



Original : français

N° : ICC-01/04-01/07
Date : 9 octobre 2013

LA CHAMBRE D'APPEL

Composée comme suit : M. le juge Sang-Hyun Song, juge président
Mme la juge Sanji Mmasenono Monageng
M. le juge Cuno Tarfusser
M. le juge Erkki Kourula
Mme la juge Ekaterina Trendafilova

**SITUATION EN RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO
AFFAIRE
LE PROCUREUR
c. GERMAIN KATANGA**

Public

Mémoire en appui de l' "Acte d'appel des témoins DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 et DRC-D02-P-0350 contre la 'Décision relative à la demande de mise en liberté des témoins détenus DRC-D02- P-0236, DRC-D02-P-0228 et DRC-D02-P-0350' rendue par la Chambre de première instance II en date du 1^{er} octobre 2013 (ICC-01/04-01/07-3405)" (ICC-01/04-01/07-3408)

Origine : Le Conseil de permanence

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

Le Bureau du Procureur

Mme Fatou Bensouda, Procureur
M. Eric MacDonald, premier substitut du Procureur

Le conseil de la Défense de Germain Katanga

Maître David Hooper
Maître Andreas O'shea

Le conseil de la Défense de Mathieu Ngudjolo Chui

Maître Jean-Pierre Kilenda Kakengi Basila
Pr. Jean-Pierre Fofé Djofia Malewa

Les représentants légaux des victimes

Maître Jean-Louis Gilissen
Maître Fidel Nsita Luvengika

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

La République démocratique du Congo
Le Royaume des Pays-Bas

L'amicus curiae

GREFFE

Le Greffier

M. Herman von Hebel

La Section d'appui aux Conseils

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

Maître Ghislain M. Mabanga

I. Liminaire

1. *Objet.*- Le présent mémoire est soumis à la Chambre d'appel de la Cour pénale internationale (respectivement "la Chambre d'appel" et "la Cour") conformément à la norme 64 du Règlement à la Cour. Il fait suite à l'appel interjeté par les témoins DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 et DRC-D02-P-0350 (ci-après "les témoins détenus") en date du 7 octobre 2013¹. Cet appel était dirigé contre la décision en date du 1^{er} octobre 2013, notifiée le 2 octobre 2013, par laquelle la majorité de la Chambre de première instance II de la Cour pénale internationale (ci-après "la Chambre de première instance"), Madame la juge Christine Van den Wyngaert (ci-après "le juge dissident") ayant émis une opinion dissidente², a déclaré irrecevable la demande de mise en liberté des témoins détenus du 4 février 2013 (ci-après "la Requête aux fins de mise en liberté")³ au motif qu'elle serait introduite devant une juridiction incompétente pour en connaître⁴. Ce mémoire tend donc à indiquer les motifs de l'appel des témoins détenus ainsi que les arguments d'ordre juridique et/ou factuels justifiant chacun desdits motifs.
2. *Plan du travail.*- Les témoins détenus savent qu'avant tout examen quant au fond, la Chambre d'appel sera, compte tenu de la spécificité de l'espèce sous examen (II), appelée à légitimement s'interroger sur la recevabilité de leur appel (III). Ils se pencheront donc, d'abord, sur cette question avant d'aborder les moyens à l'étai de leur appel (IV).

¹ Conseil de permanence, Acte d'appel des témoins DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 et DRC-D02-P-0350 contre la "Décision relative à la demande de mise en liberté des témoins détenus DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 et DRC-D02-P-0350" rendue par la Chambre de première instance II en date du 1^{er} octobre 2013 (ICC-01/04-01/07-3405), 7 octobre 2013, ICC-01/04-01/07-3408.

² Juge Christine Van den Wyngaert, Dissenting opinion of Judge Christine Van den Wjoigaert, 2 octobre 2013, ICC-01/04-01/07-3405-Anx (ci-après "l'Opinion dissidente").

³ Conseil de permanence, Requête en mainlevée de la détention des témoins DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 et DRC-D02-P-0350, 4 février 2013, ICC-01/04-01/07-3351.

⁴ Ch. 1^{re} inst. II, Décision relative à la demande de mise en liberté des témoins DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 et DRC-D02-P-0350, 1^{er} octobre 2013, ICC-01/04-01/07-3405, p. 21.

II. La spécificité de l'espèce sous examen

3. La Décision incriminée précise que *"la Chambre (de première instance) se trouve confrontée depuis plus de deux ans à une situation inédite"*⁵. Le juge dissident souligne également la particularité de cette espèce en affirmant que *"the Court is placed in an 'unprecedented' situation that has not been foreseen by the drafters of the Statute and the Rules"*⁶. C'est que, à la date du 27 mars 2011, date à laquelle les témoins détenus furent transférés du Centre pénitentiaire et de rééducation de Kinshasa, en République démocratique du Congo (RDC), au quartier pénitentiaire de la Cour, ils étaient les tout premiers témoins détenus de la Cour. Ayant, au cours de leurs dépositions respectives, mis en cause les autorités congolaises, les témoins détenus ont fait le constat que le programme de protection mis en place par le Greffe, qui n'avait été conçu que pour des témoins en liberté, était inapte à leur fournir une protection efficace contre les autorités congolaises en cas de retour en RDC. Aussi, par une requête en date du 12 avril 2011, demandèrent-ils à la Chambre de première instance de les présenter, au terme de leurs dépositions respectives, devant les autorités néerlandaises auprès desquelles ils entendaient déposer une demande d'asile⁷. Par une décision en date du 9 juin 2011 (ci-après "la Décision du 9 juin 2011"), la Chambre de première instance, faisant droit à cette requête, suspendit le renvoi immédiat des témoins détenus en RDC jusqu'à l'aboutissement de leur demande d'asile⁸.

La demande d'asile des témoins détenus, de même que la longue détention qui en a résulté au quartier pénitentiaire de la Cour ainsi que tous les problèmes juridiques qu'elle soulève constituent, à n'en point douter, des questions que les rédacteurs des textes fondamentaux de la Cour n'ont pu prévoir.

⁵ Décision incriminée, § 17.

⁶ Opinion dissidente, § 1.

⁷ Conseil de permanence, Requête tendant à obtenir présentation des témoins DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 et DRC-D02-P-0350 aux autorités néerlandaises aux fins d'asile, 12 avril 2011, ICC-01/04-01/07-2830-Conf.

⁸ Ch. 1re inst. II, Décision sur une requête en *amicus curiae* et sur la « requête tendant à obtenir présentations des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 aux autorités néerlandaises aux fins d'asile » (articles 68 et 93-7 du Statut), 9 juin 2011, ICC-01/04-01/07-3003.

4. Cependant, la novelleté ou la difficulté d'une espèce ne dispense pas le juge de son obligation de dire le droit. Aussi, en l'absence de textes appropriés, les juges de la Cour ont, peu à peu, mis en place une jurisprudence répondant aux diverses requêtes des témoins détenus, notamment par assimilation à la situation des suspects et accusés détenus au quartier pénitentiaire de la Cour. Aussi a-t-il notamment été jugé, à juste titre d'ailleurs, que :

- *"(...) L'article 44-3 de l'Accord de siège, qui trouve régulièrement application lors des transfèrements effectués entre le quartier pénitentiaire et la Cour (...) peut donc dès lors, mutatis mutandis, effectivement s'appliquer à la situation objet de la présente requête"*⁹.
- Que l'usage d'un ordinateur au sein du quartier pénitentiaire n'avait pas pour principal objectif la préparation de la défense dans le cadre d'une affaire devant la Cour, qu'en conséquence, les témoins détenus pouvaient aussi en bénéficier : *"The entitlement to a computer pursuant to regulation 99(1)(e) is not connected to the need to prepare a defence, but is, rather, linked to the entitlement of all detained persons to access social, educational and recreational opportunities"*¹⁰.
- Que les témoins détenus avaient le droit de recevoir communication des pièces de la procédure en vue de préparer leur défense dans le cadre d'une procédure externe à la Cour, en l'occurrence la procédure d'asile devant les autorités de l'Etat hôte¹¹.

5. La Chambre d'appel est donc actuellement saisie dans ce contexte particulier d'une situation non prévue par les rédacteurs des textes fondamentaux de la Cour, mais qui appelle cependant une réponse judiciaire en raison des implications qu'elle a sur les droits de l'homme internationalement reconnus que la Cour a mission d'appliquer en vertu de l'article 21-3 de son Statut.

⁹ Ch. 1re inst. II, Ordonnance portant sur la requête du conseil de permanence relative au transfèrement des témoins DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228, et DRC-D02-P-0350 devant la Cour de district de La Haye (Article 44-3 de l'Accord de siège), 7 septembre 2012, ICC-01/04-01/07-3314, par. 7.

¹⁰ La Présidence, Decision on the application for judicial review dated 5 April 2012, 20 avril 2012, ICC-RoR221-02/12-4-Conf-Exp, § 23.

¹¹ Ch. 1re inst. II, Ordonnance relative aux requêtes du conseil de permanence relatives à la détention des témoins DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228, et DRC-D02-P-0350, 1er juin 2012, ICC-01/04-01/07-3303, § 9-10.

III. La recevabilité de l'appel des témoins détenus

6. Il sera, d'abord, question de traiter des bases juridiques de l'appel (A), avant d'examiner la qualité des témoins détenus à saisir la Chambre d'appel (B).

A. Les bases juridiques de l'appel des témoins détenus

7. A l'étai de leur appel, les témoins détenus invoquent, à titre principal, l'article 82-1-b) et, à titre subsidiaire, l'article 82-1-a).
8. *A titre principal, l'article 82-1-b).*- Les témoins détenus soutiennent, à titre principal, que leur appel tire sa base juridique de l'article 82-1-b), qui dispose que *"l'une ou l'autre partie peut faire appel, conformément au Règlement de procédure et de preuve, de l'une des décisions ci-après : b) Décision accordant ou refusant la mise en liberté de la personne faisant l'objet d'une enquête ou de poursuites".*

Il est indéniable que l'expression *"personne faisant l'objet d'une enquête ou de poursuite"* renvoie principalement aux suspects et accusés. Cet article est ainsi libellé puisque, dans l'esprit des rédacteurs du Statut, les seules personnes pouvant se trouver en détention au quartier pénitentiaire de la Cour, et donc susceptibles de contester une décision accordant ou refusant la mise en liberté, se trouvaient être les suspects et accusés¹². Il ne fait l'ombre d'aucun doute que, s'ils avaient à l'esprit que, treize ans après l'adoption du Statut, des témoins seraient incarcérés au quartier pénitentiaire de la Cour pendant de longues années, ils auraient pu libeller autrement cette disposition, de manière à permettre que toute personne victime d'une détention illégale et/ou arbitraire eut pu en contester la légalité devant la chambre compétemment saisie.

¹² Quoi de plus normal puisque, même les juges du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie n'avaient initialement prévu, dans leur Règlement de procédure et de preuve, le droit au conseil qu'au profit des suspects et accusés (articles 44 et 45). Cependant, après s'être aperçus qu'en sus des suspects et accusés, d'autres personnes dont l'incarcération avait été ordonnée par le Tribunal ainsi que des témoins détenus temporairement transférés se trouvaient au sein du quartier pénitentiaire du Tribunal, ils ont décidé, par un amendement des 25 juin et 5 juillet 1996, d'insérer dans ce Règlement un article 45 *bis* étendant le droit au conseil à ces nouvelles catégories de détenus.

Néanmoins, dans leur sagesse, les rédacteurs du Statut ont laissé aux juges la latitude de procéder à une interprétation évolutive des dispositions statutaires, en posant, à l'article 21-3, que *"l'application et l'interprétation du droit prévues au présent article doivent être compatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnus"*. En l'espèce, en étendant l'application de l'article 82-1-b) aux témoins illégalement incarcérés au quartier pénitentiaire de la Cour depuis plus de deux ans, la Chambre d'appel ne violerait pas, loin s'en faut, l'esprit de cette disposition statutaire. Bien au contraire, elle en ferait une application conforme aux droits de l'homme internationalement reconnus, en l'espèce, le droit à la liberté¹³.

9. *A titre subsidiaire, l'article 82-1-a).*- L'article 82-1-a) est ainsi libellé : *"l'une ou l'autre partie peut faire appel, conformément au Règlement de procédure et de preuve, de l'une des décisions ci-après : a) Décision sur la compétence ou la recevabilité"*¹⁴.

Dans la Décision incriminée, la Chambre de première instance affirme que *"dans la mesure où la Requête du 4 février 2013 pose à présent, de la façon la plus nette, la question de la mise en liberté des trois témoins, la Chambre doit donc commencer par examiner si elle est compétente pour statuer sur une telle demande"*¹⁵. Et, en fin d'analyse, elle conclut *"qu'elle n'a pas compétence pour réexaminer la nécessité de maintenir la détention des témoins en cause dans le cadre de procédures suivies en RDC, et ce même si la détention de ces derniers par les autorités judiciaires de cet Etat et leur maintien sous la garde de la Cour s'avèrent incontestablement liés"*¹⁶.

La Décision incriminée est donc manifestement une décision sur la compétence de la Cour. La généralité du mot "compétence" employé par les rédacteurs du Statut ne permet pas d'affirmer qu'elle se limite aux seuls cas prévus à l'article 19. Les témoins détenus sont donc en droit de saisir la Chambre d'appel également sur

¹³ Voy., notamment, articles 3 de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme ; 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme ; 6 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples ; 7 de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme ; 17 de la Constitution congolaise du 18 février 2006, modifiée.

¹⁴ Le soulignement a été ajouté.

¹⁵ Décision incriminée, § 18. Le soulignement a été ajouté.

¹⁶ *Id.*, § 24. Le texte de la décision n'est pas souligné.

base de l'article 82-1-a) à l'encontre d'une décision qui statue clairement sur la compétence de la Cour.

B. La qualité des témoins détenus pour saisir la Chambre d'appel

10. Ces précisions apportées, demeure entière la question de savoir si les témoins détenus peuvent être considérés comme *"l'une ou l'autre partie"* dont question à l'article 82. Deux moyens permettent de répondre par l'affirmative à cette question.

11. *La relativité de la notion de partie devant la Cour.*- Premièrement, il est important de noter que l'article 82 utilise le mot *"partie"* tout court, et non *"partie au procès"*. En effet, le procès pénal international engagé devant la Cour a ceci de particulier que la procédure devant la Cour est complexe et compartimentée, en ce que, au-delà de sa prérogative principale qui consiste en la répression des crimes internationaux, la Cour est également compétente pour connaître de nombreuses questions n'ayant pas toutes une nature répressive¹⁷. Il s'ensuit que la qualité de partie est relative et dépend essentiellement de la procédure engagée. Aussi l'article 50-3 utilise-t-il l'heureuse expression de *"partie à une procédure"* et non de *"partie au procès"*, ce qui signifie qu'on peut être partie à une procédure et non à une autre.

Le contentieux de recevabilité et de compétence donne une meilleure illustration de ce propos. L'on sait, en effet, que *"l'État intéressé ou le Procureur peut relever appel devant la Chambre d'appel de la décision de la Chambre préliminaire, comme le prévoit l'article 82"*¹⁸. Or la règle 156-5 dispose qu' *"au moment du dépôt de l'acte d'appel, la partie appelante peut demander que l'appel ait un effet suspensif, conformément au paragraphe 3 de l'article 82"*¹⁹. On ne peut concevoir que, dans cette procédure particulière qui, dans la phase préliminaire, ne met aux prises que le Procureur et l'Etat concerné, cet Etat ne soit pas considéré comme une *"partie"*

¹⁷ Voy., à ce sujet, Gilbert BITTI, "Commentaire (sur l'intervention de Anne-Marie La Rosa)", in H. RUIZ FABRI et J.-M. SOREL (dir.), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Pedone, Paris, 2005, p. 191.

¹⁸ Art. 18-4.

¹⁹ Le texte d'origine n'est pas souligné.

appelante” lorsqu’il interjette appel contre une décision de la Chambre préliminaire.

Un autre exemple peut être tiré de la règle 155-1, qui dispose :

Lorsqu’une partie souhaite faire appel d’une décision visée à l’alinéa d) du paragraphe 1 ou au paragraphe 2 de l’article 82, elle doit, dans un délai de cinq jours à compter de la date à laquelle la décision a été portée à sa connaissance, présenter à la Chambre qui a rendu cette décision une requête écrite exposant les motifs pour lesquels elle sollicite l’autorisation d’interjeter appel²⁰.

Or les contestations visées dans cette disposition concernent, notamment, la décision de la Chambre préliminaire visée à l’article 57-3-d, dont il est expressément stipulé qu’elle est “*susceptible d’appel de la part de l’Etat concerné ou du Procureur, avec l’autorisation de la Chambre préliminaire*”. Puisque la Défense n’apparaît pas encore à ce stade de procédure, il est indéniable l’expression “*une partie*” employée ici renvoie aussi bien au Procureur qu’à l’Etat concerné.

Ainsi, si l’on ne peut raisonnablement soutenir que l’Etat concerné dans la phase préliminaire est une “*partie au procès*”, en revanche, il est indéniablement “*partie à une procédure*” devant la Chambre préliminaire et “*partie appelante*” devant la Chambre d’appel.

12. *Application au cas des témoins détenus.*- Appliquant ce raisonnement à la question des témoins détenus, il convient de relever, d’abord, que, pour rejeter une demande d’autorisation d’appel introduite par le Procureur, les Pays-Bas et la RDC contre la Décision du 9 juin 2011, la Chambre de première instance avait considéré qu’il s’agissait d’ “*une décision qui apparaît totalement détachable de la procédure (principale)*”²¹.

Dans le même contexte, cette même chambre avait, dans une autre décision, considéré que le Greffier avait tort de ne pas notifier aux témoins détenus un rapport contenant la réponse d’un Etat, en l’occurrence la RDC, aux questions qui

²⁰ Le soulignement a été ajouté.

²¹ Ch. 1^{re} inst. II, Décision relative à trois demandes d’autorisation d’interjeter appel de la Décision ICC-01/04-01/07-3003 du 9 juin 2011, 14 juillet 2011, ICC-01/04-01/07-3073, § 8.

lui avaient été posées par la Chambre à la suite de la Requête aux fins de mise en liberté. Pour la Chambre de première instance, en effet, *"the report in question is solely concerned with the proceedings related to the Detained Witnesses, not with the main proceedings in the case. The Chamber considers that counsel for the Detained Witnesses should be notified of the report and its annexes"*²².

Il ne peut être reproché aux rédacteurs du Statut de n'avoir pu prévoir que, treize ans après l'adoption de ce texte, des acteurs autres que le Procureur, les Etats ainsi que les suspects et accusés pourraient saisir les chambres de la Cour des procédures détachables de la procédure principale, qui appelleraient en conséquence des décisions sujettes à contestation. Si, comme le lui soumettent les témoins détenus aux paragraphes 8 et 9 ci-dessus, la Chambre d'appel considère que le présent appel est suffisamment fondé sur la règle 82, par suite, elle constatera, sans aucune difficulté, qu'étant indéniablement des parties aux procédures détachables qu'elles ont engagées, les témoins détenus sont suffisamment qualifiés pour déférer les décisions subséquentes devant elle. En effet, la relativité de la notion de partie devant la Cour permet d'affirmer que, s'ils ne sont, à l'évidence, pas des *"parties au procès"*, les témoins détenus sont, à coup sûr, des *"parties à toutes les procédures"* qu'ils diligentent devant la Cour. Appert, dès lors, qu'ils sont suffisamment qualifiés pour interjeter appel contre les décisions intervenues dans ces procédures, et être ainsi qualifiés de *"parties appelantes"*.

²² Ch. 1^{re} inst. II, Order authorising the submission of observations, 7 mars 2013, ICC-01/04-01/07-3357, § 17. Le soulignement a été ajouté.

IV. Les moyens d'appel

13. La Décision incriminée sera annulée parce que, *d'abord*, elle fait une interprétation erronée de l'article 93-7 en considérant qu'il l'empêche de connaître de la Requête aux fins de mise en liberté (1) ; *ensuite*, elle viole l'article 21-3 du Statut en désignant les autorités congolaises comme seules compétentes pour connaître des mérites d'une telle requête et en invitant en conséquence les témoins détenus à mieux se pourvoir devant elles (2) ; *enfin*, la Chambre de première instance pèche par incohérence en refusant de tirer toutes les conséquences d'une décision intermédiaire rendue par elle en date du 8 février 2013 (3).

1/ La Décision incriminée fait une interprétation erronée de l'article 93-7

14. Pour se déclarer incompétente pour connaître de la Requête aux fins de mise en liberté, la Chambre de première instance motive sa décision comme suit :

La détention des témoins détenus doit être clairement distinguée de la garde que la Chambre a tenu à solliciter les autorités de la RDC sur ce point. L'article 93-7 du Statut n'autorise pas la Cour à remettre en liberté une personne qui lui a été temporairement transférée, une telle décision ne pouvant relever que de l'Etat requis d'effectuer le transfert. De même, la règle 192-3 du Règlement permet à une personne détenue sous la garde de la Cour de soulever devant la Chambre compétente des questions relatives aux conditions de sa détention mais ne l'autorise en aucun cas à lui adresser des demandes de mise en liberté. Pour la Chambre, l'article 93-7 du Statut ne constitue donc pas un titre de détention, c'est-à-dire un acte judiciaire autorisant l'incarcération des témoins détenus²³.

15. *La transgression légitime de l'article 93-7 par la Chambre de première instance.*- L'article 93-7 traite du transfèrement temporaire des témoins détenus des centres de détention des Etats requis au quartier pénitentiaire de la Cour. Aucune de ses dispositions ne traite de la "garde" de cette catégorie de témoins. En revanche, il y est question de leur détention, non pas dans l'Etat requis, mais bien dans le centre de détention de la Cour. Le subtil *distinguo* que tente d'établir la Chambre de

²³ Décision incriminée, § 26. Le soulignement a été ajouté.

première instance entre la "détention" et la "garde" semble donc dépourvu d'intérêt, parce qu'il n'apparaît pas à la disposition statutaire qu'elle prétend appliquer. Le paragraphe 7 dispose, en effet, que *"la personne transférée reste détenue. Une fois l'objectif du transfèrement atteint, la Cour renvoie sans délai cette personne dans l'Etat requis"*²⁴.

Par une requête en date du 12 avril 2011, les témoins détenus avaient demandé à la Chambre de première instance de les présenter, au terme de leurs dépositions respectives, devant les autorités néerlandaises pour y demander l'asile²⁵. La question qui avait été alors posée à la Chambre de première instance était de savoir si la locution adverbiale *"sans délai"* utilisée par les rédacteurs du Statut l'autorisait à surseoir au renvoi de ces témoins jusqu'à l'aboutissement de leur demande d'asile. Pour la Chambre de première instance, *"si les témoins étaient immédiatement renvoyés en RDC, ils se trouveraient alors dans l'impossibilité d'exercer leur droit de demander l'asile et ils se trouveraient privés du droit fondamental à l'exercice d'un recours effectif"*²⁶. Aussi décida-t-elle de *"(FAIRE) DROIT à la Requête du Conseil de permanence et (...) de suspendre le retour immédiat des trois témoins détenus en RDC"*²⁷.

La locution adverbiale *"sans délai"* n'étant d'aucune ambiguïté, il est manifeste que la Chambre de première instance avait délibérément décidé de transgresser l'article 93-7 du Statut en suspendant le retour immédiat des témoins détenus en RDC au terme de leurs dépositions respectives. Mais elle avait considéré, avec raison, que la non-application de cette disposition était suffisamment justifiée par le respect des droits de l'homme internationalement reconnus, en l'occurrence, le droit, pour les témoins détenus, de demander l'asile : *"la Chambre ne se trouve donc pas en mesure d'appliquer l'article 93-7 du Statut dans des conditions qui soient compatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnus, comme l'exige*

²⁴ Le soulignement a été ajouté.

²⁵ Voy. *supra*, § 3, référence infrapaginale 7.

²⁶ Décision du 9 juin 2011, § 73.

²⁷ *Id.*, p. 40.

pourtant l'article 21-3 du Statut"²⁸. A la vérité, en agissant comme elle l'a fait, la Chambre de première instance avait correctement interprété l'article 93-7, à la lumière de l'article 21-3 qui, comme le souligne la doctrine, crée une sorte de "*super-légalité internationale*" des normes relatives aux droits de l'homme internationalement reconnus au point que, à leur nom, le juge pénal international peut être amené à porter délibérément atteinte à toutes les sources du droit applicables à la Cour, en ce compris son propre Statut²⁹.

16. *Le refus injustifié de transgression de l'article 93-7 par la Chambre de première instance.-*

La question qui s'est posée à la Chambre de première instance au terme de la Requête aux fins de mise en liberté est, en tous points, identique à celle dont elle avait été saisie par la requête des témoins détenus du 12 avril 2011, à la seule différence que l'interprétation de l'article 93-7 porte, non plus sur la locution adverbiale "*sans délai*", mais bien sur la phrase "*la personne détenue reste en détention*"³⁰. Mais la question reste la même : la Chambre se trouve-t-elle en "*en mesure d'appliquer l'article 93-7 du Statut dans des conditions qui soient compatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnus, comme l'exige pourtant l'article 21-3 du Statut*" ? Cette fois, la Chambre de première instance a répondu par la négative en croyant déceler dans cet article une distinction entre la "détention", qui serait de la compétence de l'Etat requis, et la "garde", qui relèverait de la Cour.

Pour quiconque serait surpris de constater que la Chambre ne recourt pas à l'article 21-3 pour examiner la légalité de la détention des personnes se trouvant dans son propre centre de détention, la Chambre a donné une explication aussi surprenante qu'inattendue. Pour elle, en effet, seuls les droits de l'homme relevant du "*jus cogens*", en l'espèce le droit à l'asile et le principe du non-refoulement, seraient concernés par l'article 21-3³¹. Tous les autres droits de

²⁸ Décision du 9 juin 2011, § 73.

²⁹ Voy., à ce sujet, Alain PELLET, "Applicable Law", in A. CASSESE, P. GAETA et J.R.W.D. JONES (dir.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, vol. II, pp. 1079-1080.

³⁰ Art. 93-7-b.

³¹ Décision incriminée, § 30.

l'homme en seraient exclus, à l'instar du droit à la liberté, ce, d'autant plus que ce droit *"ne peut être considéré comme une norme intransgressible ou impérative de droit international"*³².

Comme l'a relevé, avec à propos, le juge dissident, c'est en vain qu'on chercherait à trouver la base juridique d'une telle distinction qui n'apparaît nullement, ni dans l'esprit, ni dans la lettre de l'article 21-3³³. Une telle interprétation, qui a pour conséquence de méconnaître un droit de l'homme reconnu par de nombreux traités et conventions au point de tolérer que des personnes soient indéfiniment illégalement privées de leur liberté dans un centre de détention d'une juridiction pénale internationale, est manifestement contraire à l'article 21-3.

Il suit, de ce qui précède, qu'en décidant que l'article 93-7 l'autorise simplement à assurer "la garde" des témoins détenus, et non à statuer sur la légalité de leur "détention", la Chambre de première instance a fait une mauvaise application de cette disposition, en s'abstenant de la lire à la lumière de l'article 21-3. Sa décision sera infirmée de ce chef.

2/ La Décision incriminée viole l'article 21-3 en désignant les autorités congolaises comme seules compétentes à connaître des mérites de la Requête aux fins de mise en liberté.

17. La Chambre de première instance ne s'est pas contentée de se déclarer incompétente pour connaître des mérites de la Requête aux fins de mise en liberté. Elle a également désigné les autorités congolaises comme seules compétentes en la matière et invité en conséquence les témoins détenus à mieux se pourvoir devant elles : *"Aux yeux de la Chambre, les témoins disposent encore de la possibilité de demander le réexamen de leur détention auprès des autorités judiciaires congolaises compétentes et il va de soi que, si ces dernières décidaient de mettre fin à leur*

³² Décision incriminée, § 33.

³³ Opinion dissidente, § 6.

détention provisoire, la Cour se verrait alors dans l'obligation d'exécuter cet ordre de mise en liberté"³⁴.

a) *Impossibilité juridique de saisine des autorités congolaises.*

18. *Motivation de la Décision incriminée.*- Il est difficile de suivre ce raisonnement lorsqu'on sait que les témoins détenus sont des demandeurs d'asile et que, à ce titre, ils sont, au terme de l'article 1-A-2 de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, censés ne pas vouloir se réclamer de la protection de l'Etat congolais. En effet, il résulte de l'article 1-C de ce texte que *"cette convention cessera, dans les cas ci-après, d'être applicable à toute personne visée par les dispositions de la section A ci-dessus : 1) si elle s'est volontairement réclamée à nouveau de la protection du pays dont elle a la nationalité (...)"*³⁵.

En l'espèce, les témoins détenus ont soutenu *"qu'une demande de mise en liberté adressée à ce stade par les témoins détenus aux autorités congolaises équivaldrait à un acte d'allégeance qui aurait pour conséquence de les replacer sous la protection de l'Etat congolais, ce qui compromettrait définitivement leur demande d'asile"*³⁶.

La Chambre de première instance n'a pas accueilli ce moyen au motif qu'il serait nouveau. Pour elle, en effet, dès lors que les témoins détenus n'avaient point soulevé d'objection contre une précédente décision par laquelle elle avait ordonné *"au Greffe d'apporter aux témoins détenus toute l'assistance raisonnablement requise afin de faciliter l'exercice des droits que leur confère la législation congolaise"*³⁷, il en découle qu'elle ne saurait *"souscrire à l'argumentation nouvellement développée par leur conseil"*³⁸. En d'autres termes, la Décision incriminée semble soutenir, d'une part, que l'invocation, par les témoins détenus, de la Convention de Genève de

³⁴ Décision incriminée, § 31.

³⁵ Le texte d'origine n'est pas souligné.

³⁶ Requête aux fins de mise en liberté, § 25.

³⁷ Ch. 1re inst. II, Décision relative à la requête urgente aux fins de convocation d'une conférence de mise en état concernant la détention des témoins DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228-et-DRC-D02-P-0350, 1er mars 2012, ICC-01/04-01/07-3254-tFRA, p. 12.

³⁸ Décision incriminée, § 32.

1951 pour sous-tendre le moyen relatif à leur impossibilité juridique de saisir les autorités congolaises d'une demande de mise en liberté serait irrecevable pour tardiveté ; d'autre part, que les témoins détenus auraient, faute d'objection, "acquiescé" à la décision du 1^{er} mars 2012. La Chambre d'appel refusera de suivre la Chambre de première instance dans cette voie.

19. *Réfutation. 1^o/ Absence de base juridique du motif incriminé.*- D'abord parce qu'une telle irrecevabilité du moyen des témoins détenus est totalement dépourvue de base juridique. C'est, en effet, en vain, que l'on chercherait à trouver dans l'un quelconque des textes fondamentaux de la Cour la base juridique d'une telle irrecevabilité.
20. *2^o/ La problématique de "l'objection" aux décisions de la Cour.*- Ensuite parce que, comme l'a si bien souligné le juge dissident, les décisions de la Cour n'ont pas vocation à recevoir "objection" mais plutôt à être contestées par des voies appropriées³⁹. A supposer que les témoins détenus aient été en mesure d'appeler une telle décision devant la Chambre d'appel, le non-exercice de cette voie de recours ne saurait être assimilé à un quelconque "acquiescement" puisque, justement, plus d'un an après, ils n'ont jamais sollicité le Greffe pour pouvoir bénéficier des mesures préconisées par la Chambre de première instance.
21. *3^o/ La contrariété de la Décision incriminée à la Décision du 9 juin 2011.*- Enfin, le droit d'asile fait indubitablement partie des normes que la Chambre de première instance considère elle-même comme faisant partie du "*jus cogens*", et, donc, applicable au titre de l'article 21-3. Appert, dès lors, que tout moyen y relatif est d'ordre public. En conséquence, il peut être invoqué en tout état de cause, y compris pour la première fois en appel. L'absence d'objection des témoins détenus ne saurait donc, en aucun cas, être considérée comme un renoncement à leur droit d'invoquer une norme internationale impérative à l'étai de leur demande de mise en liberté.

³⁹Opinion dissidente, § 8.

b) Conséquences de la Décision incriminée sur les témoins détenus.-

22. Bien plus, les autorités néerlandaises, qui se trouveraient devant un cas de saisine des autorités congolaises par les témoins détenus, se borneraient simplement à constater l'existence d'un acte d'allégeance faisant obstacle à la poursuite de l'examen de leur demande d'asile en vertu de l'article 1-C-1 susmentionné de la Convention de Genève, sans se préoccuper de l'existence ou non d'une éventuelle "objection" contre une décision de la Cour. Appert, dès lors, que, comme le soutient judicieusement le juge dissident, la Décision incriminée place les témoins détenus dans un dilemme insupportable : soit de saisir les autorités congolaises de leur demande de mise en liberté, auquel cas ils risqueraient d'être déboutés de leur demande d'asile, soit de s'en abstenir, auquel cas ils verraient leur détention indéfiniment prolongée. La Cour, qui a vocation à appliquer et à interpréter toutes les sources du droit applicables devant elle en conformité avec les droits de l'homme internationalement reconnus, ne saurait s'accommoder d'une telle situation.

23. *Conclusion du moyen.-* Appert, de tout ce qui précède, qu'aucune des dispositions statutaires ne saurait être interprétée comme autorisant une détention indéfinie de personnes au centre de détention de la Cour. En conséquence, en désignant les autorités congolaises comme seule compétentes pour statuer sur les mérites de la demande de mise en liberté des témoins détenus, alors même que ceux-ci se trouvent dans une impossibilité juridique de les saisir, la Chambre de première instance a manifestement enfreint l'article 21-3 qui l'oblige à appliquer et à interpréter toutes les sources du droit applicables en conformité avec les droits de l'homme internationalement reconnus.

3/ La Décision incriminée pèche par incohérence

24. *Motif de la décision incriminée.-* La Chambre d'appel constatera qu'avant de rendre la Décision incriminée, la Chambre de première instance avait, par une décision intermédiaire datée du 8 février 2013, jugé que, "(TRADUCTION) afin de permettre à la Chambre de décider si la Cour est en mesure de maintenir les témoins sous sa garde

au titre de l'article 93-7 du Statut, il est nécessaire que l'Etat hôte et la RDC lui présentent certains éclaircissements"⁴⁰. La Chambre posa ensuite une série de questions aux deux Etats, toutes visant essentiellement deux objectifs : vérifier le caractère raisonnable de la durée de la détention⁴¹ et l'existence d'un titre de détention valide en RDC⁴², étant, bien entendu, que ces deux questions étaient celles soumises par les témoins détenus à la Chambre de première instance⁴³.

Les réponses apportées par ces deux Etats peuvent être résumées comme suit. Il résulte de la réponse de l'Etat hôte que, sans préjudice du droit des témoins de se pourvoir devant la Cour européenne des droits de l'homme en cas d'épuisement des voies de recours interne, l'ensemble des procédures nationales pourraient s'étaler sur plusieurs mois, voire des années⁴⁴. En ce qui concerne la RDC, elle a purement et simplement éludé toutes les questions qui lui ont été posées⁴⁵, particulièrement la question suivante : *"les autorités judiciaires congolaises considèrent-elles, au vu des dates initiales d'émission des titres de détention à l'encontre des intéressés, que leur maintien en détention est nécessaire et justifiée ?"*⁴⁶. Or cette question était capitale, car elle découlait logiquement du moyen soutenu, preuves à l'appui, par les témoins détenus, selon lequel le titre de détention émis par la RDC en date du 10 avril 2007 n'était valable que pour une durée limitée à 60 jours et que, à l'expiration de ce délai, aucun autre titre de détention n'était venu se substituer au premier, de sorte qu'au moment de la saisine de la Chambre de première instance, il n'existait plus de titre de détention valide émis par les autorités congolaises⁴⁷.

⁴⁰ Ch. 1re inst. II, Décision relative à la requête aux fins de mise en liberté des témoins DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 et DRC-D02-P-0350, 8 février 2013, ICC-01/04-01/07-3352-tFRA, § 23.

⁴¹ *Id.*, § 24.

⁴² *Id.*, § 25.

⁴³ Requête aux fins de mise en liberté, § 38, 42 et 53.

⁴⁴ ICC-01/04-01/07-3355-Anx2.

⁴⁵ ICC-01/04-01/07-3355-Conf-Anx5.

⁴⁶ ICC-01/04-01/07-3352-tFRA, § 25-b. Le soulignement a été ajouté.

⁴⁷ Requête aux fins de mise en liberté, § 55.

25. *Critique de la décision incriminée.*- La Chambre de première instance avait donc tous les éléments susceptibles de lui permettre, comme il l'avait souhaité, "*de décider si la Cour est en mesure de maintenir les témoins sous sa garde au titre de l'article 93-7 du Statut*". Tirant les conséquences de la longueur imprévisible des procédures nationales aux Pays-Bas et de l'absence d'un titre de détention valide en RDC, elle aurait pu, en application de l'article 21-3 du Statut, à tout le moins, statuer sur les mérites de la Requête aux fins de mise en liberté, quitte à la rejeter si elle estimait qu'elle n'était point fondée. En se déclarant incompétente pour en connaître, la Chambre de première instance a entaché sa décision d'une incohérence manifeste par rapport à sa décision du 8 février 2013. A quoi lui aurait, en effet, servi de poser à ces Etats des questions sur le délai raisonnable et la légalité de la détention si elle n'était pas compétente pour examiner les réponses qui lui seraient apportées et en tirer toutes les conséquences qui s'imposaient ?

26. *Conclusion du moyen.*- La Chambre d'appel est donc invitée à tirer, à la place de la Chambre de première instance, les conséquences de sa décision du 8 février 2013 en faisant droit à la Requête aux fins de mise en liberté pour des raisons juridiques et factuelles amplement développées dans ladite Requête, censément reproduites ici *in extenso*.

Par ces motifs

27. Les témoins DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 et DRC-D02-P-0350 demandent respectueusement à la Chambre d'appel qu'il lui plaise de :

- **Recevoir** en la forme les témoins détenus dans leur appel et les y dire entièrement fondés ;

En conséquence,

- **Infirmer** la Décision incriminée en toutes ses dispositions ;

Et ;

Statuant à nouveau et faisant ce qu'aurait dû faire la Chambre de première instance ;

➤ **Ordonner** la mise en liberté des témoins détenus.



Ghislain M. Mabanga
Conseil de permanence

Fait le 9 octobre 2013.

À Paris (France)