devoir de réfuter et de résoudre. »

cadre des procédures relatives à la recevabilité. Une autre situation dans laquelle l'accusé devrait être en mesure de contester effectivement le partage consensuel des tâches est le cas de figure où il voit ses droits violés en conséquence de ce partage ou encourt un préjudice injustifié par suite de cette renonciation nationale au droit de poursuivre. Pour illustrer ce dernier cas de figure, on peut penser à une enquête et à des poursuites qui durent depuis plusieurs années, auxquelles s'ajoutent des années de détention, lorsque l'État décide d'interrompre les poursuites en vue de confier l'affaire à la CPI.

100. À la lumière de ce qui précède, la Défense craint que l'interprétation donnée par la Chambre au manque de volonté laisse le suspect ou l'accusé sans voie de recours effective contre le transfert de son affaire à la CPI. En outre, si la Cour informe les États qu'elle ne leur demandera pas de motiver leur absence de volonté d'enquêter ou de poursuivre, cela aura pour effet d'encourager la pratique actuelle de la RDC, qui consiste simplement à maintenir indéfiniment des personnes en détention, jusqu'à ce que la CPI décide si elle souhaite ou non les poursuivre.

101. Partant, la Défense fait valoir que l'interprétation donnée par la Chambre de première instance au « manque de volonté », qui conduit à priver l'accusé de son droit de contester effectivement la recevabilité de l'affaire, constitue une erreur de droit qui entache sérieusement la Décision. Elle prie donc la Chambre d'appel de bien vouloir annuler cette partie de la Décision de la Chambre de première instance.

E. Mesures demandées

102. Sur la base des moyens exposés dans le présent mémoire d'appel, la Défense soutient que la Chambre de première instance a eu tort de déclarer recevable l'affaire concernant Germain Katanga. La Défense est d'avis qu'à l'époque de la délivrance du mandat d'arrêt et du transfert, la RDC avait la capacité et la volonté de poursuivre Germain Katanga à l'échelon national. Par conséquent, la CPI aurait dû s'abstenir de le soumettre à sa juridiction. Toute Chambre de première instance raisonnable aboutirait à cette conclusion sur la base des faits de l'espèce et d'une interprétation correcte des dispositions pertinentes.

103. Comme nous l'avons vu plus haut, la Chambre de première instance a conclu à tort à la recevabilité de l'affaire concernant Germain Katanga en raison d'un certain nombre d'erreurs de droit et de fait qui, individuellement et collectivement, entachent sérieusement la Décision de la Chambre de première instance. Si ce n'était ces erreurs, la Chambre de première instance aurait déclaré irrecevable l'affaire concernant Germain Katanga, comme l'aurait fait toute Chambre raisonnable.

104. La Défense demande donc à la Chambre d'appel d'annuler, en application de l'article 83-2-a, la décision relative à la recevabilité prise par la Chambre de première instance et de déclarer irrecevable l'affaire concernant Germain Katanga.

/signé/

David HOOPER

Fait le 8 juillet 2009
À La Haye