



Original : anglais

N° : ICC-01/09-02/11 OA

Date : 20 septembre 2011

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 DU KENYA

***AFFAIRE LE PROCUREUR c. FRANCIS KIRIMI MUTHAURA, UHURU
MUIGAI KENYATTA et MOHAMMED HUSSEIN ALI***

Public

**Arrêt relatif à l'appel interjeté par la République du Kenya contre la
Décision relative à l'exception d'irrecevabilité de l'affaire soulevée par le
Gouvernement kényan en vertu de l'article 19-2-b du Statut
rendue par la Chambre préliminaire II le 30 mai 2011**

Opinion dissidente de la juge Anita Ušacka

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

Le Bureau du Procureur

Mme Fatou Bensouda, procureur adjoint
M. Fabricio Guariglia

Le conseil de William Samoei Ruto

M^e Joseph Kipchumba Kigen-Katwa
M^e David Hooper
M^e Kioko Kilukumi Musau

Le Bureau du conseil public pour les victimes

Mme Paolina Massidda

Le conseil de Henry Kiprono Kosgey

M^e George Odinga Oraro

Les représentants des États

M^e Geoffrey Nice
M^e Rodney Dixon

Le conseil de Joshua Arap Sang

M^e Joseph Kipchumba Kigen-Katwa

GREFFE

Le Greffier

Mme Silvana Arbia

La juge Anita Ušacka joint la présente opinion dissidente à l'Arrêt relatif à l'appel interjeté par la République du Kenya contre la Décision relative à l'exception d'irrecevabilité de l'affaire soulevée par le Gouvernement kényan en vertu de l'article 19-2-b du Statut rendue par la Chambre préliminaire II le 30 mai 2011¹ (« l'Arrêt de la majorité »).

1. Contrairement à la majorité, j'estime que la décision attaquée ne devrait pas être confirmée et je tiens donc à me dissocier de l'Arrêt. Considérant que la Chambre préliminaire II (« la Chambre préliminaire ») a commis des erreurs dans la conduite de la procédure qui a abouti à la Décision relative à l'exception d'irrecevabilité de l'affaire soulevée par le Gouvernement kényan en vertu de l'article 19-2-b du Statut², rendue le 30 mai 2011 (« la Décision attaquée »), j'estime que cette décision devrait être infirmée.

I. RAPPEL DE LA PROCÉDURE

2. Le rappel de la procédure relative au présent appel étant exposé dans l'Arrêt de la majorité, je m'en tiendrai ici aux aspects de la procédure qui présentent un intérêt particulier pour la présente opinion.

3. Le Kenya a ratifié le Statut de Rome en 2005³. Lorsque le Procureur a ouvert une enquête sur les violences postélectorales survenues en 2007 au Kenya, c'était la première fois qu'il le faisait de sa propre initiative, en vertu de l'article 15 du Statut. Dans la décision rendue en application de l'article 15-4 du Statut par laquelle le Procureur a été autorisé à ouvrir une enquête⁴ (« la Décision autorisant l'ouverture d'une enquête »), la Chambre préliminaire a décidé ce qui suit concernant la recevabilité d'affaires potentielles pouvant découler des enquêtes du Procureur :

51. La Chambre souligne que le fait de définir le cadre des affaires potentielles à ce stade pourrait s'avérer utile pour une application efficace de l'article 18 du Statut, qui s'applique dès que la Chambre préliminaire autorise l'ouverture d'une enquête. De façon générale, cela permettrait aux États qui « auraient

¹ ICC-01/09-02/11-274-tFRA.

² ICC-01/09-02/11-96-tFRA.

³ Informations disponibles à l'adresse suivante :

http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&lang=en.

⁴ Situation en République du Kenya, Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome, 31 mars 2010, ICC-01/09-19-Corr-tFRA.

normalement compétence à l'égard des crimes » en question de recevoir des renseignements utiles (sous réserve des limites prévues à l'article 18-1 du Statut) sur les paramètres de potentielles affaires dont serait saisie la Cour et, par conséquent, il serait plus facile pour la Cour et les États concernés de s'accorder quant à la portée de l'examen de la recevabilité du point de vue de la complémentarité prévu aux alinéas 2 à 5 de l'article 18 du Statut.

52. Cela étant dit, la Chambre estime qu'au stade actuel, l'examen relatif à la recevabilité nécessite d'étudier la question de savoir si le ou les États concernés mènent ou ont mené des procédures au niveau national en relation avec les groupes de personnes et les crimes qui auraient été commis durant les événements en cause, et qui seraient susceptibles de faire l'objet d'enquêtes par la Cour. [...]

54. Ainsi, dans le cas présent, il n'est pas nécessaire de passer à la deuxième étape, qui nécessite un examen des autres parties de cette disposition, puisque les renseignements disponibles indiquent une situation d'inaction en ce qui concerne les éléments susceptibles de délimiter la ou les affaires potentielles [...].

4. À partir de son appréciation des faits, la Chambre préliminaire a conclu dans cette décision que les affaires potentielles seraient recevables car il existait au Kenya une situation d'inaction s'agissant des enquêtes et des poursuites relatives au comportement de hauts dirigeants politiques ou des milieux d'affaires pendant les violences postélectorales de 2007⁵.

5. Le 15 décembre 2010, le Procureur a demandé la délivrance de citations à comparaître à l'encontre de six Kényans et a révélé leur identité au public⁶. Le 8 mars 2011, la Chambre préliminaire a délivré des citations à comparaître aux trois suspects en l'espèce⁷, ainsi qu'aux trois suspects dans l'affaire *Le Procureur c. Ruto et autres*⁸. Dans ces décisions, elle s'est abstenue de se prononcer sur la recevabilité des affaires⁹.

⁵ Décision autorisant l'ouverture de l'enquête, par. 185 à 187.

⁶ Communiqué de presse du Bureau du Procureur daté du 15 décembre 2010, ICC-OTP-20101215-PR615, disponible à l'adresse suivante : <http://www.icc-cpi.int/NR/exeres/BA2041D8-3F30-4531-8850-431B5B2F4416.htm>.

⁷ Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance de citations à comparaître à Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta et Mohammed Hussein Ali, ICC-01/09-02/11-1-tFRA.

⁸ Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance de citations à comparaître à William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang, ICC-01/09-01/11-1-tFRA.

⁹ Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance de citations à comparaître à Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta et Mohammed Hussein Ali, ICC-01/09-02/11-1-tFRA, par. 12.

6. Le 31 mars 2011, le Gouvernement kényan a déposé une requête en vertu de l'article 19 du Statut¹⁰ (« l'Exception d'irrecevabilité »), par laquelle il contestait la recevabilité de la présente affaire. Le 21 avril 2011, il a déposé à l'appui de l'Exception d'irrecevabilité un document accompagné de 22 annexes (« le Document du 21 avril 2011 portant dépôt d'annexes »)¹¹ et, le 13 mai 2011, il a déposé une réplique aux réponses respectives du Procureur, de la Défense et du Bureau du conseil public pour les victimes à l'Exception d'irrecevabilité¹², réplique qui a été notifiée le 16 mai 2011 (« la Réplique du 16 mai 2011 ») et comportait sept annexes.

7. Le Gouvernement kényan précisait dans les documents qu'il a déposés devant la Chambre préliminaire qu'il procédait actuellement à des réformes de son système de justice pénale en vue d'être pleinement en mesure de mener des enquêtes et des poursuites sur les violences postélectorales¹³. Il a souligné qu'il avait besoin de quelques semaines de plus pour donner une image complète de la situation et a proposé un calendrier pour le dépôt de documents supplémentaires qui lui auraient permis de montrer à la Cour l'ensemble des progrès réalisés dans le cadre de l'enquête en l'espace de quelques mois¹⁴.

8. À l'appui de l'Exception d'irrecevabilité, le Gouvernement kényan a présenté des documents concernant la réforme du système de justice pénale, qui figurent dans les annexes accompagnant le Document du 21 avril 2011 portant dépôt d'annexes et la Réplique du 16 mai 2011¹⁵. Ces annexes donnaient également des informations sur le fait que « [TRADUCTION] des enquêtes étaient en cours au niveau national » et que d'autres documents seraient communiqués dans les mois suivants¹⁶. En particulier, l'annexe 1 jointe au Document du 21 avril 2011 portant dépôt d'annexes est un ordre en date du 14 avril 2011 donné par l'*Attorney general* du Kenya au chef de la police aux fins d'enquêter sur « [TRADUCTION] toute autre personne qui aurait participé aux violences postélectorales, y compris les six personnes faisant l'objet de la procédure actuellement menée devant la Cour pénale internationale¹⁷ ».

¹⁰ ICC-01/09-02/11-26.

¹¹ ICC-01/09-01/11-67.

¹² ICC-01/09-02/11-91, accompagné de sept annexes.

¹³ Exception d'irrecevabilité, par. 47 à 66 et 75 à 78.

¹⁴ Exception d'irrecevabilité, par. 14, 67 à 74 et 79 ; voir aussi Réplique du 16 mai 2011, par. 58.

¹⁵ Document du 21 avril 2011 portant dépôt d'annexes.

¹⁶ Document du 21 avril 2011 portant dépôt d'annexes, par. 4.

¹⁷ ICC-01/09-02/11-67-Anx1, p. 2.

L'annexe 2 jointe à la Réplique du 16 mai 2011¹⁸ est un rapport daté du 5 mai 2011 concernant les violences postélectorales de 2007, qui comporte des renseignements spécifiques concernant les enquêtes menées par les autorités kényanes. Le rapport fournissait des renseignements concernant la portée des enquêtes et les allégations formulées contre William Ruto, lesquels se rapportent à l'affaire connexe *Le Procureur c. Ruto et autres*¹⁹, et indiquait que des ordres avaient été donnés, apparemment par les autorités compétentes, en vue d'ouvrir des enquêtes concernant les cinq autres personnes également visées par les enquêtes de la Cour²⁰.

9. Dans les écritures qu'il a déposées devant la Chambre préliminaire, le Gouvernement kényan formulait également des arguments juridiques, notamment sur le principe de complémentarité et sur la définition du terme « affaire » dans le contexte de l'article 17-1-a du Statut²¹. Il soutenait qu'il était en droit de soumettre des « [TRADUCTION] rapport[s] échelonné[s] » pendant la procédure relative à la recevabilité et que le critère défini et appliqué par d'autres chambres — celui de « même personne/même comportement » — était trop restrictif, plaidant pour l'application du critère plus large retenu dans la Décision autorisant l'ouverture de l'enquête.

10. Dans le cadre de la procédure relative à la recevabilité, la Chambre préliminaire a rendu les principales décisions de procédure suivantes. Le 4 avril 2011, elle a rendu la décision relative à la conduite de la procédure concernant l'Exception d'irrecevabilité (« la Décision du 4 avril 2011 »)²². Par la décision datée du 2 mai 2011 rendue en vertu de la norme 24-5 du Règlement de la Cour, la Chambre

¹⁸ ICC-01/09-02/11-91-Anx2.

¹⁹ Dans le rapport, il est indiqué ce qui suit : « [TRADUCTION] les enquêtes n'ont pas été achevées pour diverses raisons, notamment le manque de crédibilité et de coopération des témoins ». Au nombre des principales affaires en cours, on compte le dossier d'enquête Nakuru du CID n° 10/2008 ; le suspect faisant l'objet de cette enquête est William Samoei Ruto, ex-Ministre de l'agriculture. Le Ministre, ainsi que d'autres personnes appartenant à la communauté kalenjin, auraient incité des jeunes kalenjin à se livrer à des actes de violence contre des personnes non ressortissantes de cette communauté vivant dans certaines parties de la province de la vallée du Rift. L'enquête se poursuit car certains points nécessitent d'être corroborés plus avant afin de pouvoir parvenir à une conclusion valable », ICC-01/09-01/11-89-Anx2, p. 2 et 3.

²⁰ Dans la partie intitulée « [TRADUCTION] Mesures à prendre », on lit ce qui suit : « [...] le chef de la police a aussi enjoint à l'équipe de mener une enquête exhaustive sur toutes les allégations. L'équipe est actuellement sur le terrain pour enquêter conformément aux instructions. Elle passe également en revue tous les rapports d'enquête précédents et autres rapports susceptibles d'être utiles dans le cadre de la présente enquête », ICC-01/09-01/11-89-Anx2, p. 4.

²¹ Exception d'irrecevabilité, par. 23 à 34 ; Réplique du 16 mai 2011, par. 24 à 27.

²² ICC-01/09-02/11-40.

préliminaire a fait droit à la requête du Gouvernement kényan aux fins de déposer une réplique (« la Décision du 2 mai 2011 »)²³. Dans ces décisions, la Chambre préliminaire a souligné la nécessité d'accélérer la procédure²⁴.

11. Le 21 avril 2011, le Gouvernement kényan a également déposé une demande d'assistance en vertu de l'article 93-1 et de la règle 194²⁵ (« la Demande d'assistance ») et, le 18 mai 2011, une requête aux fins de tenue d'une audience, présentée en vertu de la règle 58-2²⁶ (« la Requête du 18 mai 2011 »).

12. Dans la Décision attaquée, la Chambre préliminaire a rejeté la Requête du 18 mai 2011 du Gouvernement kényan aux fins de tenue d'une audience consacrée à l'audition de la déposition d'un fonctionnaire en charge des enquêtes au Kenya²⁷. Elle s'est en outre prononcée sur la définition d'une « affaire », adoptant le « critère de même personne/même comportement »²⁸. La Chambre préliminaire a constaté que les documents fournis par le Gouvernement kényan manquaient d'informations et de précisions²⁹, et a jugé que seules trois des 29 annexes produites semblaient « dans une certaine mesure porter directement sur les procédures d'enquête³⁰ ». Elle a conclu que le Gouvernement kényan n'avait présenté aucune preuve des « mesures concrètes » démontrant qu'il mène actuellement une enquête sur les trois suspects en l'espèce³¹. Dans ce contexte, la Chambre préliminaire a évoqué la proposition du Gouvernement kényan de produire des rapports supplémentaires sur l'avancement des enquêtes, sans toutefois l'examiner plus avant³². Elle a ensuite décidé ce qui suit :

70. La Chambre d'appel a souligné que la recevabilité de l'affaire doit être déterminée « sur la base des faits tels qu'ils existent au moment où se déroule la procédure relative à l'exception d'irrecevabilité ». Aussi, aucune information n'ayant été présentée par le Gouvernement kényan, avant le dépôt de la Réplique du 16 mai 2011, pour étayer son argument selon lequel des enquêtes sont *en cours* sur les trois suspects, la Chambre conclut à l'existence d'une situation d'inaction. [...]

²³ ICC-01/09-02/11-81, par. 13 et 14.

²⁴ Décision du 4 avril 2011, par. 10 : « [TRADUCTION] la Chambre, soucieuse d'accélérer la procédure et d'éviter tout retard excessif » ; voir aussi Décision du 2 mai 2011, par. 15.

²⁵ ICC-01/09-58.

²⁶ ICC-01/09-02/11-92.

²⁷ La Chambre préliminaire a également refusé de se prononcer sur la Demande d'assistance avant d'avoir statué sur la Décision attaquée.

²⁸ Décision attaquée, par. 51 à 57.

²⁹ Décision attaquée, par. 69.

³⁰ Décision attaquée, par. 64.

³¹ Décision attaquée, par. 68.

³² Décision attaquée, par. 63.

13. Le 6 juin 2011, le Gouvernement kényan a interjeté appel de la Décision relative à l'exception d'irrecevabilité de l'affaire soulevée par le Gouvernement kényan en vertu de l'article 19-2-b du Statut³³ et, le 20 juin, il a soumis son mémoire d'appel³⁴.

II. ERREURS COMMISES PAR LA CHAMBRE PRÉLIMINAIRE DANS L'EXERCICE DE SON POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE

14. Dans ses moyens d'appel, l'Appelant soutient notamment que la Chambre préliminaire a commis des erreurs dans la procédure préalable à la Décision attaquée, en particulier en rejetant la Requête du 18 mai 2011 aux fins de tenue d'une audience, en refusant d'autoriser l'Appelant à produire dans un certain délai des documents supplémentaires concernant les enquêtes en cours au Kenya et en s'abstenant de se prononcer sur la Demande d'assistance avant de rendre la Décision attaquée. Il convient de relever que, lu en conjonction avec la règle 59 du Règlement de procédure et de preuve, l'article 19-3 du Statut, ainsi que les règles 58-1 et 58-3, énoncent certaines conditions minimales concernant la procédure à suivre. En particulier, en vertu de l'article 19-3 et des règles 59-3 et 58-3, ceux qui ont déféré la situation à la Cour, les victimes, le Procureur et la personne qui « a été remise à la Cour ou a comparu devant celle-ci volontairement ou sur citation » ont le droit de présenter des « observations » dans un délai fixé par la Chambre. Hormis ces conditions minimales, la règle 58-2 confère à la Chambre une grande latitude pour déterminer la procédure à suivre. Elle dispose comme suit :

Lorsqu'une chambre de la Cour est saisie d'une requête ou d'une demande contenant une contestation ou une question relative à sa compétence ou à la recevabilité d'une affaire au titre des paragraphes 2 ou 3 de l'article 19, ou lorsqu'elle agit d'office comme le prévoit le paragraphe 1 dudit article, elle arrête la procédure à suivre et peut prendre les mesures utiles au bon déroulement de l'instance. Elle peut tenir une audience. Elle peut examiner la contestation ou la question dans le cadre d'une audience de confirmation des charges ou d'un procès, à condition qu'il n'en résulte pas de retard excessif ; dans ce cas, elle entend et statue d'abord sur la contestation ou la question.

15. La Chambre d'appel examine les décisions relevant du pouvoir discrétionnaire des chambres préliminaires et des chambres de première instance en leur accordant un certain crédit. Conformément à sa jurisprudence, la Chambre d'appel ne procède pas à

³³ ICC-01/09-02/11-104.

³⁴ ICC-01/09-02/11-130 ; voir le rectificatif déposé sous la cote ICC-01/09-02/11-130-Corr.

un examen *de novo* et ne saurait donc substituer son propre pouvoir discrétionnaire à celui de la chambre préliminaire ou de la chambre de première instance. Elle n'interviendra que si ladite chambre a outrepassé ses pouvoirs³⁵. Par conséquent, la question à laquelle il convient de répondre en l'espèce est celle de savoir si la Chambre préliminaire a commis une erreur dans l'exercice de ses pouvoirs. J'expliquerai ci-après pourquoi il me semble que c'est le cas.

16. Tout d'abord, il convient de rappeler que l'article 19 du Statut prévoit plusieurs procédures pour déterminer la recevabilité d'une affaire. En vertu de l'article 19-1, une chambre peut se prononcer d'office sur la recevabilité d'une affaire. En vertu de l'article 19-3, le Procureur peut demander à la chambre de se prononcer sur une question de recevabilité. En vertu de l'article 19-2, une exception d'irrecevabilité peut notamment être soulevée, comme dans la procédure en l'espèce, par un « État qui est compétent à l'égard [de l'affaire] considéré[e] ». De plus, l'article 19 est également applicable à l'examen des contestations de la compétence de la Cour. Les procédures prévues par l'article 19 sont donc des procédures non pas pénales, mais *sui generis*, visant principalement à résoudre les conflits de compétence.

17. Étant donné que les participants ainsi que l'objet des procédures prévues à l'article 19 du Statut peuvent varier considérablement, il semble que c'est pour que la Chambre puisse adapter la procédure au cas précis en cause que la règle 58-2 du Règlement de procédure et de preuve lui confère une grande latitude.

³⁵ Rejoignant sur ce point l'approche retenue par d'autres juridictions pénales internationales, la Chambre d'appel a jugé ce qui suit : « la tâche de la Chambre d'appel va jusqu'à examiner si la Chambre préliminaire a exercé son pouvoir discrétionnaire à bon escient. Cependant, la Chambre d'appel ne s'immiscera pas dans l'exercice par la Chambre préliminaire du pouvoir discrétionnaire de se prononcer sur la recevabilité de l'affaire en vertu de l'article 19-1, à moins qu'il ne soit démontré que sa décision est entachée d'une erreur de droit, d'une erreur de fait ou d'un vice de procédure, et dans ce cas, uniquement si la décision est sérieusement entachée par cette erreur ou ce vice. Cela signifie que, dans les faits, la Chambre d'appel ne reviendra sur une décision relevant du pouvoir discrétionnaire des juges que dans des conditions bien définies. La jurisprudence d'autres juridictions tant internationales que nationales confirme cette position. Il en ressort que l'intervention d'une chambre d'appel se justifie dans les conditions suivantes : i) si les juges exercent leur pouvoir discrétionnaire à partir d'une interprétation erronée du droit ; ii) s'ils l'exercent à partir d'une constatation manifestement erronée ; ou iii) si leur décision est à ce point injuste et déraisonnable qu'elle ressortit à l'abus de pouvoir ». Voir *Le Procureur c. Joseph Kony et autres*, Arrêt relatif à l'appel interjeté par la Défense contre la Décision relative à la recevabilité de l'affaire, rendue en vertu de l'article 19-1 du Statut, datée du 10 mars 2009, 16 septembre 2009, ICC-02/04-01/05-408-tFRA, par. 80.

18. Un État ne peut soulever une exception d'irrecevabilité de l'affaire en vertu de l'article 19-2-b du Statut que « du fait qu'il mène ou a mené une enquête, ou qu'il exerce ou a exercé des poursuites en l'espèce ». Autrement dit, dans le cadre de la procédure prévue par l'article 19-2-b, la question essentielle est celle du droit de l'État de mener lui-même une enquête et des poursuites dans une affaire, qui constitue le fondement du principe de complémentarité.

19. Comme l'a indiqué un commentateur, le principe de complémentarité constitue :

[TRADUCTION] l'une, sinon la principale, des pierres angulaires du Statut de Rome. La complémentarité assure un équilibre entre la souveraineté de l'État, d'une part, et l'efficacité et la crédibilité de la Cour, d'autre part. Sans le principe de complémentarité, aucun accord n'aurait été conclu³⁶.

La complémentarité est l'un des principes fondamentaux régissant les rapports entre les États et la Cour, comme le confirment la place primordiale qu'elle occupe dans le Statut de Rome (article 1 et préambule), ainsi que les travaux préparatoires³⁷ : la « compétence pénale » de la Cour et celle des États sont « complémentaires ». Cela signifie que tant la Cour que les États s'emploient à atteindre les buts du Statut énoncés dans le préambule, notamment celui de mettre un « terme à l'impunité des auteurs » des « crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale »³⁸. Cela signifie également qu'il doit y avoir, dans la mesure du possible, une coopération et une communication étroites entre la Cour, en particulier le Bureau du Procureur, et l'État en question³⁹. La notion de complémentarité renforce le principe de droit international selon lequel chaque État a le droit souverain d'exercer sa compétence pénale, mais elle permet également à la Cour d'intervenir

³⁶ S. A. Williams, « Issues of Admissibility, Article 17 », in O. Triffterer (Dir. pub.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer's Notes, Article by Article*, (NOMOS, Baden-Baden, 1^{er} éd., 1999), p. 392, par. 20 [note de bas de page non reproduite].

³⁷ Voir Comité ad hoc pour la création d'une cour criminelle internationale, Projet de rapport du Comité ad hoc, 22 août 1995, A/AC.244/CRP.5, p. 1 : « Il fallait voir dans la notion de complémentarité un élément essentiel de la création d'une cour criminelle internationale » ; voir aussi Conférence des plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une cour criminelle internationale, Compte rendu analytique de la conférence diplomatique de 1998, 11^e séance, 22 juin 1998, A/CONF.183/C.1/SR.11, par 19 ; voir aussi 12^e séance, 23 juin 1998, A/CONF.183/C.1/SR.12, par. 49.

³⁸ Alinéas 4 et 5 du préambule.

³⁹ Voir X. Agirre, A. Cassese, R. E. Fife, H. Friman, C. K. Hall, J. T. Holmes, J. Kleffner, H. Olasolo, N. H. Rashid, D. Robinson, E. Wilmschurst, A. Zimmermann, rapport d'expert informel : *The principle of complementarity in practice*, ICC-OTP 2003, p. 5 ; voir aussi J. Kleffner, « Complementarity as a catalyst for compliance », in J. Kleffner, G. Kor (Dir. pub.) *Complementary Views on Complementarity* (Asser Press, 2006), p. 82 ; voir aussi l'approche inverse (consistant à encourager les États à exercer leur compétence), M. Benzing, « The Complementarity Regime of the ICC », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, volume 7, 2003, p. 596.

pour donner effet aux buts de la justice pénale internationale. Si un dialogue entre l'État et la Cour est donc nécessaire et souhaitable, c'est toutefois la Cour, et non pas une autorité tierce, qui a le rôle d'arbitre en cas de conflit⁴⁰. Selon un commentateur, le principe de complémentarité tente de concilier « [TRADUCTION] les impératifs de souveraineté et de justice universelle⁴¹ ». Lorsque ces « impératifs » s'opposent, les juges de la Cour devront déterminer si une affaire est recevable au regard des articles 17-1-a et 17-1-b. Conformément à ces dispositions, la Cour ne peut exercer sa compétence dans une affaire que si celle-ci : soit a) n'est pas examinée par les juridictions nationales (situation d'inaction) ; soit b) est examinée par les juridictions nationales, ou l'a été, mais celles-ci n'avaient pas la volonté ou la capacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites. Dans l'affaire *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, la Chambre d'appel a confirmé récemment qu'il convient d'examiner ces deux aspects dans le cadre d'une décision relative à la recevabilité au regard des articles 17-1-a et 17-1-b⁴².

20. Pour comprendre les questions liées à la complémentarité, il faut partir de l'idée que « [TRADUCTION] l'appréciation de la complémentarité est le résultat d'un processus continu⁴³ ». Au vu des dispositions de l'article 19 du Statut, et en particulier de son alinéa 10, il semble qu'une affaire irrecevable peut devenir recevable et inversement, comme le confirme également la jurisprudence de la Chambre d'appel⁴⁴.

⁴⁰ Voir J. T. Holmes, « Complementarity: National Courts versus the ICC », in A. Cassese, P. Gaeta, J. R.W.D. Jones (Dir. pub.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Volume 1* (Oxford 2002), p. 672.

⁴¹ G. Simpson, « Politics, Sovereignty, Remembrance », in D. McGoldrick, P. Rowe, E. Donnelly (Dir. pub.), *The Permanent International Criminal Court. Legal and Policy Issues* (Oxford, 2004), p. 61.

⁴² Arrêt relatif à l'appel interjeté par Germain Katanga contre la décision rendue oralement par la Chambre de première instance II le 12 juin 2009 concernant la recevabilité de l'affaire, 25 septembre 2009, ICC-01/04-01/07-1497-tFRA, OA8, par. 78.

⁴³ F. Gioia, « Comments on chapter 3 of Jann Kleffner », J. Kleffner, G. Kor (Dir. pub.), *Complementary Views on Complementarity* (Asser Press, 2006), p. 109 ; l'auteur parle également de « [TRADUCTION] dialogue procédural » ; voir aussi J. T. Holmes, « Complementarity: National Courts versus the ICC », in A. Cassese, P. Gaeta, J. R.W.D. Jones (Dir. pub.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Volume 1* (Oxford, 2002), p. 683.

⁴⁴ *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Germain Katanga contre la décision rendue oralement par la Chambre de première instance II le 12 juin 2009 concernant la recevabilité de l'affaire, 25 septembre 2009, ICC-01/04-01/07-1497-tFRA, OA8. Au paragraphe 56, il est indiqué : « [...] Ainsi, une affaire qui était initialement recevable peut devenir irrecevable du fait d'un changement de circonstances dans les États concernés, et inversement. L'article 19-10 du Statut donne au Procureur le droit de présenter une requête aux fins d'examen d'une décision constatant l'irrecevabilité d'une affaire s'il est convaincu "que des faits nouvellement apparus infirment les raisons pour lesquelles l'affaire avait été jugée irrecevable en vertu de l'article 17 [...] En conséquence, cette disposition montre clairement que le Statut part du principe que les faits sur la base

Conformément à l'article 19-4, un État ne peut plus contester la recevabilité d'une affaire au regard des articles 17-1-a et 17-1-b une fois le procès commencé. Néanmoins, avant ce moment précis, l'État en question a le droit souverain d'ouvrir une enquête ou des poursuites dans une affaire et de contester la recevabilité de celle-ci devant la Cour⁴⁵. S'il exerce ce droit et sous réserve des cas prévus à l'article 17, l'affaire devient irrecevable devant la Cour et la compétence de l'État l'emporte sur celle de la Cour.

21. Dans l'arrêt susmentionné⁴⁶, la Chambre d'appel a conclu ce qui suit : « [d]e manière générale, la recevabilité d'une affaire doit être déterminée sur la base des faits existants au moment de la procédure concernant l'exception d'irrecevabilité. En effet, la recevabilité d'une affaire au regard des alinéas a), b) et c) de l'article 17-1 du Statut dépend essentiellement des activités d'enquête et de poursuites menées par les États compétents. Ces activités peuvent varier dans le temps⁴⁷ ». Cette déclaration de la Chambre d'appel concernait un appel dans lequel l'affaire était recevable durant toute la procédure relative à la recevabilité. Néanmoins, si un État a le droit de mener une enquête et d'engager des poursuites, et de soulever une exception d'irrecevabilité à tout moment avant le commencement du procès devant la Cour, il va de soi qu'il peut également ouvrir son enquête et engager des poursuites lorsque l'exception d'irrecevabilité a déjà été soulevée. Dans ce contexte, il convient de relever qu'aux termes de l'article 19-5, « [l]es États [...] soulèvent leur exception le plus tôt possible ». C'est dans l'intérêt de la Cour et d'une bonne administration de la justice, la Cour faisant ainsi l'économie d'une procédure potentiellement longue et coûteuse qui pourrait devoir être interrompue à un stade ultérieur si l'affaire devenait irrecevable. Cela signifie également qu'un État, agissant de bonne foi⁴⁸, peut avoir recours au mécanisme consistant à soulever une exception aussi tôt que possible,

desquels la recevabilité d'une affaire est déterminée ne sont pas nécessairement statiques, mais sujets à évolution" ».

⁴⁵ Ce qui importe également dans ce contexte est le régime de coopération appliqué par l'État concerné s'agissant de l'arrestation et de la remise des suspects.

⁴⁶ Voir *supra*, par. 19.

⁴⁷ *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Germain Katanga contre la décision rendue oralement par la Chambre de première instance II le 12 juin 2009 concernant la recevabilité de l'affaire, 25 septembre 2009, ICC-01/04-01/07-1497-tFRA, OA8, par. 56.

⁴⁸ La notion de « bonne foi » est importante en droit international public et dans les procédures y afférentes ; voir R. Kolb, « General Principles of Procedural Law », in A. Zimmermann, C. Tomuschat, K. Oellers-Frahm (Dir. pub.), *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, (Oxford, 2006), p. 830, par. 64.

même s'il n'en est pas encore au stade de mener pleinement une enquête ou des poursuites dans une affaire donnée et entend commencer à le faire au cours de la procédure relative à l'exception d'irrecevabilité.

22. La grande latitude que la règle 58-2 du Règlement de procédure et de preuve confère à la Chambre lui donne le pouvoir d'adapter la procédure aux besoins de l'espèce en tenant compte de tous les intérêts en présence, y compris des droits souverains de l'État concerné. En pareil cas, la Chambre doit également tenir compte du fait qu'un État ne peut soulever une deuxième exception d'irrecevabilité de l'affaire qu'avec l'autorisation de la Chambre et dans des « circonstances exceptionnelles », comme le prévoit l'article 19-4 du Statut. Par conséquent, un État qui exerce son droit de contester la recevabilité d'une affaire peut s'attendre à ce que la Cour respecte pleinement ses droits lorsqu'elle définit la procédure relative à l'exception d'irrecevabilité. Cette procédure doit tenir compte des circonstances spécifiques invoquées par l'État concerné, y compris des intentions qu'il a clairement exprimées. Le point de vue selon lequel les droits de l'État concerné sont au cœur de la prise de décision est confirmé par l'historique de la rédaction de la règle 58 du Règlement de procédure et de preuve et d'autres règles y relatives, au sujet desquelles un commentateur a conclu : « [TRADUCTION] [l]e Règlement de procédure et de preuve garantit une forme de "procédure régulière" pour les États⁴⁹ ». De telles règles de « procédure régulière » pour les États évoluent avec le temps. La Chambre peut s'inspirer des règles de procédure applicables à la Cour ainsi que devant d'autres juridictions lorsqu'elle mène des procédures impliquant des États en tant que requérants et que leur souveraineté est en jeu⁵⁰.

23. Les droits souverains de l'État, quoique importants, ne sont toutefois pas le seul élément qu'il faut prendre en considération pour arrêter la procédure à suivre conformément à la règle 58-2 du Règlement de procédure et de preuve. Ces droits doivent être mis en balance avec la nécessité de poursuivre les buts de la justice pénale internationale en assurant l'efficacité de l'enquête et des poursuites dans une

⁴⁹ J. T. Holmes, « Jurisdiction and Admissibility » in R. S. Lee (Dir. pub.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence* (Transnational Publishers, 2001), p. 348.

⁵⁰ Voir, par exemple. C. F. Amerasinghe, *Evidence in International Litigation* (Brill, 2005), proposant une compilation et une comparaison des règles d'administration de la preuve applicables devant plusieurs juridictions.

affaire⁵¹. En outre, les intérêts généraux de la justice ainsi que ceux des victimes doivent être respectés. Enfin, la Chambre doit adapter la procédure aux questions spécifiques qui se posent dans l'affaire en cause, telles que les incertitudes sur le plan du droit et des faits quant à la situation visée, ou le fait que la procédure est menée pour la première fois. En tenant compte de ces critères, la procédure qu'il convient de suivre doit « [TRADUCTION] répondre au mieux aux exigences de transparence, d'efficacité, de respect de la primauté nationale et permettre l'adoption de mesures urgentes lorsque des doutes sont soulevés concernant les procédures nationales⁵² ».

24. Dans l'affaire à l'examen, il semble que la Chambre préliminaire ait défini la procédure en s'en tenant aux exigences minimales à cet égard, énoncées aux règles 58-3 et 59-3 du Règlement de procédure et de preuve. Elle a également rejeté presque toutes les requêtes visant à élargir les modalités de la procédure, par exemple en refusant la tenue d'une audience ou le dépôt de documents supplémentaires dans des délais spécifiques après le dépôt de la Réplique du 16 mai 2011⁵³. En outre, la Chambre préliminaire a traité la requête de l'Appelant aux fins de tenue d'une audience⁵⁴ de la même manière que sa requête aux fins de convocation d'une conférence de mise en état en vue d'évoquer la procédure à suivre conformément à la règle 58-2 du Règlement de procédure et de preuve. La Chambre préliminaire ayant indiqué que l'Appelant aurait dû interjeter appel de la Décision du 4 avril 2011 s'il souhaitait contester la façon dont elle avait organisé la procédure, on en déduit qu'elle a jugé ne pas être en mesure d'élargir les modalités de la procédure adoptée dans ladite décision ni de l'adapter⁵⁵. La Chambre préliminaire a plutôt choisi de statuer sur l'Exception d'irrecevabilité, ce qu'elle a fait dans les huit semaines suivant son dépôt. Il semble donc qu'elle n'ait pas pleinement apprécié l'ampleur de ses pouvoirs discrétionnaires et, partant, qu'elle ait considéré ne pas pouvoir prendre les mesures nécessaires pour adapter la procédure relative à la recevabilité aux besoins de l'espèce, non seulement au début mais tout au long de ladite procédure.

⁵¹ Voir aussi J. T. Holmes in R. S. Lee (Dir. pub.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute* (Kluwer Law International, 1999), p. 74 et 75.

⁵² Voir J. T. Holmes, « Complementarity: National Courts versus the ICC », in A. Cassese, P. Gaeta, J. R.W.D. Jones (Dir. pub.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Volume 1* (Oxford 2002), p. 684.

⁵³ Voir *supra*, par. 7 et 8.

⁵⁴ Voir Requête du 18 mai 2011.

⁵⁵ Voir Décision attaquée, par. 41.

25. La Chambre préliminaire n'a pas suffisamment pris en compte le fait que la procédure en cause a été déclenchée par la première exception d'irrecevabilité jamais soulevée par un État, ni les nombreuses incertitudes qui subsistaient sur le plan du droit et des faits⁵⁶. Tout comme l'Appelant et le Procureur, elle avait conscience que la question de la définition du terme « affaire » devait être débattue et tranchée. Toutefois, elle n'a pas demandé d'observations spécifiques sur des points aussi essentiels que la définition des termes « enquête » et « poursuites », la norme d'administration de la preuve et le type de preuve requis pour s'acquitter de la charge de la preuve, alors même que l'Appelant avait demandé la tenue d'une audience à ce sujet, appelant ainsi l'attention de la Chambre sur la nécessité d'obtenir des précisions à cet égard⁵⁷. Dans la Décision attaquée, la Chambre semble toutefois avoir appliqué une norme exigeante quant à la charge de la preuve et adopté une définition stricte du terme « enquête ».

26. La Chambre préliminaire n'a pas examiné si elle aurait dû prendre d'autres mesures de procédure afin d'éclaircir la situation au regard de la preuve. L'Appelant a indiqué que des enquêtes avaient récemment été ordonnées ou étaient en cours, comme il ressort des trois annexes jugées pertinentes⁵⁸. La règle 58-2 du Règlement de procédure et de preuve donne à la Chambre le pouvoir de prendre toutes les mesures nécessaires, y compris demander un complément d'information ou accorder une prorogation de délai afin de permettre à l'État concerné de présenter des pièces supplémentaires. Dans le contexte spécifique de l'espèce, la Chambre préliminaire aurait dû envisager comme il se doit d'user de tels pouvoirs. En outre, si les 26 autres annexes pouvaient ne présenter aucun intérêt pour le premier aspect examiné dans la décision relative à la recevabilité, elles n'étaient peut-être pas dépourvues de pertinence au regard du deuxième aspect de la conclusion sur la recevabilité.

27. S'il n'est pas nécessaire de définir les termes « enquête » et « poursuites » dans la présente opinion dissidente, la prudence est cependant de mise pour en déterminer la signification. Les termes utilisés dans les différentes versions linguistiques

⁵⁶ Le fait que de nombreuses incertitudes juridiques entourent l'article 17 a également été reconnu par les auteurs du Statut de Rome, voir J. T. Holmes, « Complementarity: National Courts versus the ICC », in A. Cassese, P. Gaeta, J. R.W.D. Jones (Dir. pub.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Volume 1* (Oxford, 2002), p. 672.

⁵⁷ Voir *supra*, par. 11 et 12.

⁵⁸ Voir *supra*, par. 8 et 12.

officielles du Statut semblent d'ailleurs ne pas avoir le même sens, notamment en ce qui concerne la distinction entre enquête et poursuites. Cela n'est guère surprenant, dans la mesure où la terminologie utilisée est basée sur les traditions de droit pénal des pays dans lesquels sont parlées les langues officielles de la Cour. Il existe d'importantes différences non seulement entre, par exemple, les systèmes de tradition romano-germanique et de *common law*, mais aussi d'un pays à l'autre au sein d'un même système⁵⁹. Pour déterminer si un État mène effectivement une enquête ou des poursuites dans une affaire, la Chambre doit recevoir communication d'informations et de documents concernant le système de justice pénale de l'État concerné⁶⁰. À cet égard, tout critère d'administration de la preuve et toute évaluation des preuves devront reposer sur le principe voulant que les États soient traités selon des critères équivalents ou similaires. Dans ce contexte, il importe également de mentionner la différence entre l'« inaction », qui est le premier aspect à prendre en compte dans la détermination de la recevabilité d'une affaire, et le « manque de volonté » ou l'« incapacité », qui en constituent le deuxième aspect⁶¹. Les auteurs du Statut ont convenu d'établir un critère strict lors de l'élaboration des conditions de droit et de fait touchant au manque de volonté et à l'incapacité d'un État énoncées aux paragraphes 2 et 3 de l'article 17. La Cour ne saurait contourner ce critère tenant au manque de volonté ou à l'incapacité d'un État en exigeant par exemple de la part de cet État qu'il prouve, pour démontrer l'absence de toute situation d'inaction, qu'il mène une enquête ou des poursuites à part entière dans une affaire donnée. Il est important d'adhérer à l'esprit du Statut lorsqu'on procède à de telles interprétations.

28. Pour en revenir à la présente espèce, on peut en outre conclure que la Chambre préliminaire n'a pas accordé suffisamment d'importance aux droits souverains du Kenya lorsqu'elle a mis en balance les intérêts en présence. En particulier, la Chambre n'a pas tenu compte du fait que le principe de complémentarité autorise les

⁵⁹ Voir D. Turns, « National Implementation of the Rome Statute », in D. McGoldrick, P. Rowe, E. Donnelly (Dir. pub.), *The Permanent International Criminal Court. Legal and Policy Issues* (Oxford, 2004), p. 387, analysant les différences dans la mise en œuvre à l'échelon national du Statut de Rome en fonction des différents systèmes de droit nationaux ; voir aussi M. Benzing, « The Complementarity Regime of the ICC », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, volume 7, 2003, p. 602.

⁶⁰ Voir aussi J. T. Holmes in R. S. Lee (Dir. pub.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute* (Kluwer Law International, 1999), p. 65, indiquant que l'organisation des services de répression pénale diffère d'un pays à l'autre et que leurs responsabilités peuvent varier.

⁶¹ Voir *supra*, par. 19.

autorités kényanes, durant la procédure relative à la recevabilité, à lancer des mesures d'enquête ou à engager des poursuites dans une affaire⁶², et qu'elle a le pouvoir d'adapter ladite procédure en fonction d'un tel changement de circonstances. Rien dans les arguments de l'Appelant ne donne à penser qu'il n'a pas agi de bonne foi en déclarant qu'il entendait mener des enquêtes au Kenya. De plus, rien dans la Décision attaquée n'indique que la Chambre préliminaire a envisagé de pouvoir faciliter la tâche de l'Appelant en demandant un complément d'information ou en attendant la communication de preuves supplémentaires concernant l'ouverture des enquêtes. Au contraire, elle s'est simplement concentrée sur l'absence d'enquête sur une « affaire » durant la période comprise entre le dépôt de l'Exception d'irrecevabilité et celui de la Réplique du 16 mai 2011. L'Exception d'irrecevabilité a été rejetée huit semaines après son dépôt. Moins de trois mois se sont écoulés entre la délivrance de la décision portant citation à comparaître des personnes visées et celle de la Décision attaquée. L'Appelant a présenté un plan expliquant comment se poursuivraient les enquêtes. Il a indiqué avoir besoin de quelques mois tout au plus pour produire d'autres preuves des enquêtes en cours. Dans la Décision attaquée, la Chambre préliminaire s'est contentée de survoler les arguments avancés à ce sujet par l'Appelant. Plus important encore, dans le cadre de son examen, elle n'a pas pleinement tenu compte du fait que, peu de temps après, les enquêtes menées par les autorités kényanes en seraient à un stade qui répondrait aux critères qu'elle a énoncés. Par conséquent, la Chambre préliminaire a mal apprécié la portée et l'incidence des droits de l'Appelant au cours de la procédure relative à la recevabilité, ainsi que ses propres pouvoirs et obligations, à savoir prendre en compte de tels éléments conformément à la règle 58-2 du Règlement de procédure et de preuve.

29. Le principal souci de la Chambre préliminaire était la nécessité d'un déroulement rapide de la procédure. Toutefois, elle n'a pas expliqué pourquoi c'était le cas ni en quoi le déroulement efficace des procédures devant la Cour était en cause. Ni l'article 19 du Statut ni la règle 58 du Règlement de procédure et de preuve n'utilisent spécifiquement le terme « rapide ». La procédure pénale devant la Chambre préliminaire en était à un stade très précoce au moment de la procédure relative à la recevabilité. Les suspects n'étaient pas en détention, dans la mesure où la

⁶² Voir *supra*, par. 20 et 21.

Chambre préliminaire avait délivré des citations à comparaître. On ne saurait non plus affirmer que le droit des suspects d'être jugé sans retard excessif (article 67-1-c) aurait été compromis par une décision de la Chambre préliminaire de prolonger quelque peu la procédure relative à la recevabilité. Enfin, étant donné qu'aucun conflit n'était en cours au Kenya, l'incidence de la procédure relative à la recevabilité sur l'enquête du Procureur, qui est suspendue conformément à l'article 19-7 durant une telle procédure, était probablement limitée. Par conséquent, force est de conclure que dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la Chambre préliminaire a trop insisté sur l'aspect tenant à la rapidité de la procédure et lui a accordé trop d'importance, notamment par rapport au droit souverain de l'Appelant de mener lui-même une enquête et des poursuites.

III. CONCLUSION

30. En conclusion, j'estime que dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère la règle 58-2 du Règlement de procédure et de preuve, la Chambre préliminaire n'a pas pleinement tenu compte des droits souverains du Kenya et du principe de complémentarité. Sur la base de son interprétation de ce que constitue une « affaire » dans le contexte de l'article 17-1-a du Statut, la Chambre a accordé trop d'importance aux considérations tenant à la rapidité de la procédure. Enfin, malgré les requêtes et les arguments soumis par l'Appelant, elle n'a pas accordé suffisamment d'importance au fait qu'elle était saisie de la première exception d'irrecevabilité jamais soulevée devant la Cour par un État et que de nombreux points de droit n'avaient pas encore été abordés dans la jurisprudence de la Cour. La Chambre préliminaire n'a donc pas correctement mis en balance les divers éléments mentionnés lorsqu'elle a défini la procédure à suivre en vertu de la règle 58-2 du Règlement de procédure et de preuve, outrepassant ainsi son pouvoir discrétionnaire.

31. Étant donné qu'on ignore comment la Chambre préliminaire aurait statué sur l'Exception d'irrecevabilité si elle n'avait pas commis cette erreur de procédure, la Décision attaquée s'en est trouvée sérieusement entachée. Je considère donc que la Décision attaquée devrait être infirmée. Selon moi, la Chambre préliminaire devrait réexaminer l'Exception d'irrecevabilité et les questions qui en découlent après avoir conduit la procédure en ayant pleinement égard à tous les intérêts en présence, comme l'exige le principe de complémentarité.

32. Il n'y a pas lieu d'examiner plus avant les autres erreurs alléguées par l'Appelant, étant donné que la Décision attaquée devrait être infirmée. En outre, si la Chambre préliminaire avait correctement exercé son pouvoir discrétionnaire, il se pourrait qu'elle soit parvenue à des conclusions différentes concernant l'ensemble des questions de droit et de preuve, ou certaines d'entre elles. Par conséquent, selon la présente opinion dissidente, la Chambre préliminaire aurait dû se pencher à nouveau sur ces questions dans le cadre du réexamen de l'Exception d'irrecevabilité.

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

/signé/

Mme la juge Anita Ušacka

Fait le 20 septembre 2011

À La Haye (Pays-Bas)