

Opinion dissidente du juge Sang-Hyun Song

1. Par la décision relative au présent appel¹, la majorité des juges de la Chambre d'appel a considéré que l'appel interjeté par les témoins détenus contre la Décision attaquée était irrecevable. Je me dissocie de la décision de la majorité pour les raisons exposées ci-après.
2. Dans la Décision attaquée, la Chambre de première instance s'est déclarée incompétente pour examiner la légalité de la détention des témoins détenus ou pour les mettre en liberté, et a par conséquent rejeté leur Demande de mise en liberté au motif qu'elle était irrecevable². La conséquence directe de cette décision est que les témoins se trouvent toujours au quartier pénitentiaire de la Cour, soit, je le rappelle, plus de deux ans et demi après la fin de leur déposition devant celle-ci³. La deuxième conséquence de la Décision attaquée est que les témoins détenus n'ont pas pu et ne pourront pas contester la légalité de leur détention actuelle devant *cette Cour*, à moins que la Chambre d'appel ne remédie à cette situation.
3. J'estime que cela soulève des questions importantes ayant trait au droit à la liberté, un droit de l'homme internationalement reconnu, et, en particulier, au droit connexe d'un détenu de demander l'examen de la légalité de sa détention. L'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁴ (« le Pacte international ») dispose notamment que :

Article 9

1. Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraires. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi.

[...]

¹ Décision relative à la recevabilité de l'appel interjeté contre la Décision relative à la demande de mise en liberté des témoins détenus DRC-D02-P0236, DRC-D02-P0228 et DRC-D02-P0350.

² Décision attaquée, par. 36.

³ Voir Décision attaquée, par. 4, où il est dit que les témoins détenus ont fini de déposer le 3 mai 2011.

⁴ 16 décembre 1966, Recueil des traités des Nations Unies, vol. 999, n° 14668.

4. Quiconque se trouve privé de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.

4. Je remarque que, lorsqu'elle a conclu à l'irrecevabilité de la Demande de mise en liberté, la Chambre de première instance a fait une distinction entre la « détention » et la « garde » des témoins détenus. D'après la Chambre de première instance, la *détention* se fonde uniquement sur une ordonnance rendue à cet effet par les autorités compétentes de la République démocratique du Congo (RDC)⁵ ; l'article 93-7 du Statut n'autorise pas la Cour à incarcérer des témoins déjà détenus ou à remettre en liberté une personne détenue qui lui a été temporairement transférée⁶. Par conséquent, selon elle, la Cour ne fait que conserver les témoins sous sa *garde*. Sur la base de cette distinction, elle a estimé que le droit des témoins détenus à la liberté et à l'examen de leur détention relève de la responsabilité d'« un organe judiciaire congolais » et que ces témoins « peuvent encore demander » aux autorités congolaises de procéder à cet examen⁷.

5. Par conséquent, la Chambre de première instance a fondé son refus d'examiner la légalité de la détention des témoins sur la conclusion que la Cour n'était pas responsable de celle-ci. Je ne puis souscrire à cette analyse.

6. Je tiens à rappeler que, dans la Décision du 9 juin 2011, la Chambre de première instance a décidé de différer le retour des témoins détenus en RDC aux motifs suivants :

70. Comme le prescrit le paragraphe 3 de l'article 21 du Statut, la Chambre doit appliquer toutes les dispositions statutaires ou réglementaires pertinentes d'une manière telle que le droit à un recours effectif puisse pleinement s'exercer, un tel droit relevant, à l'évidence, des droits de l'homme internationalement reconnus.

[...]

72. [...] À ce stade, la Chambre estime ne devoir résoudre que la question de savoir si une application immédiate de l'article 93-7 du Statut ne constituerait

⁵ Décision attaquée, par. 26.

⁶ Décision attaquée, par. 26.

⁷ Décision attaquée, par. 34.

pas une violation des droits reconnus aux témoins détenus de présenter une demande d'asile.

73. En l'état, la Chambre ne se trouve 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 pourtant l'article 21-3 du Statut. En effet, 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. [...]

[...]

79. [...] [L]a Chambre décide de différer, en l'état, le retour des trois témoins détenus dans la mesure où la question de leur protection, au sens prédéfini de l'article 68 du Statut, n'a pu être encore résolue et au motif qu'un retour « sans délai » ne pourrait que s'analyser comme une violation des droits de l'homme internationalement reconnus. [...]

80. Dans l'immédiat, les témoins, qui font l'objet d'un titre de détention délivré par les autorités congolaises, restent détenus, sous la garde de la Cour, sur la base de l'article 93-7 du Statut et de la règle 192 du Règlement. [...] ⁸

7. En somme, la Chambre de première instance a donc décidé de ne pas appliquer immédiatement la deuxième phrase de l'article 93-7-b du Statut (« la Cour renvoie sans délai cette personne dans l'État requis »), de crainte que cela ne viole : 1) les autres obligations que la Cour tient de l'article 68 du Statut et 2) le droit des témoins détenus de présenter une demande d'asile et celui à un recours effectif, qui sont des droits de l'homme internationalement reconnus, ainsi que le principe du non-refoulement⁹. Elle a ensuite envisagé différents scénarios qui permettraient de répondre à l'une ou l'autre des préoccupations exposées ci-dessus, notamment le suivant :

Demeure entière la question de savoir ce qu'il convient de décider dans le cas où la Cour considère que les mesures de protection sont satisfaisantes, au regard de l'article 68 du Statut, alors que la décision des autorités néerlandaises sur l'asile ou le non-refoulement est encore pendante. Une fois satisfaite des mesures de protection proposées, la Cour n'a, en principe, plus de raison de différer plus avant le renvoi des témoins en RDC. Toutefois, le seul fait qu'une procédure d'asile soit toujours en cours ne lui permet pas d'ordonner le renvoi prévu à l'article 93-7 du Statut. Ni ce dernier, ni le Règlement n'ont prévu cette hypothèse inédite. Une solution devra donc être recherchée dans les plus brefs

⁸ Décision du 9 juin 2011, par. 70, 72, 73, 79 et 80.

⁹ Décision du 9 juin 2011, par. 67 à 69.

délais, lors de consultations entre la Cour, l'État hôte et la RDC, afin de déterminer si la détention de ces témoins doit être maintenue et, dans l'affirmative, qui en assure la garde. Durant le déroulement de cette procédure de consultation, les témoins demeureront sous la garde de la Cour et ce, conformément à l'article 93-7 du Statut. En tout état de cause, dès lors que leur déposition est aujourd'hui achevée et que les trois demandeurs d'asile sont détenus, il s'impose que les autorités néerlandaises puissent procéder dans les meilleurs délais à l'instruction des requêtes, leur traitement ne pouvant en aucun cas être à l'origine d'une prolongation déraisonnable de leur détention sur la base de l'article 93-7 du Statut. Pour sa part, et pour cette dernière raison, la Chambre tient à souligner que la Cour ne peut envisager d'assurer la garde de ces témoins pendant une durée indéterminée¹⁰.

8. Ce scénario, dans lequel la Chambre de première instance considère que les mesures de protection mentionnées à l'article 68 du Statut sont satisfaisantes alors que la demande d'asile reste pendante, correspond à ce qui s'est effectivement passé par la suite.

9. Dans la Décision du 24 août 2011¹¹, après avoir reçu certaines garanties de la RDC, la Chambre de première instance a estimé que « la Cour s'[était] acquittée de toutes les obligations que lui fait l'article 68 du Statut et que plus rien ne justifi[ait] de différer le retour en RDC des trois témoins détenus¹² ». Elle a cependant ajouté : « pour les raisons exposées dans la décision du 9 juillet, tant que les autorités néerlandaises n'ont pas statué sur la demande d'asile, la Cour ne peut demander à l'État hôte de faciliter le retour des intéressés en RDC. Le fait que la demande d'asile soit toujours pendante rend ce retour temporairement impossible du point de vue légal¹³ ».

10. S'agissant de savoir si les témoins détenus devraient « demeurer en détention en attendant l'issue de leur demande d'asile aux Pays-Bas et, dans l'affirmative, à qui échoit la responsabilité de cette détention », la Chambre de première instance a rappelé ce qu'elle avait conclu dans la Décision du 9 juin 2011, c'est-à-dire que « le Statut ne répond pas à cette question, et [qu']«[u]ne solution devra [...] être recherchée dans les plus brefs délais, lors de consultations entre la Cour, l'État hôte et

¹⁰ Décision du 9 juin 2011, par. 85.

¹¹ Décision relative à la sécurité des témoins DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 et DRC-D02-P-0350, ICC-01/04-01/07-3128-tFRA.

¹² Décision du 24 août 2011, par. 14.

¹³ Décision du 24 août 2011, par. 15, renvoyant à la Décision du 9 juin 2011, par. 64 et 73.

la RDC, afin de déterminer si la détention de ces témoins doit être maintenue et, dans l'affirmative, qui en assure la garde" »¹⁴. Elle a par conséquent ordonné au Greffe de lancer une procédure de consultation, précisant que « l'obligation faite à la Cour de détenir les trois témoins étant en principe éteinte, [elle] estime qu'une solution doit être trouvée de toute urgence¹⁵ ».

11. Au vu de ce qui précède, j'estime que les témoins détenus le sont actuellement sur décision de la Cour. S'il est vrai qu'un témoin transféré à la Cour en application de l'article 93-7 du Statut demeure détenu sur la base de l'ordonnance rendue par l'État concerné, sur laquelle la Cour n'a aucun droit d'examen, on ne peut pas dire en l'espèce que la détention des témoins détenus se fonde actuellement sur l'ordonnance de détention de la RDC. À cet égard, je relève que, dans la Décision du 9 juin 2011, la Chambre de première instance dissocie les deux phrases de l'article 93-7-b qu'elle analyse comme deux obligations distinctes, ce qui signifie que, selon elle, une obligation (celle de renvoyer la personne sans délai) peut être suspendue tandis que l'autre (celle de maintenir la personne en détention) reste en vigueur. Cette « dissociation » ne me convainc pas, en particulier au vu des multiples objections de la RDC à ce qui s'est passé depuis la Décision du 9 juin 2011. J'estime, pour ma part, que la Décision du 9 juin 2011 suspendait en fait la totalité de l'accord de coopération conclu avec la RDC concernant les témoins détenus sur la base de l'article 93-7 et qu'à partir de ce moment-là, le maintien en détention des témoins était en fait attribuable à la Cour.

12. Je renverrai également à la déclaration de la Chambre de première instance au paragraphe 80 de la Décision du 9 juin 2011, à savoir que les témoins « **restent détenus**, sous la garde de la Cour » [non souligné dans l'original]¹⁶, ainsi qu'à celle (faite dans la perspective du scénario qui s'est finalement réalisé) selon laquelle « [d]urant le déroulement de cette procédure de consultation, les témoins demeureront sous la garde de la Cour [...] »¹⁷. Dans la Décision du 24 août 2011, la Chambre de

¹⁴ Décision du 24 août 2011, par. 16, renvoyant à la Décision du 9 juin 2011, par. 85.

¹⁵ Décision du 24 août 2011, par. 17.

¹⁶ Voir *supra*, par. 6.

¹⁷ Décision du 9 juin 2011, par. 85.

première instance a ensuite rappelé ces déclarations et maintenu les témoins en détention sur la base de ce raisonnement antérieur.

13. Somme toute, je considère que, depuis la Décision du 9 juin 2011, c'est la Cour qui est responsable de la détention des témoins et que la Chambre de première instance a bel et bien délivré une ordonnance de détention, fondée sur sa propre décision, prise en toute indépendance, de les maintenir en détention durant la procédure de consultation, et non sur une ordonnance de détention délivrée par la RDC. Par conséquent, puisque les témoins sont détenus sur l'ordonnance de la Cour, c'est à elle qu'échoit la responsabilité de veiller au respect de leur droit de demander l'examen judiciaire de la légalité de leur détention.

14. Étant donné que, selon moi, la détention actuelle des témoins est attribuable à la Cour, j'estime que la Chambre de première instance a commis une erreur en se déclarant incompétente pour déterminer si cette détention était illégale ou l'était devenue. Il y a là une violation du droit des témoins détenus à ce que leur détention soit examinée, à laquelle il faut remédier.

15. Je reconnais que l'existence d'une obligation de remédier à une violation persistante des droits de l'homme découlant de la Décision attaquée ne répond pas nécessairement à la question de savoir si la Chambre d'appel est compétente, au regard de l'article 82-1 du Statut, pour examiner l'appel. La situation est sans précédent et semble sortir du cadre établi par le Statut et le Règlement, comme la Chambre de première instance l'a elle-même déjà déclaré à de multiples reprises¹⁸.

16. Cela étant dit, j'estime que le recours formé par les témoins détenus peut et, dans les circonstances de l'espèce, doit, être traité comme un appel interjeté en vertu de l'article 82-1-a du Statut contre une « décision sur la compétence », la Chambre de première instance s'étant déclarée incompétente pour examiner la légalité de leur détention. Une telle conclusion peut être perçue comme incompatible avec celle tirée dans l'Arrêt *Lubanga* OA 4, dans lequel la Chambre d'appel a jugé que le grief formulé par Thomas Lubanga sur la base de l'article 21-3 (initialement présenté

¹⁸ Voir, par exemple, Décision du 9 juin 2011, par. 85, où il est dit que « [n]i [le Statut] ni le Règlement n'ont prévu cette hypothèse inédite ».

comme un abus de procédure) ne relevait pas de l'article 82-1-a, le qualifiant au lieu de cela de « demande *sui generis* »¹⁹. Cependant, selon moi, on peut écarter l'Arrêt *Lubanga* OA 4 puisque dans le cas d'espèce, la Chambre de première instance a jugé qu'elle ne pouvait pas examiner la légalité de la détention des témoins, alors que dans la situation traitée par l'Arrêt *Lubanga* OA 4, la chambre jugeant en première instance s'était prononcée sur la demande de l'accusé tendant à ce que la Cour s'abstienne d'exercer sa compétence en raison de violations alléguées des droits de l'homme. Donc, à la différence de l'Arrêt *Lubanga* OA 4, il est ici véritablement question de la compétence de la Cour, et plus précisément de celle de la Chambre de première instance d'examiner la détention actuelle des témoins. En d'autres termes, la Décision attaquée limite l'exercice de la compétence de la Cour, s'agissant de ses obligations en matière de droits de l'homme, aux personnes mises en détention sur la base d'une ordonnance délivrée par la Cour dans des circonstances qui n'étaient sans doute pas prévues initialement dans le Statut. De plus, dans l'Arrêt *Lubanga* OA 4, la Chambre d'appel a confirmé la conclusion à laquelle avait abouti la chambre jugeant en première instance, selon laquelle les violations alléguées des droits de l'homme ne pouvaient pas être imputées au Procureur²⁰. Cela ne saurait s'appliquer à la situation des témoins détenus car leur droit à l'examen judiciaire de leur détention a, selon moi, été violé dans la Décision attaquée par la Cour elle-même, et il continue de l'être.

17. Je suis d'avis qu'une interprétation restrictive de l'article 82-1-a du Statut serait, dans les circonstances de l'espèce, inconciliable avec les dispositions de l'article 21-3, selon lequel l'application et l'interprétation du Statut par la Cour doit être compatible avec les droits de l'homme internationalement reconnus. En effet, si l'appel était déclaré irrecevable, il deviendrait impossible pour les témoins détenus d'exercer leur droit de demander l'examen de la légalité de leur détention. Il serait fort singulier qu'une cour telle que la CPI, qui est censée connaître des violations les plus graves des droits de l'homme, ne puisse connaître de celles dont elle est elle-même responsable et y remédier.

¹⁹ Voir Arrêt *Lubanga* OA 4, par. 24.

²⁰ Voir Arrêt *Lubanga* OA 4, par. 42.

18. Pour la même raison, j'estime que, dans les circonstances spécifiques du présent appel, et afin de remédier à la violation persistante du droit des témoins détenus à l'examen judiciaire de leur détention, l'article 82-1 du Statut devrait être interprété de façon à inclure lesdits témoins parmi les « parties ». À cet égard, je fais observer qu'en vertu de l'article 82-1-a, les *États* qui contestent la recevabilité d'une affaire peuvent ensuite également faire appel de « décisions sur [...] la recevabilité²¹ ». Cela prouve que le mot « partie » au sens de l'article 82-1 ne se limite manifestement pas aux parties au sens « classique » du terme, à savoir le Procureur et la Défense.

19. La conclusion que l'appel est recevable au motif que la Décision attaquée engendre une violation des droits de l'homme attribuable à la Cour, en privant les témoins détenus du droit de demander l'examen judiciaire de la légalité de leur détention, a nécessairement des répercussions sur le traitement de l'appel au fond. Comme je l'ai déjà dit, la Chambre de première instance a, selon moi, eu tort de conclure que la Cour n'était pas responsable, ou au moins co-responsable, de la détention des témoins. Cette erreur a sérieusement entaché la Décision attaquée car c'est sur cette base qu'elle s'est déclarée incompétente pour examiner la Demande de mise en liberté et, en particulier, la légalité de la détention des témoins.

²¹ Voir *Le Procureur c. Uhuru Muigai Kenyatta et autres*, 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, 30 août 2011, ICC-01/09-02/11-274-tFRA (OA) ; *Le Procureur c. William Samoei Ruto et autres*, 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, 30 août 2011, ICC-01/09-01/11-307-tFRA (OA).

20. Par conséquent, je jugerais l'appel recevable, j'infirm后会 la Décision attaquée et je renverrais la question devant la Chambre de première instance, en lui donnant pour instruction spécifique de statuer sur la légalité de la détention des témoins.

/signé/

M. le juge Sang-Hyun Song

Fait le 20 janvier 2014

À La Haye (Pays-Bas)