



Original : anglais

N° : ICC-01/04-01/07

Date : 11 mars 2009

DEVANT LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE II

**Composée comme suit : M. le juge Bruno Cotte, juge président
Mme la juge Fatoumata Dembele Diarra
Mme la juge Fumiko Saiga**

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

Version publique expurgée

**Exception d'irrecevabilité de l'affaire,
soulevée par la Défense de Germain Katanga en vertu de l'article 19-2-a du Statut**

Origine : Défense de Germain Katanga

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

Le Bureau du Procureur

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

Le conseil de Germain Katanga

M^e David Hooper
Mme Caroline Buisman

Le conseil de Mathieu Ngudjolo Chui

M^e Jean-Pierre Kilenda Kakengi Basila
Mme Maryse Alié

Les représentants légaux des victimes

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

Les représentants légaux des demandeurs

Les victimes non représentées

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

Le Bureau du conseil public pour les victimes

Mme Paolina Massidda

Le Bureau du conseil public pour la Défense

Les représentants des États

L'amicus curiae

GREFFE

Le Greffier

Mme Silvana Arbia

La Section d'appui à la Défense

L'Unité d'aide aux victimes et aux témoins

La Section de la détention

La Section de la participation des victimes et des réparations

Autres

Introduction

1. La Défense de Germain Katanga (« la Défense ») dépose devant la Chambre de première instance une exception d'irrecevabilité de l'affaire comme l'y autorise l'article 19-2-a du Statut.

2. La Défense dépose la présente exception d'irrecevabilité à ce stade car ce n'est que maintenant, après l'audience de confirmation des charges, qu'elle a une compréhension suffisamment précise des charges pour pouvoir déterminer en toute connaissance de cause si l'un des motifs énoncés à l'article 17-1 s'applique. La Défense avait déjà informé la Chambre de première instance nouvellement constituée de son intention de contester la recevabilité de l'affaire dès que possible¹. Des enquêtes supplémentaires menées par la Défense en République démocratique du Congo ont différé le dépôt de la présente exception, et la Défense regrette tout retard que cela aurait occasionné. Le Statut autorise le dépôt d'une exception d'irrecevabilité « avant l'ouverture ou à l'ouverture du procès », voire, dans des circonstances exceptionnelles, après le début du procès (article 19-4). Normalement, une personne ne peut contester la recevabilité de l'affaire la concernant qu'une seule fois ; il est donc essentiel qu'elle s'y prépare soigneusement.

3. Le présent document est la première exception d'irrecevabilité soulevée devant la CPI. La Défense expose ici un certain nombre de points préliminaires.

4. Premièrement, les règles 58 et 59 régissent la procédure visée à l'article 19. En application de la règle 59-2, la Chambre de première instance doit arrêter la procédure à suivre et peut prendre les mesures utiles au bon déroulement de l'instance. La Défense soutient qu'il convient de tenir une audience compte tenu de l'importance de la question. Elle affirme également que, contrairement à ce qu'envisage la règle 59-2, l'exception d'irrecevabilité ne devrait pas être examinée dans le cadre du procès parce qu'il est probable que cela retarderait de façon

¹ Transcription anglaise, T-53-ENG ET WT 28-11-2008 1-99 SZ T, p. 49.

excessive le règlement de la question. En outre, la contestation de la recevabilité ne concerne pas M. Ngudjolo, lequel doit être jugé conjointement avec M. Katanga.

5. Deuxièmement, la présente exception se fonde en partie sur des décisions, communications et renseignements antérieurs qui sont confidentiels. La Défense l'a donc déposée à titre confidentiel et *ex parte* dans l'attente des instructions de la Chambre de première instance quant à l'expurgation de diverses parties de l'exception et de ses annexes. Consciente de la procédure prévue à la règle 58-3, la Défense convient qu'il est important que la présente exception soit promptement communiquée au Procureur.

6. Troisièmement, l'article 19-3 du Statut confère à ceux qui ont déféré une situation et aux victimes le droit de soumettre des observations à la Cour. À cet égard, en application de la règle 59-2, c'est au Greffier qu'il revient de fournir un résumé des motifs exposés dans la présente exception, selon des modalités compatibles avec le respect de la confidentialité des informations, la protection des personnes et la préservation des preuves. La Défense propose que le résumé du Greffier soit fourni à la Défense pour commentaires et à la Chambre de première instance pour approbation, car la participation de l'État qui a déféré la situation (la République démocratique du Congo) et des victimes pourrait avoir d'importantes conséquences pour la présente procédure et requérir la supervision de la Chambre.

7. Outre ces points, la Défense met en avant que la contestation de la recevabilité vise à s'assurer que la procédure suivie est régulière et que M. Katanga ne sera pas jugé en violation de l'une des pierres angulaires du Statut de la CPI, à savoir le principe de complémentarité. Aux fins de la présente exception, la Défense doit, sur la base des éléments de preuve en sa possession, comparer les enquêtes et les poursuites menées par les autorités de la République démocratique du Congo et par la CPI. Certes, cette démarche aboutira à un débat évoquant les allégations ou soupçons soulevés dans les deux juridictions, mais la Défense souligne qu'on ne saurait en tirer aucune conclusion concernant les charges actuellement portées contre M. Katanga. Le présent débat revêt un caractère entièrement procédural.

Rappel de la procédure et éléments de preuve recueillis lors d'enquêtes et de poursuites en République démocratique du Congo

8. À un stade précoce de la présente affaire, la Défense s'est émue du fait que M. Katanga ait été arrêté et transféré à la CPI en dépit des enquêtes et des poursuites engagées contre lui en République démocratique du Congo. Pour déterminer si une affaire est recevable, il faut disposer d'une bonne connaissance des enquêtes et des poursuites menées et des intentions tant des autorités nationales que de la CPI. La Défense n'a eu connaissance des charges précises qu'à l'issue de l'audience de confirmation des charges. Pour ce qui est de la République démocratique du Congo, la Défense a cherché à obtenir tous les renseignements et toutes les preuves disponibles quant aux enquêtes et poursuites concernant son client.

9. Dans le cadre de la communication des pièces par le Procureur, la Défense a reçu un certain nombre de documents.

10. Pour authentifier ces documents et s'assurer qu'il n'y a pas de lacunes, la Défense a également demandé une assistance judiciaire à la République démocratique du Congo.

a. La Défense a présenté une requête aux fins d'assistance judiciaire à la République démocratique du Congo le 25 janvier 2008 en lui demandant de répondre dans les cinq jours².

b. Le 26 février, la Défense n'avait pas reçu de réponse. Elle a présenté une nouvelle requête le 26 février, faisant savoir que si elle ne recevait pas de réponse utile dans les sept jours, elle demanderait l'aide de la Chambre préliminaire en vertu de l'article 57-3-b.

² ICC-01/04-01/07-371-Conf-Exp-Anx2.

- c. Le 27 février 2008, la Défense a reçu en réponse une lettre³ l'informant que :
- o i) la convention de coopération conclue avec le Bureau du Procureur ne gère que la coopération avec cet organe particulier ;
 - o ii) de ce fait, la République démocratique du Congo refuse catégoriquement de donner une suite favorable à la requête de la Défense ;
 - o iii) il est loisible à la Défense de trouver les éléments de réponse qu'elle recherche et de tenter de recueillir des documents par ses propres moyens.

d. Compte tenu du troisième point de cette réponse, M. Logo, personne-ressource employée par l'équipe de la Défense, a adressé le 29 février 2008 au Procureur général de la République démocratique du Congo une demande de consultation du dossier de l'affaire concernant M. Katanga⁴.

e. Le 7 avril 2007, aucune réponse n'avait été reçue.

f. Le 7 avril 2008, la Défense a déposé en vertu de l'article 57-3-b du Statut une demande visant à obtenir la coopération de la République démocratique du Congo⁵.

g. Le 17 avril 2008, la Défense a déposé une demande révisée aux fins de coopération⁶.

³ ICC-01/04-01/07-371-Conf-Exp-Anx5.

⁴ ICC-01/04-01/07-371-Conf-Exp-Anx6.

⁵ ICC-01/04-01/07-371-Conf-Exp.

⁶ ICC-01/04-01/07-406-Conf-Exp.

h. Le 25 avril 2008, la Chambre a rendu la Décision relative à la demande de la Défense déposée le 7 avril 2008 en vertu de l'article 57-3-b du Statut de Rome visant à obtenir la coopération de la République démocratique du Congo⁷, par laquelle elle faisait partiellement droit à la demande de la Défense.

i. Le 6 mai 2008, la Défense a déposé une requête aux fins d'autorisation d'interjeter appel de la Décision relative à la demande de la Défense déposée le 7 avril 2008 en vertu de l'article 57-3-b du Statut de Rome visant à obtenir la coopération de la République démocratique du Congo⁸ ; le même jour, elle a demandé que soit reçue cette requête déposée tardivement⁹. La Chambre l'a déboutée de sa demande le 15 mai 2008, rejetant ainsi avant tout examen au fond la requête aux fins d'autorisation d'interjeter appel¹⁰.

j. [EXPURGÉ]

k. [EXPURGÉ]

l. [EXPURGÉ]

m. [EXPURGÉ]

⁷ ICC-01/04-01/07-443-Conf-Exp-tFRA et version publique expurgée ICC-01/04-01/07-444-tFRA.

⁸ ICC-01/04-01/07-467-Conf-Exp.

⁹ ICC-01/04-01/07-468-Conf-Exp.

¹⁰ ICC-01/04-01/07-478.

11. Grâce à la communication de pièces par l'Accusation, aux communications du Greffe et aux enquêtes menées par la Défense, celle-ci dispose désormais des éléments de preuve pertinents ci-après, qui se rapportent à l'arrestation et à la détention de M. Katanga en République démocratique du Congo ainsi qu'aux procédures qui y sont engagées contre lui.

a. « Pro-Justicia Mandat d'arrêt » à l'encontre de M. Katanga pour « atteinte à la sûreté de l'État », daté du 10 mars 2005¹¹ ;

b. « Lettre datée du 21 mars 2005, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de la République démocratique du Congo auprès de l'Organisation des Nations Unies », S/2005/190, l'informant de l'arrestation de M. Katanga¹² ;

c. Document judiciaire n° 0120, 0121 et 0122/NBT/05 daté du 25 mars 2005, selon lequel M. Katanga est accusé de génocide et de crimes contre l'humanité¹³ ;

d. Lettre du Procureur général de la République démocratique du Congo à l'Auditeur général des Forces armées de la République démocratique du Congo (FARDC), datée du 20 janvier 2005, transmettant le dossier RMP 0603/BKG de l'affaire *Ministère public contre Germain Katanga* que le Procureur de la République de Bunia lui avait envoyé sous le couvert d'une lettre datée du 26 mars 2005¹⁴ ;

¹¹ DRC-OTP-0138-780, communiqué le 29 janvier 2008 en tant que preuve à charge (annexe a) ; ICC-01/04-01-07-708-Conf-Exp-Anx2, p. 6.

¹² DRC-OTP-0154-0531, communiqué le 13 janvier 2008 en application de la règle 77 (annexe b).

¹³ DRC-OTP-1010-0385, communiqué le 28 février 2008 en application de la règle 77 (annexe c1) ; DRC-OTP-0155-0414, communiqué le 13 mars 2008 en application de la règle 77 (annexe c2) ; ICC-01/04-01/07-708-Conf-Exp-Anx2, p. 8.

¹⁴ DRC-OTP-1010-0013, communiqué le 28 février 2008 en application de la règle 77 (annexe d).

e. Document judiciaire n° 0120, 0121 et 0122/NBT/05 daté du 25 avril 2005, selon lequel M. Katanga est accusé de génocide et de crimes contre l'humanité¹⁵ :

f. Document judiciaire n° 0120, 0121 et 0122/NBT/05 daté du 25 mai 2005, selon lequel M. Katanga est accusé de génocide et de crimes contre l'humanité¹⁶ ;

g. Document judiciaire n° 0120, 0121 et 0122/NBT/05 daté du 25 juin 2005, selon lequel M. Katanga est accusé de génocide et de crimes contre l'humanité¹⁷ ;

h. Document judiciaire n° 0120, 0121 et 0122/NBT/05 daté du 25 juillet 2005, selon lequel M. Katanga est accusé de génocide et de crimes contre l'humanité¹⁸ ;

i. « Note synoptique sur état de la procédure-Dossier de l'Ituri, Réf RMP N° 0120, 0121 et 0122/NBT/2005 » datée du 10 août 2005 [EXPURGÉ]

j. Document judiciaire n° 0120, 0121 et 0122/NBT/05 daté du 25 août 2005, selon lequel M. Katanga est accusé de génocide et de crimes contre l'humanité¹⁹ ;

¹⁵ DRC-OTP-1010-0384, communiqué le 28 février 2008 en application de la règle 77 (annexe e) ; DRC-OTP-0155-0414, communiqué le 13 mars 2008 en application de la règle 77 (annexe c2) ; ICC-01/04-01/08-708-Conf-Exp-Anx2, p. 9.

¹⁶ DRC-OTP-1010-0383, communiqué le 8 février 2008 en application de la règle 77 (annexe f) ; DRC-OTP-0155-0414, communiqué le 13 mars 2008 en application de la règle 77 (annexe c2) ; ICC-01/04-01/07-708-Conf-Exp-Anx2, p. 10.

¹⁷ DRC-OTP-1010-0382, communiqué le 28 février 2008 en application de la règle 77 (annexe g) ; DRC-OTP-0155-0414, communiqué le 13 mars 2008 en application de la règle 77 (annexe c2) ; ICC-01/04-01/07-708-Conf-Exp-Anx2, p. 11.

¹⁸ DRC-OTP-1010-0381, communiqué le 28 février 2008 en application de la règle 77 (annexe h) ; DRC-OTP-0155-0414, communiqué le 13 mars 2008 en application de la règle 77 (annexe c2) ; ICC-01/04-01/07-708-Conf-Exp-Anx2, p. 12.

k. Document judiciaire n° 0120, 0121 et 0122/NBT/05 daté du 25 septembre 2005, selon lequel M. Katanga est accusé de génocide et de crimes contre l'humanité²⁰ ;

l. Document judiciaire n° 0120, 0121 et 0122/NBT/05 daté du 25 octobre 2005, selon lequel M. Katanga est accusé de génocide et de crimes contre l'humanité²¹ ;

m. Document judiciaire n° 0120, 0121 et 0122/NBT/05 daté du 25 novembre 2005, selon lequel M. Katanga est accusé de génocide et de crimes contre l'humanité²² ;

n. Document judiciaire n° 0120, 0121 et 0122/NBT/05 daté du 24 décembre 2005, selon lequel M. Katanga est accusé de génocide et de crimes contre l'humanité²³ ;

o. Lettres de M. Katanga et [EXPURGÉ] à l'Auditeur général des FARDC, datées du 17 janvier 2006, demandant leur mise en liberté provisoire²⁴ ;

¹⁹ DRC-OTP-1010-0380, communiqué le 28 février 2008 en application de la règle 77 (annexe j) ; DRC-OTP-0155-0414, communiqué le 13 mars 2008 en application de la règle 77 (annexe c2) ; ICC-01/04-01/07-708-Conf-Exp-Anx2, p. 13.

²⁰ DRC-OTP-1010-0379, communiqué le 28 février 2008 en application de la règle 77 (annexe k) ; DRC-OTP-0155-0414, communiqué le 13 février 2008 en application de la règle 77 (annexe c2) ; ICC-021/04-01/07-708-Conf-Exp-Anx2, p. 14.

²¹ DRC-OTP-1010-0378, communiqué le 28 février 2008 en application de la règle 77 (annexe l) ; DRC-OTP-0155-0414, communiqué le 13 mars 2008 en application de la règle 77 (annexe c2) ; ICC-01/04-01/07-708-Conf-Exp-Anx2, p. 15.

²² DRC-OTP-1010-0377, communiqué le 28 février 2008 en application de la règle 77 (annexe m) ; DRC-OTP-0155-0414, communiqué le 13 mars 2008 en application de la règle 77 (annexe c2) ; ICC-01/04-01/07-708-Conf-Exp-Anx2, p. 16.

²³ DRC-OTP-1010-0376, communiqué le 28 février 2008 en application de la règle 77 (annexe n) ; ICC-01/04-01/07-708-Conf-Exp-Anx2, p. 17.

²⁴ DRC-OTP-1010-0027, communiqué le 28 février 2008 en application de la règle 77 (annexe o).

p. Lettre datée du 18 janvier 2006 adressée par M. Katanga, [EXPURGÉ] à l'Auditeur général des FARDC, demandant leur mise en liberté provisoire, en particulier à la lumière de l'arrestation de l'organisateur présumé de l'embuscade qui a abouti à l'assassinat de neuf casques bleus²⁵ ;

q. « Pro-Justitia Procès-verbal d'audition » de M. Katanga par un officier du ministère public près la Haute Cour militaire, daté du 20 janvier 2006²⁶, M. Katanga étant interrogé : [EXPURGÉ]

r. Document judiciaire n° 0120, 0121 et 0122/NBT/05 daté du 24 janvier 2006, selon lequel M. Katanga est accusé de génocide et de crimes contre l'humanité²⁷ ;

s. « Décision de prorogation de la détention provisoire » de M. Katanga, inculpé de crimes contre l'humanité, déposée le 19 mars 2006 par l'Officier du ministère public près la Haute Cour militaire (RP/RMP N° 0121 et 0122/NBT/05)²⁸ ;

t. Lettre datée du 4 avril 2006 adressée par M^e [EXPURGÉ], conseil de M. Katanga, [EXPURGÉ] à l'Auditeur général des FARDC, demandant leur mise en liberté provisoire en raison du dépassement du délai légal de détention préventive²⁹ ;

²⁵ DRC-OTP-1010-0023, communiqué le 28 février 2008 en application de la règle 77 (annexe p1) ; DRC-OTP-0155-0485, communiqué le 6 mars 2008 en application de la règle 77 (annexe p2).

²⁶ DRC-OTP-0155-0318 (annexe q1) et DRC-OTP-1016-0150 (annexe q2), communiqués le 29 janvier 2001 en tant qu'éléments de preuve à charge.

²⁷ DRC-OTP-1010-0375, communiqué le 28 février 2008 en application de la règle 77 (annexe r) ; DRC-OTP-0155-0414, communiqué le 13 mars 2008 en application de la règle 77 (annexe c2) ; ICC-01/04-01/07-708-Conf-Exp-Anx2, p. 18.

²⁸ DRC-OTP-1010-0452, communiqué le 28 février 2008 en application de la règle 77 (annexe s) ; ICC-01/04-01/07-708-Conf-Exp-Anx2, p. 7.

²⁹ DRC-OTP-1010-0029 (annexe t1) et DRC-OTP-1010-0044 (annexe t2), communiqués le 28 février 2008 en application de la règle 77.

u. « Requête aux fins de prorogation de la détention provisoire » de M. Katanga et consorts, datée du 18 avril 2006, présentée par l'Officier du ministère public près la Haute Cour militaire³⁰, indiquant que M. Katanga est poursuivi pour crimes contre l'humanité pour avoir commis en Ituri entre mai 2003 et décembre 2005, dans le cadre d'attaques systématiques lancées contre la population, un des actes énumérés à l'article 169 du Code pénal militaire congolais ;

v. « Notification de date d'audience au ministère public » émanant du Greffe de la Haute Cour militaire, datée du 4 mai 2006 : comme suite à la demande de l'Accusation de proroger la détention provisoire de M. Katanga et consorts, la cause sera entendue le 5 mai 2006³¹ ;

w. Notification datée du 5 mai 2006 relative à la tenue d'une audience dans l'affaire concernant M. Katanga le 9 mai 2006³² ;

x. Notification datée du 11 mai 2006 relative à la tenue d'une audience dans l'affaire concernant M. Katanga le 12 mai 2006³³ ;

y. « Pro-Justitia Arrêt avant dire droit » rendu le 12 mai 2006 par la Haute Cour militaire, suspendant la procédure relative à la prorogation de la détention de M. Katanga et consorts, au motif que le siège ne se composait pas de suffisamment de juges ayant le grade militaire requis³⁴ ;

³⁰DRC-OTP-1010-0361, communiqué le 28 février 2008 en application de la règle 77 (annexe u) et obtenu par notre enquêteur en février 2008 ; ICC-01/04-01/07-708-Conf-Exp-Anx2 p. 24.

³¹ DRC-OTP-1010-0459, communiqué le 28 février 2008 en application de la règle 77 (annexe v) et original fourni par notre enquêteur en février 2008.

³² Original fourni par notre enquêteur en février 2008 (annexe w).

³³ Original fourni par notre enquêteur en février 2008 (annexe x).

³⁴ DRC-OTP-1010-0052, communiqué le 28 février 2008 en application de la règle 77 (annexe y1) ; DRC-OTP-0155-0250, communiqué le 6 mars 2008 en application de la règle 77 (annexe y2) et obtenu par notre enquêteur en février 2008.

z. Notification datée du 24 novembre 2006 relative à la tenue d'une audience dans l'affaire concernant M. Katanga le 30 novembre 2006³⁵ ;

aa. « Ordonnance statuant en matière de prorogation de la détention préventive » de M. Katanga et consorts, datée du 1^{er} décembre 2006, dans laquelle la Haute Cour militaire³⁶ :

- o Précise que M. Katanga, [EXPURGÉ] sont poursuivis pour crimes contre l'humanité ; fait commis durant la période allant de mai 2003 à décembre 2005 [EXPURGÉ] ;
- o Affirme que l'illégalité de la détention invoquée par les détenus est infondée ;
- o Autorise la prorogation de leur détention provisoire pour une durée de 60 jours ouvrables, compte tenu du danger de fuite et de la gravité des faits allégués ;

bb. « Commission rogatoire N° AG/0742/RMP 0121-0138-NBT-05 » datée du 15 décembre 2006, par laquelle l'Auditeur général et Officier du ministère public près la Haute Cour militaire³⁷ : [EXPURGÉ]

cc. Lettre datée du 21 décembre 2006, adressée par l'Auditeur militaire de garnison de l'Ituri à l'Auditeur général des FARDC, accusant réception de la « Commission rogatoire No AG/ /RMP. 0121-0138-NBT-05 » concernant M. Katanga et consorts, [EXPURGÉ]

³⁵ Original fourni par notre enquêteur en février 2008 (annexe z).

³⁶ DRC-OTP-1010-0369, communiqué le 28 février 2008 en application de la règle 77 (annexe aa1) ; DRC-OTP-0171-0359, communiqué le 6 mars 2008 en application de la règle 77 (annexe aa2) et obtenu par notre enquêteur ; ICC-01/04-01/07-708-Conf-Exp-Anx2, p. 27.

³⁷ DRC-OTP-1010-0061, communiqué le 28 février 2008 en application de la règle 77 (annexe bb).

dd. Lettre intitulée « Demande de renseignements complémentaires », datée du 22 janvier 2007, adressée au Procureur de la CPI par l’Auditeur général près la Haute Cour militaire³⁸ : [EXPURGÉ]

ee. « Mémoire à la bienveillante attention de son excellence Monsieur le Ministre de la justice et Garde des sceaux », daté du 31 janvier 2007, adressé par M. Katanga et consorts, lesquels renvoient à leur arrestation et à leur détention en République démocratique du Congo et concluent en demandant « l’accélération de la procédure devant une institution judiciaire légitime jouissant d’une crédibilité moins contestable, à l’occurrence la Cour pénale internationale »³⁹ ;

ff. Lettre intitulée « Mémo et 8 pièces » datée du 31 janvier 2007, adressée par M. Katanga et consorts au Ministre de la justice et Garde des sceaux, lui transmettant leur mémorandum⁴⁰ ;

gg. Lettre datée du 14 février 2007, adressée par le Procureur de la CPI à l’Auditeur général près la Haute Cour militaire (OTP/140207- DRC56/LMO-ptcc) en réponse à sa « Demande de renseignements complémentaires datée du 22 janvier 2007 »⁴¹ :

- o Le Procureur a identifié des éléments d’information potentiellement utiles aux enquêtes de l’Auditeur général et relatifs à plusieurs incidents listés dans sa demande, mais il ne lui est actuellement pas

³⁸ DRC-OTP-0171-1773, communiqué le 13 mars 2008 en application de la règle 77 (annexe dd).

³⁹ DRC-OTP-0172-0007, communiqué le 29 janvier 2008 en tant que preuve à charge (annexe ee1) ; DRC-OTP-1010-0033, communiqué le 28 février 2008 en application de la règle 77 (annexe ee2) et obtenu par notre enquêteur en février 2008.

⁴⁰ DRC-OTP-1010-0031, communiqué le 28 février 2008 en application de la règle 77 (annexe ff1) ; DRC-OTP-0172-0005, communiqué le 21 avril 2008 en tant que preuve à charge (annexe ff2) et obtenu par notre enquêteur en février 2008.

⁴¹ DRC-OTP-0182-0429, communiqué le 6 mars 2008 en application de la règle 77 (annexe gg).

possible de les transmettre dans un souci de confidentialité ; il est toutefois disposé à fournir des résumés de ces éléments d'information ;

hh. « Requête aux fins de prorogation de la détention provisoire » de M. Katanga et consorts, n° AG/0187/D5/2007, datée du 2 mars 2007, présentée par l'Auditeur général près la Haute Cour militaire⁴² ; [EXPURGÉ]

ii. Notification datée du 29 mars 2007 relative à la tenue d'une audience dans l'affaire concernant M. Katanga le 5 avril 2007⁴³ ;

jj. Notification datée du 29 mars 2007 relative à la tenue d'une audience dans l'affaire concernant M. Katanga le 10 avril 2007⁴⁴ ;

kk. « Ordonnance statuant en matière de prorogation de la détention préventive », émanant de la Haute Cour militaire, datée du 10 avril 2007, autorisant la prorogation de la détention de M. Katanga et consorts pour une durée de 60 jours ouvrables au motif qu'elle n'a « aucune garantie de la présentation des inculpés aux actes de procédure à venir »⁴⁵ ;

ll. Lettre datée du 10 avril 2007 adressée par le Greffier en chef de la Haute Cour militaire au directeur du CPRK, lui demandant de notifier à M. Katanga et consorts l'« Ordonnance statuant en matière de prorogation de la détention préventive »⁴⁶ ;

mm. Lettre datée du 16 avril 2007 adressée par le directeur du CPRK au Greffier en chef de la Haute Cour militaire, l'informant que l'« Ordonnance de

⁴² DRC-OTP-1010-0364, communiqué le 28 février 2008 en application de la règle 77 (annexe hh) ; ICC-01/04-01/07-708-Conf-Exp-Anx2, p. 19.

⁴³ Obtenu par notre enquêteur en février 2008 (annexe ii).

⁴⁴ Obtenu par notre enquêteur en février 2008 (annexe jj).

⁴⁵ DRC-OTP-1010-0461, communiqué le 28 février 2008 en application de la règle 77 (annexe kk).

⁴⁶ DRC-OTP-1010-0460, communiqué le 28 février 2008 en application de la règle 77 (annexe ll).

prorogation de détention préventive ministère public contre M. Katanga et consorts » a été notifiée à M. Katanga et consorts, qui ont refusé de signer l'accusé de réception en l'absence de leur conseil⁴⁷ ;

nn. Copie certifiée conforme, datée du 24 mai 2007, du dossier intitulé « Farde Parquet » indiquant que M. Katanga est prévenu de crimes contre l'humanité par l'Auditeur général du ministère public⁴⁸ ;

oo. Lettre datée du 25 juin 2007, adressée par M. Katanga au Président de la Haute Cour militaire, lui demandant sa mise en liberté provisoire⁴⁹ ;

pp. Mandat d'arrêt délivré par la Chambre préliminaire I de la CPI à l'encontre de Germain Katanga, daté du 2 juillet 2007⁵⁰ ;

qq. Ordonnance relative à l'exécution du mandat d'arrêt à l'encontre de Germain Katanga, datée du 2 juillet 2007⁵¹ ;

rr. Demande d'arrestation et de remise de Germain Katanga adressée à la République démocratique du Congo par la Chambre préliminaire I de la CPI et datée du 6 juillet 2007⁵² ;

ss. Demande de la Chambre préliminaire I de la CPI adressée le 6 juillet 2007 à la République démocratique du Congo en vue d'obtenir l'identification, la localisation, le gel et la saisie des biens et avoirs de Germain Katanga⁵³ ;

⁴⁷ DRC-OTP-1010-0360, communiqué le 28 février 2008 en application de la règle 77 (annexe mm).

⁴⁸ DRC-OTP-1010-0002, communiqué le 29 janvier 2008 en tant que preuve à charge (annexe nn).

⁴⁹ DRC-OTP-1013-0263, communiqué le 21 janvier 2008 en application de la règle 77 (annexe oo) et obtenu par notre enquêteur.

⁵⁰ ICC-01/04-01/07-1.

⁵¹ ICC-01/04-01/07-2-Conf.

⁵² ICC-01/04-01/07-6.

⁵³ ICC-01/04-01/07-7.

tt. Demande de transit de M. Katanga en Corse adressée par Marc Dubuisson le 16 octobre 2007 au Gouvernement de la République française⁵⁴ ;

uu. [EXPURGÉ]

vv. Lettre de l’Auditeur général près la Haute Cour militaire adressée le 17 octobre 2007 au Greffier de la Cour et transmettant au Greffe de la CPI le dossier judiciaire de M. Katanga ainsi que les annexes à celui-ci⁵⁵ :

- Le « mandat d’extraction » de M. Katanga délivré par l’Officier du ministère public de la République démocratique du Congo le 17 octobre 2007 ;
- Un rapport sur la procédure d’arrestation ;
- Une fiche d’identification judiciaire ;
- [EXPURGÉ]
- Une note manuscrite contenant les observations de la Défense sur la procédure de notification ;
- Un procès-verbal de notification de la demande de la CPI provenant de l’Avocat général près la Haute Cour militaire, daté du 17 octobre 2007 :
 - Faisant état de ce que, depuis le 19 mars 2005, M. Katanga fait l’objet de l’instruction RMP n° 0123/NBT/05, du chef de génocide, crimes contre l’humanité, meurtre, détention illégale et tortures, infractions prévues et punies par le Code pénal militaire congolais ;
 - Notifiant à M. Katanga sa décision de déférer à la demande de la CPI tendant à obtenir son arrestation et sa remise à la CPI ainsi que l’identification, le gel et la saisie de ses biens et avoirs.

⁵⁴ ICC-01/04-01/07-40-Conf-Exp-Anx2.

⁵⁵ ICC-01/04-01/07-40-Conf-Exp-Anx3.

- Décision de l’Auditeur général près la Haute Cour militaire datée du 17 octobre 2007 :
 - Faisant état de ce que, depuis le 19 mars 2005, M. Katanga fait l’objet de l’instruction RMP n° 0123/NBT/05, du chef de génocide, crimes contre l’humanité, meurtre, détention illégale et tortures, infractions prévues et punies par le Code pénal militaire congolais ;
 - Décidant de déférer à la requête de la CPI ;
 - Décidant de clôturer la procédure engagée contre M. Katanga par l’Auditorat général, afin de faciliter la jonction des poursuites au niveau de la CPI ainsi que la bonne application du principe *ne bis in idem*.
- « Procès-verbal d’audition » de M. Katanga, établi par l’Avocat général près la Haute Cour militaire le 17 octobre 2007⁵⁶, indiquant ce qui suit :
 - « Q : La CPI nous a adressé une requête pour votre remise. Qu’en pensez-vous ?
 - R : Je suis d’accord avec cette juridiction ».

ww. [EXPURGÉ]

xx. Déclaration de remise de M. Katanga à la CPI datée du 18 octobre 2007 et signée par le représentant de la CPI, le représentant de la République démocratique du Congo et M^e Bertin Boki, conseil de M. Katanga⁵⁷ ;

yy. Rapport sur la remise et le transfert de M. Katanga daté du 18 octobre 2007 et signé par Marc Dubuisson et un représentant de la République démocratique du Congo⁵⁸ ;

⁵⁶ ICC-01/04-01/07-40-Anx3.5.

⁵⁷ ICC-01/04-01/07-40-Conf-Exp-Anx5.

⁵⁸ ICC-01/04-01/07-40-Conf-Exp-Anx6.

zz. [EXPURGÉ]

aaa. Procès-verbal de notification de la première comparution de M. Katanga établi par Dahirou Sant-Anna le 19 octobre 2007⁵⁹ ;

bbb. Courriel du médecin de la CPI daté du 22 octobre 2007 attestant que M. Katanga est en bonne santé⁶⁰ ;

ccc. Informations données par le Greffier de la CPI aux Chambres concernant l'exécution de la requête aux fins d'arrestation et de remise de M. Katanga, en date du 22 octobre 2007⁶¹ ;

ddd. Attestation d'Urbain Mutuale datée du 17 avril 2008 certifiant qu'à l'audience tenue le 10 avril 2008 devant la Haute Cour militaire de la République démocratique du Congo, l'Accusation avait soutenu que : « *Si la fixation de cette cause devant la juridiction de jugement traîne encore, c'est parce que nous attendons encore certains éléments auprès de la CPI pour nous permettre d'étoffer notre instruction* »⁶² ;

eee. [EXPURGÉ]

⁵⁹ ICC-01/04-01/07-40-Conf-Exp-Anx9.

⁶⁰ ICC-01/04-01/07-40-Conf-Exp-Anx8.

⁶¹ ICC-01/04-01/07-40-Conf-Exp.

⁶² Annexe ddd.

fff. « Mémo à l'intention de l'Aud Gén' » (date et auteur non indiqués) lequel indique que⁶³ :

- La justice militaire a été saisie par la MONUC de l'assassinat de neuf casques bleus. Les éléments de preuve contre les personnes mises préventivement aux arrêts sont insuffisants. L'enquête suit son cours ;
- La justice militaire, tenue par l'Acte d'engagement du 14 mai 2004 qui réhabilite les anciens seigneurs de guerre, peut difficilement poursuivre les signataires de cet acte, surtout si les faits allégués sont antérieurs au 14 mai 2004. La CPI, qui n'est pas liée par cet engagement ni par les immunités qui s'y attachent, pourrait enquêter sur les faits antérieurs au 14 mai 2004. La justice militaire est prête à lui offrir sa collaboration, en particulier au vu de l'instruction du Chef de l'État transmise à l'Auditeur général des FARDC par la note n° 0699 émanant du Directeur de cabinet du Chef de l'État.

12. Les résultats du processus de communication des pièces et des demandes de coopération peuvent être résumés comme suit :

- a. M. Katanga a été arrêté le 26 février 2005 mais le mandat d'arrêt le plus ancien en notre possession date du 10 mars 2005. Dans ce mandat d'arrêt, il est accusé d'« atteinte à la sûreté de l'État » ;
- b. Dans des documents judiciaires datés du 23 mars 2005 au 24 décembre 2006, il est accusé de crimes contre l'humanité et de génocide ;
- c. Dans la « Note synoptique sur l'état de la procédure-Dossier de l'Ituri, Réf RMP N° 0120, 0121 et 0122/NBT/2005 », datée du 10 août 2005, il est

⁶³ DRC-OTP-0118-0441, communiqué le 6 mars 2008 en application de la règle 77 (annexe fff).

prévenu de génocide et de crimes contre l'humanité pour la période allant de mai 2003 à février 2005 : [EXPURGÉ]

d. Dans la « Décision de prorogation de la détention provisoire » RP/RMP N° 0121 et 0122/NBT/05 du 19 mars 2006, il est inculpé de crimes contre l'humanité ;

e. Dans « l'Ordonnance statuant en matière de prorogation de la détention préventive » de Germain Katanga et consorts, datée du 1^{er} décembre 2006, il est poursuivi pour crimes contre l'humanité, faits commis entre mai 2003 et décembre 2005, pour avoir, dans le cadre d'attaques systématiques lancées contre la population civile, sciemment commis l'un des actes énumérés à l'article 169 du Code pénal militaire, en l'espèce, des meurtres ;

f. Dans la « Commission rogatoire N° AG/0742/RMP 0121-0138-NBT-05 » du 15 décembre 2006, il est prévenu des crimes suivants :

- Crimes contre l'humanité [EXPURGÉ]

g. Selon la « Demande de renseignements complémentaires » adressée par l'Auditeur général près la Haute Cour militaire au Procureur de la CPI le 22 janvier 2007, il est poursuivi pour génocide, crimes de guerre et crimes contre l'humanité ;

h. Selon la « Requête aux fins de prorogation de la détention provisoire », datée du 2 mars 2007, il est poursuivi pour crimes contre l'humanité [EXPURGÉ]

i. Dans une copie certifiée conforme, datée du 24 mai 2007, du dossier intitulé « Farde Parquet », M. Katanga est prévenu de crimes contre l'humanité ;

j. Dans un Procès-verbal de notification de la demande de la CPI, établi par l'Avocat général près la Haute Cour militaire le 17 octobre 2007 et dans la décision de l'Auditeur général près la Haute Cour militaire datée du 17 octobre 2007, il est indiqué que, depuis le 19 mars 2005, M. Katanga fait l'objet de l'instruction RMP n° 0123/NBT/05, du chef de génocide, crimes contre l'humanité, meurtre, détention illégale et tortures, infractions prévues et punies par le Code pénal militaire congolais.

13. Dans la Décision relative à la confirmation des charges datée du 26 septembre 2008⁶⁴, la Chambre préliminaire a confirmé les charges suivantes :

- meurtre constitutif d'un crime contre l'humanité punissable en vertu de l'article 7-1-a du Statut ;
- homicide intentionnel en tant que crime de guerre punissable en vertu de l'article 8-2-a-i du Statut ;
- le fait d'avoir fait participer des enfants activement à des hostilités en tant que crime de guerre punissable en vertu de l'article 8-2-b-xxvi du Statut ;
- le fait d'avoir intentionnellement dirigé des attaques contre la population civile du village de Bogoro constitutif d'un crime de guerre punissable en vertu de l'article 8-2-b-i du Statut ;
- pillage constitutif d'un crime de guerre punissable en vertu de l'article 8-2-b-xvi du Statut ;
- destructions de biens constitutives d'un crime de guerre punissable en vertu de l'article 8-2-b-xiii du Statut ;

⁶⁴ ICC-01/04-01/07-716-Conf-tFRA.

- esclavage sexuel en tant que crime contre l'humanité punissable en vertu de l'article 7-1-g du Statut ;
- esclavage sexuel en tant que crime de guerre punissable en vertu de l'article 8-2-b-xxii du Statut ;
- viol en tant que crime contre l'humanité punissable en vertu de l'article 7-1-g du Statut ;
- viol en tant que crime de guerre punissable en vertu de l'article 8-2-b-xxii du Statut.

14. Il ressort également nettement de la décision relative à la confirmation que la portée factuelle des charges confirmées se limite à l'attaque qui aurait été menée contre le village de Bogoro le 24 février 2003⁶⁵.

15. À l'examen des documents de la République démocratique du Congo relatifs à la procédure engagée contre M. Katanga en République démocratique du Congo et de la Décision de confirmation des charges rendue par la Chambre préliminaire, force est de constater que ces documents se recourent dans une large mesure, voire presque totalement. Ainsi, la République démocratique du Congo avait clairement l'intention de poursuivre M. Katanga pour crimes contre l'humanité et les faits reprochés comprennent l'attaque qui aurait été commise contre Bogoro. C'est donc avec préoccupation que la Défense voit que cette affaire a été jugée recevable.

Arguments de la Défense relatifs au principe de complémentarité

16. Les conditions de recevabilité d'une affaire définissent les modalités permettant d'appliquer correctement ce qui est généralement appelé principe de

⁶⁵ Ibid.

complémentarité. L'application de ce principe vise à garantir une répartition efficace et juste des affaires entre les juridictions nationales et la CPI. De l'avis de la Défense, il faut poser comme postulat que les tribunaux nationaux jouissent d'une primauté sur la CPI. Partant, la CPI a un rôle subsidiaire et n'intervient que lorsque les enquêtes ou poursuites menées au niveau national sont inexistantes ou, d'une certaine manière, « viciées ». Ce système est contraire à celui qui régit les relations entre le TPIY et le TPIR, d'une part, et les juridictions nationales, d'autre part, et qui permet à ces tribunaux internationaux de se prévaloir de leur primauté.

17. Le principe de complémentarité, son origine, son but et sa bonne interprétation ont fait couler beaucoup d'encre⁶⁶. L'importance du principe de complémentarité peut être envisagée selon différentes perspectives, telles que celles des États parties, de la CPI ou de l'accusé. Pour mieux faire comprendre sa thèse et à l'appui de l'argument qu'elle tire de la bonne interprétation des dispositions du Statut relatives à la recevabilité, la Défense propose l'analyse suivante de ces différentes perspectives.

18. Pour les États qui ont négocié le Statut de Rome, le principe de complémentarité était un élément fondamental du Statut en ce qu'il reflétait la tension entre souveraineté des États et justice internationale⁶⁷. Un nombre considérable d'États

⁶⁶ Quelques exemples : M.M. El Zeidy, *The Principle of Complementarity in International Criminal Law - Origin, Development and Practice*, (Leiden : Martinus Nijhoff Publishers 2008) ; S.A. Williams et W.A. Schabas, 'Article 17', in O. Triffterer (Dir. pub.), *Commentary in the Rome Statute of the International Criminal Court - Observers' Notes, Article by Article* (2^e édition) (Munich : Beck Verlag 2008), p. 605 à 625 ; I. Tallgren, 'Completing the "International Criminal Order": The Rethoric of International Repression and the Notion of Complementarity in the Draft Statute for an International Criminal Court', 67 *Nordic Journal of International Law* (1998) ; J. T. Holmes, 'The Principle of Complementarity', in R. S. Lee (Dir. pub.), *The International Criminal Court - The Making of the Rome Statute: issues, negotiations, results* (Kluwer Law International, La Haye 1999), p. 41 à 78 ; J.T. Holmes, 'Complementarity: National Courts versus the ICC', in A. Cassese et al. (Dir. pub.), *The Rome Statute of the International Criminal Court - A Commentary* (Oxford University Press, Oxford 2002), p. 667 à 685 ; J.K. Kleffner, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions* (Oxford, Oxford University Press 2008) ; dans un volume récent de la revue *Criminal Law Forum* (volume 19, n° 1, mars 2008), les auteurs suivants ont écrit sur divers aspects du principe de complémentarité : W.A. Schabas, M.M. El Zeidy, W.W. Burke-White, C. Stahn, J.Kyriakakis, C. Ryngaert.

⁶⁷ Voir par exemple I. Tallgren, 'Completing the "International Criminal Order": The Rethoric of International Repression and the Notion of Complementarity in the Draft Statute for an International Criminal

craignaient de voir la CPI intervenir dans l'administration interne de la justice ou de n'avoir aucun moyen de l'empêcher d'exercer sa compétence sur leurs ressortissants ou sur des crimes commis sur leur territoire⁶⁸. Il en est résulté un compromis fixant un seuil de recevabilité rigoureux, étant tacitement entendu que les enquêtes et les poursuites au niveau national seraient encouragées et qu'on y aurait plus fréquemment recours à l'avenir.

19. Aux États qui ont exprimé – et continuent de le faire – la crainte que la CPI n'empiète trop sur leur souveraineté nationale, on a répondu en général que la complémentarité les protégeait d'une ingérence arbitraire ou abusive de la CPI⁶⁹. Toutefois, cette réponse n'est crédible que si l'on interprète la complémentarité conformément à son objet et à son but, qui visent essentiellement à protéger la souveraineté nationale. La Défense soutient dans ce qui suit que l'interprétation actuelle de ce principe est contraire aux préoccupations exprimées par les États à la conférence de Rome, va à l'encontre de l'objet et du but déclarés du principe, qu'elle inverse. Tel qu'établi par les premières décisions de la Cour, qui n'ont pas encore été confirmées par la Chambre d'appel, le régime actuel est, en droit, un régime de complémentarité mais instaure, en fait, rien moins qu'une primauté de la Cour sur les juridictions internes. Il semble donc que les États qui se sont inquiétés de la mise en œuvre concrète de ce principe avaient de bonnes raisons d'exprimer ces préoccupations, qui ont contribué à entraver la ratification du Statut.

Court', 67 *Nordic Journal of International Law* (1998), p. 107 ; pour un historique de la rédaction, S.A. Williams et W.A. Schabas, note 76 *supra*, p. 605 à 613.

⁶⁸ À cet égard, Holmes déclare : « [TRADUCTION] le principe de complémentarité avait pour postulat de faire en sorte que la Cour n'intervienne pas dans les enquêtes ou les poursuites menées au niveau nationale sauf dans les cas les plus évidents », (Holmes, *in* Cassese et al., note 76 *supra*, p. 675).

⁶⁹ Voir G. Hafner, K. Boon, A. Rübesome et J. Huston, '*A Response to the American View as Presented by Ruth Wedgwood*', 10 *European Journal of International Law* (1999), p. 118 : « [TRADUCTION] La disposition sur le principe de complémentarité prévue dans le Statut de la CPI fournit en fait aux États non parties un rempart qui n'existe pas dans les systèmes judiciaires internes. Là où un État sur le territoire duquel une infraction a été commise peut choisir d'exercer sa compétence, que l'État dont est ressortissant le responsable de l'infraction ait ou non la volonté ou la capacité d'engager des poursuites, la Cour se dessaisit au profit de ce dernier État pour autant qu'il mène véritablement à bien des poursuites. »

20. Du point de vue de la CPI, l'interprétation stricte des conditions de recevabilité va dans le sens de son intérêt direct à ce que les tâches soient équitablement partagées. La complémentarité est un rempart contre l'attribution de nombreuses affaires à une cour permanente et potentiellement universelle. La CPI n'étant pas en mesure de traiter un grand nombre d'affaires, le principe de complémentarité permet de limiter toute attente déraisonnable quant à ce qu'elle peut faire et parviendra à effectivement réaliser. Cela dit, la dynamique au sein d'une nouvelle institution peut être telle que dans les premières années, elle s'intéresse à des affaires qui, plus tard, ne retiendront pas son attention et donc ne satisferont pas au critère de recevabilité. Si l'on peut comprendre cette interprétation « évolutive et dynamique » des conditions de recevabilité, la Défense soutient cependant qu'il y a lieu de s'y opposer fermement. Elle n'est pas fondée en droit et, d'un point de vue stratégique, pourrait faire plus de mal que de bien à la CPI. Non seulement les États intéressés à devenir parties seraient témoins d'une interprétation de la complémentarité qui va à l'encontre de son objet et de son but, mais ils pourraient également avoir l'impression que la CPI est prête à traiter plus d'affaires qu'elle ne peut raisonnablement en mener à bien. Cela pourrait miner les encouragements prodigués aux États pour qu'ils ouvrent des enquêtes internes et, le précédent une fois établi, la Cour pourrait à l'avenir se retrouver débordée.

21. L'effet sur l'accusé d'un transfert entre de (potentielles) juridictions de jugement est, de l'avis de la Défense, un aspect méconnu de la complémentarité. Il faut certes se garder de généralisations, mais une interprétation souple de la complémentarité peut avoir des effets extrêmement préjudiciables sur la personne concernée.

22. Selon la Défense, un premier problème est que les poursuites engagées par la CPI peuvent soustraire l'accusé à son « juge naturel ». Même si la Défense sait que le principe de *jus de non evocando* n'est pas un droit absolu⁷⁰, cette situation peut emporter des conséquences négatives pour la personne concernée. Celle-ci est

⁷⁰ Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, *Le Procureur c. Tadić*, Chambre d'appel, affaire n° IT-94-1-AR72, 2 octobre 1995, par. 61 à 64.

introduite dans un milieu juridique et social qui n'est pas le sien et qu'elle peut trouver difficile à comprendre et à accepter.

23. Un second problème aux yeux de la Défense est lié au fait que le déplacement de la personne concernée peut la priver de véritablement exercer son droit à la vie de famille. La Chambre connaît les difficultés que pose l'organisation des visites familiales pour les personnes détenues à la CPI. En définitive, ces difficultés résultent de ce que la Défense considère comme une appréciation peut-être arbitraire et illégale du seuil de recevabilité en l'espèce. Quant aux violations qui peuvent en découler, la Défense renvoie ici à une publication récente :

Toutefois, certains États parties ont formulé des réserves quant à la nécessité de ces visites, craignant que les normes appliquées par la Cour influent sur leurs normes nationales. Mais faut-il pour autant envisager de priver des personnes – qui, plus est, sont considérées innocentes – du droit de voir leur famille pendant des années ? Cela ne reviendrait-il pas à enfreindre le droit des enfants de détenus à avoir une famille⁷¹ ?

Dans la note de bas de page correspondant à cette citation, référence est faite aux articles 9-3 et 10 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. La Défense fait remarquer que M. Katanga est marié et père de deux jeunes enfants⁷².

24. De surcroît, des problèmes relatifs à l'équité du procès pourraient également se poser. La Défense renvoie aux décisions rendues en première instance et en appel au TPIR relativement au transfert d'affaires du TPIR au Rwanda⁷³. Dans l'affaire *Kanyarukiga*, la Chambre de première instance a conclu qu'elle ne pouvait pas

⁷¹ M. Dubuisson, A-A Bertrand et N. Schauder, Contribution du Greffe à un meilleur respect des principes d'équité et de célérité de la procédure devant la Cour pénale internationale, *in* C. Stahn et G. Sluiter, *The Emerging Practice of the International Criminal Court* (Leiden : Nijhoff Publishers 2009), p. 580.

⁷² *Ibid.*

⁷³ TPIR, *Decision on Prosecutor's Request for Referral to the Republic of Rwanda, Le Procureur c. Kanyarukiga*, affaire n° ICTR-2002-78-R11bis, Chambre de première instance, 6 juin 2008 ; TPIR, *Decision on the Prosecution's Appeal against Decision on Referral under Rule 11bis, Le Procureur c. Kanyarukiga*, affaire n° ICTR-2002-78-R11bis, Chambre d'appel, 30 octobre 2008.

transférer l'affaire au Rwanda, ne pouvant pas garantir que l'accusé y bénéficierait d'un procès équitable. Un élément déterminant était l'impossibilité de citer des témoins résidant hors du Rwanda à comparaître devant des tribunaux rwandais, en l'absence d'un tel pouvoir contraignant. Cela contribuait à créer une situation dans laquelle l'accusé ne pouvait pas citer des témoins résidant hors du Rwanda dans une mesure et d'une manière qui garantissent l'équité du procès⁷⁴. Cette conclusion a été confirmée en appel⁷⁵. Au vu des éléments relatifs à la recevabilité, et notamment des effets potentiellement négatifs sur l'accusé de son déplacement vers la CPI, ces conclusions sont déconcertantes. Si l'on considère que l'absence d'un pouvoir contraignant de citer des témoins compromet le droit à un procès équitable, la CPI est directement concernée. Elle ne dispose pas *réellement* du pouvoir d'obliger les témoins à comparaître⁷⁶. Au moins le Rwanda a-t-il le pouvoir de le faire pour les témoins se trouvant sur son territoire. La Défense soutient que la CPI a rendu des décisions successives sur la recevabilité qui n'accordent pas ou peu d'importance aux effets préjudiciables que celle-ci pourrait avoir sur les suspects.

25. La dernière observation porte sur la longueur escomptée d'un procès à la CPI. Au TPIY, dans l'affaire *Rasevic et Todovic*, la formation de renvoi a reconnu franchement et ouvertement que le droit d'être jugé sans retard excessif était souvent mieux respecté dans les tribunaux nationaux qu'au TPIY⁷⁷. Encore une fois, il s'agit là d'éléments pertinents quant aux effets qu'une interprétation souple du principe de complémentarité pourrait avoir sur l'accusé.

⁷⁴ Voir la Décision de la Chambre de première instance du TPIR, note *supra* 81, par. 104, 80 et 81.

⁷⁵ Décision de la Chambre d'appel du TPIR, note *supra* 81, par. 34 : « [TRADUCTION] se heurterait encore à de difficultés considérables pour garantir la présence des témoins qui ne résident pas au Rwanda au point de porter préjudice à son droit à procès équitable ».

⁷⁶ Voir G. Bitti, « Article 64 », in O. Triffterer (Dir. pub.), *Commentary in the Rome Statute of the International Criminal Court - Observers' Notes, Article by Article* (2^e édition) (Munich, Beck Verlag 2008), p. 1213 ; Kress et Prost : « [TRADUCTION] Cela [le principe de comparution volontaire] constitue une grave faiblesse dans un système de justice pénale internationale au sein duquel la Cour n'a pas de pouvoirs directs en matière d'exécution, alors qu'elle est fondée sur l'idée que les témoins déposeront en personne au procès (article 69-2) » [C. Kress et K. Prost, « Article 93 », in O. Triffterer (Dir. pub.), *Commentary in the Rome Statute of the International Criminal Court - Observers' Notes, Article by Article* (2^e édition) (Munich, Beck Verlag 2008), p. 1576].

⁷⁷ TPIY, *Decision on Referral of Case under Rule 11 bis with Confidential Annexes I and II, Le Procureur c. Rasevic et Todovic*, affaire n° IT-97-25/1-PT, Formation de renvoi, 8 juillet 2005, par. 101.

26. Dans ce qui précède, la Défense s'est efforcée d'esquisser le contexte dans lequel replacer le principe de complémentarité et d'en décrire les principales fonctions aux yeux des États, de la CPI et des personnes concernées. La Défense soutient que, dans le cadre de l'interprétation et de la mise en œuvre concrète de ce principe, les principales fonctions qu'il sert ne se sont pas vu accorder le poids qui leur revient. Elle fait valoir ci-après que la jurisprudence de la CPI a donné de ce principe une interprétation entachée d'erreur.

Critère de recevabilité appliqué dans la jurisprudence de la CPI (décisions relatives à la délivrance de mandats d'arrêt)

27. À ce jour, il n'a été procédé à l'interprétation et à l'application du critère de recevabilité que dans le cadre de demandes de délivrance de mandats d'arrêt présentées en vertu de l'article 58. Seuls le Procureur et la Chambre préliminaire se sont prononcés sur ce point. Les chambres de première instance et la Chambre d'appel doivent encore donner leur avis.

28. Pour commencer, la Défense fait valoir qu'il est communément admis qu'une affaire est recevable devant la CPI en cas d'inaction des autorités nationales. Lorsque l'affaire fait ou a fait l'objet d'une enquête au niveau national, le critère fixé à l'article 17 s'applique. C'est le cas s'agissant de M. Katanga. Il ressort clairement des éléments de preuve présentés par la Défense que M. Katanga faisait l'objet de poursuites en République démocratique du Congo et, partant, la Chambre est saisie du motif d'irrecevabilité visé à l'article 17-1-a. La Défense affirme que pour statuer sur la recevabilité, il faut tenir compte de la situation au moment où le mandat d'arrêt a été délivré. Aussi, peu importe de savoir si, à l'heure actuelle, M. Katanga fait encore l'objet d'une enquête ou de poursuites en République démocratique du Congo.

29. Le critère de recevabilité actuellement appliqué a été défini dans l'affaire *Lubanga*. La Chambre préliminaire n'a pas jugé nécessaire d'évaluer la capacité des autorités congolaises de poursuivre M. Lubanga⁷⁸. Elle s'est contentée de conclure que « pour qu'une affaire découlant de l'enquête sur une situation soit irrecevable, les procédures nationales doivent englober tant la personne que le comportement qui font l'objet de l'affaire portée devant la Cour⁷⁹ ». Les charges portées en République démocratique du Congo ayant été jugées différentes de celles formulées par le Procureur de la CPI, la Chambre préliminaire a semble-t-il jugé que la République démocratique du Congo était « inactive » quant à ces charges et a confirmé la recevabilité de l'affaire.

30. La Chambre préliminaire ne s'est pas interrogée sur l'incapacité de la République démocratique du Congo, dont le Procureur estimait dans sa requête aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt qu'elle justifiait la recevabilité de l'affaire⁸⁰. Elle a toutefois indiqué que, contrairement à ce qu'en a dit le Procureur, le système judiciaire de la République démocratique du Congo ne pouvait plus être considéré comme « dans l'incapacité » d'agir au sens des alinéas a) à c) du paragraphe premier de l'article 17⁸¹. Elle a par la suite appliqué le critère susvisé « même personne, même comportement ».

31. La conclusion tirée par la Chambre préliminaire dans la décision qu'elle a rendue relativement à la requête aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt contre M. Lubanga est, de l'avis de la Défense, un précédent fondamental mais entaché d'erreur qui exerce depuis lors une forte influence sur la jurisprudence. On ne sait pas au juste d'où la Chambre préliminaire a tiré son analyse de l'article 17 ni quelles sources viennent accréditer le « critère du même comportement ». L'historique de la rédaction de l'article 17 n'est jamais analysé, et les notions essentielles ainsi que

⁷⁸ ICC-01/04-01/06-8-US-Corr-tFR, 9 mars 2006.

⁷⁹ *Ibid.*, par. 37.

⁸⁰ *Ibid.*, par. 34.

⁸¹ *Ibid.*, par. 36.

l'objet et le but du principe de complémentarité ne sont ni pris en considération ni examinés.

32. La Défense s'inquiète également de la mesure dans laquelle la Chambre préliminaire a cherché à nouer un dialogue, par l'intermédiaire du Procureur, avec l'État menant les enquêtes/poursuites, à savoir la République démocratique du Congo. Il ressort du rapport d'expert informel sur la complémentarité, remis au Procureur de la CPI, que les experts voient dans le dialogue et le partenariat une composante essentielle de la complémentarité⁸². Selon la Défense, il en découle que le Procureur a le devoir d'aider des États comme la République démocratique du Congo dans leurs enquêtes et poursuites – en particulier si celles-ci portent sur des crimes contre l'humanité – au lieu de prendre le relais. Pour le moins, le Procureur doit, dans le cadre de la requête aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt, convaincre la Chambre préliminaire qu'il a pris toutes les mesures qu'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour aider l'État dans son enquête et/ou ses poursuites nationales. La Défense fait valoir que c'est ainsi que devrait être mis en œuvre le principe de complémentarité et que c'est là son objet et son but. Aucune décision relative à la délivrance de mandats d'arrêt n'évoque la norme que doit respecter le Procureur dans son partenariat/dialogue avec les États.

33. Vu la motivation déficiente du précédent établi dans l'affaire *Lubanga* concernant les aspects tant substantiels que procéduraux de la complémentarité, la Défense trouve surprenant que ce « critère du même comportement » ait été repris depuis lors si inconsidérément dans la jurisprudence de la Cour. En l'espèce, la décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de M. Katanga se fondait exactement sur la même démarche, qui impose comme condition absolue la similarité des

⁸² Rapport d'expert informel : *The principle of complementarity in practice* (consultable auparavant sur le site Web de la CPI sous la rubrique « Bureau du Procureur » ; disponible dans le dossier de la Défense). Les experts ont affirmé que la complémentarité devrait être abordée compte tenu de deux « principes directeurs » qui sont le partenariat et la vigilance. Concernant le partenariat, les experts ont dressé une liste des modalités que le Procureur devrait respecter pour encourager et aider les États dans leurs enquêtes et leurs poursuites (p. 5 à 7).

charges. Elle reproduisait exactement le discours tenu dans l'affaire *Lubanga*⁸³. La Chambre préliminaire a même qualifié le « critère de la même personne et du même comportement » de condition *sine qua non* de l'irrecevabilité⁸⁴. Autre problème, le raisonnement de la Chambre préliminaire ne montre pas en quoi les charges proposées par le Procureur de la CPI diffèrent des soupçons/accusations fondant les enquêtes en République démocratique du Congo. Il est fait référence de manière générale aux renseignements et aux éléments de preuve, mais seulement à ceux provenant du Procureur⁸⁵, alors qu'il aurait été opportun de consulter la République démocratique du Congo. C'est d'autant plus le cas que la Défense a réussi, par ses propres moyens, à obtenir des documents indiquant que la République démocratique du Congo semblait avoir conduit une enquête sur l'attaque qui aurait été menée contre Bogoro. Le Procureur et la Chambre préliminaire ont soit manqué à leurs obligations en matière d'enquête, soit omis d'expliquer pourquoi les efforts entrepris en République démocratique du Congo ne portaient pas sur le même comportement, ou pourquoi ils devraient être considérés comme « insuffisants ».

34. S'agissant de M. Ngudjolo, un langage similaire a été tenu et le même critère a été appliqué⁸⁶.

35. Dans les décisions relatives à la délivrance de mandats d'arrêt dans la situation en Ouganda, la question de la recevabilité n'a pas été examinée en profondeur. La Chambre préliminaire s'est contentée de conclure que, sur la base des éléments de preuve présentés, l'affaire *Kony et autres* « sembl[ait] recevable⁸⁷ ».

36. Dans la situation au Darfour, M. Ali Kushayb – dont le Procureur a demandé l'arrestation – se trouvait en détention au Soudan et la situation ne semblait pas être caractérisée par l'inaction. L'article 17 devait être appliqué. Le « critère du même

⁸³ ICC-01/04-01/07-4-tFRA, par. 20.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ ICC-01/04-01/07-262-tFRA, Décision concernant les éléments de preuve et les renseignements fournis par l'Accusation aux fins de la délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Mathieu Ngudjolo Chui, 6 juillet 2007, par. 21.

⁸⁷ ICC-02/04-01/05-1-US-Exp-tFR, Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance de mandats d'arrêt en vertu de l'article 58, 12 juillet 2005, p. 2.

comportement » fixé dans l'affaire *Lubanga* a une nouvelle fois été repris⁸⁸. Il n'a été procédé à aucune analyse de la question de savoir si le Soudan menait véritablement une enquête sur M. Kushayb eu égard aux crimes relevant de la compétence de la CPI.

37. Ces décisions mettent l'accent sur le fait que les charges sont quasiment identiques, ce que consacre le critère du « même comportement ». Tout en adhérant évidemment au critère de la « même personne », la Défense conteste le critère du « même comportement », lequel s'écarte de l'interprétation correcte et naturelle de l'article 17 considéré à la lumière de son objet et de son but. De plus, sur quelles preuves une chambre préliminaire se fonde-t-elle pour comparer et évaluer les enquêtes menées par la CPI et par un État ? En particulier, comment peut-on établir, avec un degré de certitude raisonnable, la portée des enquêtes nationales, surtout quand on sait qu'il s'agit d'un processus dynamique ? Enfin, la Chambre préliminaire a proposé une interprétation du terme « affaire », au sens de l'article 17, qui soulève de nouvelles questions qui restent sans réponse, à savoir : qu'entend la Chambre préliminaire par « comportement » et dans quelle mesure ce « comportement » se compose-t-il d'une dimension factuelle et d'une dimension juridique ?

38. La Défense fait valoir que même si le critère du « même comportement » est appliqué, on ne peut conclure à la recevabilité, car les éléments de preuve montrent que la République démocratique du Congo menait une enquête sur M. Katanga et avait engagé des poursuites à son encontre pour crimes contre l'humanité eu égard à l'attaque contre Bogoro.

⁸⁸ ICC-02/05-01/07-1-Corr-tFR, Décision relative à la requête déposée par l'Accusation en vertu de l'article 58-7 du Statut, 27 avril 2007, par. 21.

De la complémentarité à la primauté, les raisons pour lesquelles le critère du « même comportement » est erroné

39. La Défense estime erroné le critère du « même comportement », tel que conçu et appliqué par la Chambre préliminaire de la CPI. Il revient à donner la primauté à la Cour. L'exemple qui suit permet de le démontrer. Partons de l'idée qu'une personne est accusée d'avoir participé à des attaques illégales contre dix villages et que chaque attaque constitue un crime contre l'humanité. Selon le critère qui s'applique actuellement, cette personne pourrait faire l'objet d'une enquête et de poursuites au niveau national pour avoir pris part aux attaques contre les villages un à neuf ; le Procureur de la CPI pourrait alors ouvrir une enquête concernant le village numéro dix, qui serait jugée recevable au sens de l'article 17 car elle ne porte pas sur le même comportement que celui visé dans les procédures nationales. Selon la Défense, cela serait contraire à l'intention des auteurs du Statut. Cela reviendrait également à donner « primauté » à la Cour en ce sens que, compte tenu des faibles ressources disponibles pour mener des enquêtes et de la portée des crimes internationaux, il est inévitable qu'un choix soit opéré dans les enquêtes et les poursuites. Le Procureur de la CPI pourrait, dans bien des cas, être en mesure de mettre fin à des enquêtes et des poursuites véritablement menées au niveau national, et pour quelle raison ? Aucune en réalité car il s'agirait simplement de remplacer une procédure nationale menée de bonne foi par des enquêtes qui sont tout aussi sélectives – et parfois même davantage. Il convient de noter qu'en l'espèce, l'accusé faisait l'objet d'une enquête issue d'allégations concernant un bien plus grand nombre d'événements.

40. Les commentateurs souscrivent au rejet du critère du « même comportement ». J. Kleffner estime aussi que :

[TRADUCTION] [...] pour contribuer à la caractéristique générale de la complémentarité qui consiste à favoriser les procédures nationales, plutôt qu'à les freiner, le Procureur serait mieux inspiré d'offrir aux États une certaine marge d'appréciation dans la

sélection des crimes. S'il est d'avis que les crimes faisant l'objet de poursuites par les autorités nationales sont insuffisants, il devrait commencer par consulter l'État concerné pour modifier les accusations portées au niveau national au lieu de contrecarrer des efforts déployés de bonne foi pour conduire une procédure pénale⁸⁹.

41. S'agissant des effets que peut produire le « critère du même comportement », il est intéressant de citer W. Schabas :

[TRADUCTION] Commentant dans une déclaration à la presse la délivrance du mandat d'arrêt contre Lubanga, le Procureur Moreno-Ocampo a affirmé que « [f]orcer des enfants à tuer compromet l'avenir de l'humanité ». Mais on est en droit de penser que l'appareil judiciaire de la République démocratique du Congo faisait *mieux* que la Cour, parce qu'il s'intéressait à des crimes plus graves. On peut indiscutablement dire que le génocide et les crimes contre l'humanité compromettent également « l'avenir de l'humanité »⁹⁰.

42. Dans un article à paraître prochainement sur la complémentarité, S. Nouwen s'inquiète en ces termes :

[TRADUCTION] Dans tous ces cas, les chambres préliminaires ont choisi ou semblent avoir choisi de dire que les procédures nationales ne portaient pas sur la même « affaire » que celle proposée par le Bureau du Procureur, plutôt que de reconnaître que les autorités nationales compétentes avaient engagé des procédures et de se demander si ces autorités avaient la volonté ou la capacité de conduire véritablement ces procédures. Le choix d'éviter ainsi ces questions délicates du point de vue politique a abouti à une définition stricte de ce qu'est une « affaire », définition susceptible de saper totalement la complémentarité. Cela paraît encore plus évident si la définition inclut l'exigence mentionnée par le Procureur dans l'affaire Kushayb, à savoir que, pour qu'il s'agisse de la même affaire, la procédure nationale doit porter non seulement sur le même « comportement » et la même « personne », mais

⁸⁹ Kleffner, *supra* note 76, p. 201.

⁹⁰ W.A. Schabas, *Complementarity in Practice: Some Uncomplimentary Thoughts*, 19 Criminal Law Forum (2008), p. 25.

également sur les mêmes « faits ». En conséquence, les procureurs nationaux souhaitant éviter l'intervention de la CPI tendront forcément à sélectionner la personne, le comportement et les faits que la CPI mettrait en cause. Quant au Procureur de la CPI, il est dans la pratique totalement libre de décider quelle personne, quel comportement et quels faits il entend mettre en cause. [...] Tandis que le Procureur de la CPI est totalement libre de décider quelle personne, quel comportement et quels faits il entend mettre en cause, les procureurs nationaux qui souhaitent éviter l'intervention de la CPI tendront forcément à sélectionner la personne, le comportement et les événements que la CPI mettrait en cause. Quand bien même les poursuites engagées par les autorités nationales viseraient des personnes portant une plus lourde responsabilité, des crimes différents – voire plus graves – et des faits différents, l'affaire présentée par le Bureau du Procureur serait tout de même recevable. Si par complémentarité on entend qu'il revient en premier lieu aux États de mener des enquêtes et des poursuites, d'autres chambres pourraient bien envisager de s'écarter de cette jurisprudence initiale⁹¹.

43. Ces extraits reflètent ce qui, selon la Défense, est une préoccupation très répandue concernant l'interprétation du seuil de recevabilité donnée par la Chambre préliminaire de la CPI. La Défense en vient maintenant à des avis qui pourraient accrédi-ter dans une certaine mesure l'interprétation que donne la Chambre préliminaire de ce qu'est une « affaire » dans le contexte de l'article 17. R. Rastan semble souscrire à une interprétation stricte de la notion d'« affaire », telle que visée dans le Statut, en se fondant sur une interprétation uniforme et constante de ce terme où qu'il figure dans le Statut, par exemple aux articles 17, 20, 89 et 94⁹². Mais la Défense fait valoir qu'il est inconcevable d'interpréter le terme « affaire » de manière uniforme et constante dans tout le Statut ; par exemple, ce terme a des connotations

⁹¹ S. Nouwen, *Fine-tuning Complementarity*, à paraître in B. Brown (Dir. pub.), *Research Handbook on International Criminal Law* (Edward Elgar, à venir en 2009), disponible dans le dossier de la Défense de M. Katanga.

⁹² Voir R. Rastan, *What is a 'Case' for the purpose of the Rome Statute?*, 19 *Criminal Law Forum* (2008), p. 440.

très différentes dans le contexte de l'article 17 et dans le contexte de l'article 20 (*ne bis in idem*). À cet égard, R. Rastan affirme ce qui suit :

[TRADUCTION] L'on pourrait dire qu'une interprétation restrictive des dispositions des textes de la Cour relatives à la recevabilité pourrait nuire au but du Statut – qui était de favoriser les procédures nationales – en ce sens que, pour qu'aboutisse une quelconque contestation de la complémentarité, il faudrait que les choix des autorités nationales en la matière répondent à un critère très rigoureux. Toutefois, ce point de vue semble être soutenu davantage par des considérations de nature politique que par une stricte interprétation juridique⁹³.

La Défense fait valoir que ce commentateur commet ici une erreur quant au choix de la méthode d'interprétation. Le terme « affaire », dont le sens ordinaire est difficile à établir, doit être interprété à la lumière de l'objet et du but particulier de l'article 17, et non à la lumière du raisonnement sous-tendant l'article 20 par exemple. En outre, il serait fallacieux de penser que les auteurs du Statut de Rome ont toujours utilisé les termes de manière constante et uniforme. Les considérations de politique sont d'une haute importance pour déterminer l'objet et le but de l'article 17 aux fins de son interprétation juridique, car il faut, dans une certaine mesure, élucider les intentions des auteurs. Ni le Procureur ni la Chambre préliminaire n'ont cherché à analyser l'historique de la rédaction de l'article 17 en vue de mieux comprendre le sens du terme « affaire ».

Application du bon critère dans l'affaire concernant M. Katanga

44. Il découle de ce qui précède que la Chambre préliminaire a commis une erreur dans l'interprétation qu'elle a donnée de l'article 17 du Statut. Rien en droit ne justifie le critère du « même comportement ». Ce critère est incompatible avec le

⁹³ Ibid.

principe de complémentarité et porte atteinte aux intérêts des États, de la CPI et des suspects que ce principe protège.

45. La question qui se pose alors selon la Défense est celle de savoir quelle interprétation il faut donner du terme « affaire » et, plus concrètement, quel critère il conviendrait d'appliquer. Afin d'aider la Chambre de première instance à appréhender cette question complexe, la Défense affirme que l'on peut imaginer deux critères qui correspondraient à l'objet et au but du principe de complémentarité. Ces critères pourraient être appliqués ensemble ou séparément.

46. Premièrement, on pourrait imaginer un « critère de gravité relative ». Ce critère reviendrait à mettre en relation la gravité des crimes faisant l'objet (annoncé) des enquêtes des autorités nationales et la gravité des crimes faisant l'objet (annoncé) des enquêtes du Procureur de la CPI. Le seuil de recevabilité ne serait atteint que si la gravité des crimes faisant l'objet des enquêtes du Procureur de la CPI était sensiblement supérieure à la gravité des crimes faisant l'objet des enquêtes nationales. Dans ce contexte, on peut notamment penser à la dimension juridique des charges. Par exemple, si l'objet des enquêtes/poursuites menées au niveau national se limite aux crimes de guerre, mais que le Procureur de la CPI se propose de mener des enquêtes sur des crimes de génocide, cette différence pourrait être un argument en faveur de la recevabilité de l'affaire.

47. Deuxièmement, on peut imaginer un « critère du plus grand nombre de comportements ». Dans ce cas, il faut comparer la portée factuelle des enquêtes. La recevabilité ne serait fondée que si l'objet des enquêtes du Procureur de la CPI englobait un plus grand nombre de comportements que celui des enquêtes nationales. Bien qu'aucune formule mathématique ne puisse être définie, on peut de nouveau prendre l'exemple de l'accusé qui aurait participé à des attaques contre dix villages. Le « critère du plus grand nombre de comportements » pourrait alors conduire à déclarer atteint le seuil de recevabilité car les enquêtes nationales portent sur trois villages tandis que les enquêtes de la CPI portent sur sept villages. Mais lorsque les enquêtes nationales ont un objet identique ou juste un peu plus restreint

que celui des enquêtes de la CPI, il ne serait pas justifié, selon la Défense, de conclure à la recevabilité.

48. Quoique le Statut de la CPI n'impose aucune obligation directe en ce sens, la Défense estime que le Procureur est fortement tenu de s'acquitter d'obligations d'ordre procédural, qui constituent une condition préalable à l'application du critère au fond en matière de recevabilité. Tout système de complémentarité digne de ce nom, favorisant fortement les enquêtes nationales, impose au Procureur de la CPI de consulter et d'aider les États concernés. Si les procès nationaux doivent être la règle et non l'exception, le Procureur devrait, lorsque des procédures nationales sont en cours, engager des consultations pour a) informer les autorités nationales chargées des enquêtes et des poursuites des problèmes qu'il pourrait observer du « point de vue de la complémentarité » et b) aider les autorités nationales à faire face à ces préoccupations. Prenons un exemple concret : si, selon le Procureur, une enquête nationale omet des faits importants, celui-ci doit en informer les autorités nationales. Ces dernières peuvent alors expliquer leur position, en invoquant par exemple le manque de preuves. Si le Procureur dispose des preuves pertinentes, alors le mécanisme établi à l'article 93-10 du Statut lui permet de communiquer lesdites preuves aux autorités nationales. Ces « mécanismes de consultation », qui sont à notre humble avis au cœur même d'une « réelle complémentarité », ont occupé à bon droit une place importante dans l'avis donné par le groupe d'experts au Procureur de la CPI⁹⁴ et sont étayés en doctrine⁹⁵.

49. La Défense se demande si, en l'espèce, le Procureur et la République démocratique du Congo se sont véritablement et suffisamment consultés. Serait-ce que le Procureur tenait tant à présenter cette affaire devant la CPI qu'il a agi sans tenir compte de l'interprétation correcte et la plus rigoureuse du principe de complémentarité ? La Défense n'a connaissance d'aucune preuve démontrant que le Procureur a informé la République démocratique du Congo de quelconques

⁹⁴ Voir *supra*, note 90.

⁹⁵ Kleffner, *supra*, note 76, p. 201.

préoccupations concernant des poursuites engagées sur le plan national en « termes de complémentarité », ni qu'il a aidé le pays à y faire face, en lui communiquant des preuves par exemple.

50. La Défense va même plus loin. Des preuves montrent que la République démocratique du Congo tenait à mener une enquête sur cette affaire au niveau national et que le pays a adressé au Procureur une demande d'assistance judiciaire en se prévalant du mécanisme visé à l'article 93-10⁹⁶. La Défense ne sait pas quelle suite a été donnée à cette demande.

51. La Défense affirme qu'il convient d'appliquer un critère de recevabilité conjuguant les notions de gravité relative et du plus grand nombre de comportements, et soutient que si ce critère est appliqué à l'affaire concernant M. Katanga, le seuil de recevabilité n'est pas atteint. Les éléments de preuve produits par la Défense montrent que les enquêtes menées en République démocratique du Congo portaient sur des crimes de gravité identique ou supérieure à ceux visés dans les charges alléguées par le Procureur de la CPI. En outre, elles portaient sur un aussi grand nombre de comportements que les charges qu'entendait porter le Procureur de la CPI et que les charges confirmées par la Chambre préliminaire. Ainsi qu'elle l'a

⁹⁶ Voir :

- Lettre intitulée « Demande de renseignements complémentaires », datée du 22 janvier 2007, adressée au Procureur de la CPI par l'Auditeur général près la Haute Cour militaire, DRC-OTP-0171-1773, mentionnée au paragraphe 11-dd (Annexe dd) ;
- Attestation d'Urbain Mutuale datée du 17 avril 2008, mentionnée au paragraphe 11-ddd (certifiant qu'à l'audience tenue le 10 avril 2008 devant la Haute Cour militaire de la République démocratique du Congo, l'Accusation avait soutenu que « [s]i la fixation de cette cause devant la juridiction de jugement traîne encore, c'est parce que nous attendons encore certains éléments auprès de la CPI pour nous permettre d'étoffer notre instruction ».) (Annexe ddd) ;
- Lettre datée du 14 février 2007, adressée par le Procureur de la CPI à l'Auditeur général près la Haute Cour militaire (OTP/140207- DRC56/LMO-ptcc) en réponse à la « Demande de renseignements complémentaires datée du 22 janvier 2007 », DRC-OTP-0182-0429, mentionnée au paragraphe 11-gg (selon laquelle le Procureur a identifié des éléments d'information potentiellement utiles aux enquêtes de l'Auditeur général et relatifs à plusieurs incidents listés dans sa demande, mais qu'il ne lui est actuellement pas possible de les lui transmettre dans un souci de confidentialité ; il est toutefois disposé à fournir des résumés de ces éléments d'information) (Annexe gg) ;
- « Requête aux fins de prorogation de la détention provisoire » de Germain Katanga et consorts, N°AG/0187/D5/2007, datée du 2 mars 2007, présentée par l'Auditeur général près la Haute Cour militaire ; DRC-OTP-1010-0364, mentionnée au paragraphe 11-hh (d'après sa réponse préliminaire, le Bureau du Procureur de la CPI s'efforce actuellement de rassembler des éléments de preuve qui pourraient aider à consolider les faits sous instruction) (Annexe hh).

indiqué plus haut, la Défense conteste ces allégations mais ce qui compte ici, c'est l'intention de la République démocratique du Congo.

52. Pour ces raisons, la Défense affirme que l'affaire concernant M. Katanga doit être déclarée irrecevable.

Application du « critère du même comportement » à l'affaire concernant M. Katanga

53. On l'a vu, même si le « critère du même comportement » est appliqué, le résultat reste le même : l'affaire n'est pas recevable. Il ressort des éléments de preuve produits à l'appui de la présente requête que M. Katanga était prévenu en République démocratique du Congo de crime contre l'humanité pour avoir participé à l'attaque contre Bogoro. Les charges confirmées par la Chambre préliminaire sont similaires. Elles ne diffèrent pas suffisamment pour justifier la recevabilité de l'affaire devant la CPI.

54. Si ni le Procureur ni la Chambre préliminaire ne disposaient de ces éléments, on peut se demander dans quelle mesure ils ont procédé à une analyse et à une comparaison suffisantes des enquêtes menées par la République démocratique du Congo et des charges qu'entendait porter le Procureur de la CPI. On pourrait soutenir, mais cela n'est guère convaincant, que la procédure faisant suite à la demande de délivrance d'un mandat d'arrêt n'est pas le moment opportun pour procéder à pareille analyse détaillée et que la décision rendue ne préjuge en rien d'exceptions d'irrecevabilité qui seraient ultérieurement présentées. Sur ce point, la Défense renvoie à décision rendue par la Chambre d'appel dans l'affaire *Ntaganda*, selon laquelle une chambre préliminaire a toute latitude pour décider d'office d'examiner ou non la recevabilité d'une affaire à la suite d'une demande de délivrance d'un mandat d'arrêt. La Chambre d'appel a également signalé certains

risques qui peuvent découler d'un examen effectué dans ce contexte particulier⁹⁷. Il semble qu'il ne devrait pas être procédé d'office à l'examen de la recevabilité dans le cadre d'une procédure découlant de l'article 58 si a) la question de la recevabilité n'est pas soulevée par le Procureur dans sa demande, b) l'examen s'effectue *ex parte* sans qu'y participent le suspect, les victimes et les entités concernées, et c) aucune cause apparente ni aucun élément évident n'impose manifestement l'exercice du pouvoir de procéder d'office à l'examen⁹⁸. La Défense fait toutefois valoir que la demande de mandat d'arrêt est une étape essentielle de la procédure entraînant de graves conséquences lorsqu'il n'est procédé à aucune analyse de la recevabilité ou lorsque cette analyse est entachée d'erreur.

55. La conséquence la plus évidente et la plus grave de l'absence d'analyse de la recevabilité ou d'une analyse défectueuse est qu'en l'espèce, M. Katanga a été arrêté et transféré à la CPI. Son sort dépend donc maintenant totalement de la Cour. Si la Défense comprend que la Chambre d'appel s'inquiète de ce que le suspect n'ait pas participé à la procédure entourant le mandat d'arrêt et juge que cet aspect incite à la prudence⁹⁹, elle estime que les conséquences de l'absence d'analyse de la recevabilité ou d'une analyse entachée d'erreur sont bien plus préjudiciables pour le suspect. La Défense trouve préoccupante l'analyse de la Chambre d'appel selon laquelle le préjudice porté aux intérêts du suspect par la décision initiale sur la recevabilité n'est pas compensé par le bénéfice qu'elle pourrait lui procurer¹⁰⁰. Selon la Défense, la Chambre d'appel n'attache pas suffisamment d'importance aux conséquences pour l'intéressé de son transfert aux mains de la CPI, en particulier lorsqu'il pourrait être établi d'après la jurisprudence du TPIR que la CPI sera incapable de respecter le droit de M. Katanga à un procès équitable (voir plus haut paragraphe 24).

⁹⁷ ICC-01/04-169-tFR, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision de la Chambre préliminaire I intitulée « Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance de mandats d'arrêt en vertu de l'article 58 », 13 juillet 2006.

⁹⁸ Ibid., par. 53.

⁹⁹ Ibid., par. 50.

¹⁰⁰ Ibid., par. 51.

56. Pour la Défense, il semble qu'un autre aspect de la procédure entourant le mandat d'arrêt n'ait pas été suffisamment pris en compte par la Chambre d'appel dans sa façon d'aborder les décisions initiales prises d'office concernant la recevabilité. La décision de juger l'affaire recevable, prise dans le cadre du traitement de la demande de délivrance d'un mandat d'arrêt, a indéniablement abouti à des dépenses substantielles et à une utilisation considérable de ressources. Cette décision pourrait avoir des répercussions sur le choix de poursuivre devant la CPI d'autres personnes dont l'inculpation serait plus pertinente.

57. Enfin, la Défense fait valoir qu'il est nécessaire de procéder dûment à une analyse approfondie à un stade très précoce pour éviter des retards excessifs et des interruptions dans le cadre des procédures pénales nationales.

Pourquoi on ne peut considérer que la République démocratique du Congo était dans l'incapacité d'agir ou qu'elle n'en avait pas la volonté

58. La question de savoir si la République démocratique du Congo n'avait « pas la volonté ou [était] dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites », aux termes de l'article 17 du Statut de la Cour, n'a pas été examinée. La Chambre préliminaire ne s'est pas du tout penchée sur cette question, appliquant le critère du « même comportement ». Dans l'affaire *Lubanga*, la Chambre préliminaire était globalement positive concernant l'état du système judiciaire en République démocratique du Congo. Rien n'indiquait que la République démocratique du Congo n'avait pas la volonté ou qu'elle se trouvait dans l'incapacité de connaître de l'affaire concernant M. Katanga lorsque la Chambre préliminaire a rendu la décision relative à la demande de délivrance du mandat d'arrêt le concernant. Cette question n'a pas été soulevée par le Procureur et n'a pas été examinée d'office par la Chambre préliminaire. Il semble que la question ne se soit pas posée et que la volonté et la capacité du pays aient été tacitement acceptées.

59. Toutefois, dans la mesure où cette question peut être pertinente en l'espèce, la Défense présente les observations suivantes.

60. Tout d'abord, le fait que la République démocratique du Congo ait déclenché la compétence de la Cour en lui renvoyant elle-même la situation n'est plus pertinent aux fins de décider de la recevabilité. Il est vrai que, dans sa lettre de renvoi, la République démocratique du Congo a écrit que « [...] les autorités compétentes ne sont malheureusement pas en mesure de mener des enquêtes sur les crimes mentionnés ci-dessus ni d'engager les poursuites nécessaires sans la participation de la Cour pénale internationale¹⁰¹ ». Mais cette généralité ne peut à elle seule fonder la recevabilité.

61. En outre, dans la décision qu'elle a rendue dans l'affaire *Lubanga*, la Chambre préliminaire a dit avoir confiance dans la capacité du système judiciaire de la République démocratique du Congo de poursuivre les auteurs de crimes internationaux :

De l'avis de la Chambre, il semble que lorsque le Président de la RDC a transmis la lettre de renvoi au Bureau du Procureur le 3 mars 2004, la RDC était en effet dans l'incapacité de se charger de l'enquête et de mener des poursuites à l'égard des crimes relevant de la compétence de la Cour qui ont été commis après le 1^{er} juillet 2002 dans le cadre de la situation en RDC. [...] Toutefois, aux fins de l'analyse de la recevabilité de l'affaire concernant M. Thomas Lubanga Dyilo, la Chambre remarque que, depuis mars 2004, le système judiciaire national en République démocratique du Congo a subi un certain nombre de changements, particulièrement dans la région d'Ituri, où un tribunal de grande instance a été réinstitué à Bunia. Ces changements ont eu pour conséquence, entre autres, la délivrance par les autorités compétentes de la RDC en mars 2005 de deux mandats d'arrêt contre M. Thomas Lubanga Dyilo à l'égard de plusieurs crimes dont certains pourraient relever de la compétence de la Cour, commis dans le cadre d'attaques militaires qui ont eu lieu à compter de mai 2003 et au cours de ce qu'il est convenu d'appeler les événements de Ndoki, en

¹⁰¹ Cité dans Schabas, *supra*, note 98, p. 10 et 11.

février 2005. De surcroît, M. Thomas Lubanga Dyilo, par suite des procédures conduites contre lui en RDC, est détenu au Centre pénitentiaire et de rééducation de Kinshasa depuis le 19 mars 2005. Par conséquent, de l'avis de la Chambre, l'affirmation générale de l'Accusation selon laquelle le système judiciaire national de la RDC demeure dans l'incapacité d'agir, au sens des alinéas a) à c) du paragraphe premier et du paragraphe 3 de l'article 17 du Statut, ne correspond plus tout à fait à la réalité¹⁰².

La Défense souscrit à cette analyse et ne voit pas pourquoi, s'agissant de M. Katanga, la République démocratique du Congo se serait trouvée dans l'incapacité ou n'aurait pas eu la volonté de poursuivre. Tout indiquait le contraire ; M. Katanga était en détention pour des crimes relevant de la compétence de la CPI, comme le confirment divers documents.

62. La Défense a conscience que la République démocratique du Congo sera entendue dans ces procédures. Il se peut que la République démocratique du Congo se déclare maintenant dans l'incapacité d'enquêter sur M. Katanga et de le poursuivre. Cette « nouvelle renonciation à la complémentarité » rencontrerait un certain nombre d'objections.

63. Premièrement, compte tenu des liens étroits existant entre la République démocratique du Congo et le Procureur de la CPI, dont témoigne l'accord de coopération conclu en 2004 entre ce pays et le Procureur, il y a au moins apparence que toute déclaration d'incapacité sert les intérêts du Procureur en l'espèce et ne découle pas d'une analyse indépendante et autonome de l'appareil judiciaire de la République démocratique du Congo.

64. Deuxièmement, toute déclaration d'incapacité au stade actuel ne peut avoir d'effet rétroactif. La Chambre devra décider si la présente affaire a été ouverte sur une base valable et si M. Katanga a été privé de sa liberté sur une base valable. Ce qui compte selon la Défense, c'est la recevabilité de l'affaire au moment où a été déposée

¹⁰² ICC-01/04-01/06-8-US-Corr-tFR, par. 35 et 36.

la demande de délivrance d'un mandat d'arrêt. Rien ne prouve que les observations formulées dans l'affaire *Lubanga* par la Chambre préliminaire concernant la capacité et la volonté étaient valables et ne le sont plus. Il serait donc malvenu d'engager une procédure sur la base de spéculations ou d'une nouvelle évaluation de la capacité de la République démocratique du Congo de connaître de l'affaire. Il nous semble évident qu'une nouvelle évaluation ne servirait d'autres fins que celles de maintenir le statu quo et de poursuivre M. Katanga devant la CPI.

65. Troisièmement, la République démocratique du Congo n'a jamais contesté la recevabilité de l'affaire concernant M. Katanga devant la CPI. Il ne faut toutefois pas y voir un signe d'« incapacité ». Un État peut avoir une multitude de raisons de ne pas contester la recevabilité, l'une d'entre elles pouvant être qu'il serait assez pratique et économique que les affaires soient jugées par la CPI. Ce choix peut découler d'un intérêt politique, tant au regard de l'identité de la personne transférée qu'en raison de la possibilité, en soutenant pareil transfert, d'éviter que d'autres personnes fassent l'objet d'une enquête et d'un éventuel transfert. Il s'agit manifestement là d'une méthode de répartition des tâches qui contrevient directement à l'objet et au but du principe de complémentarité.

Conséquences d'une exception d'irrecevabilité qui aboutit

66. La Défense ne se prononce pas ici sur ce qu'il devrait advenir de M. Katanga si la Cour décidait que l'affaire le concernant était irrecevable. La question posée à la Chambre de première instance est celle de savoir s'il existe en droit une base valable pour déclarer l'affaire recevable. Compte tenu de l'importance du principe de complémentarité pour le fonctionnement de la Cour et de la position de celle-ci dans l'ordre juridique international, cette question mériterait de faire l'objet d'un examen en bonne et due forme. En conséquence, la Défense demande que la Chambre, si elle déclare l'affaire irrecevable, autorise le dépôt de conclusions et convoque une

nouvelle audience distincte pour traiter des conséquences d'une telle décision pour M. Katanga.

Conclusion

67. La Défense demande à la Chambre de première instance :

- a. de déclarer irrecevable l'affaire concernant M. Katanga ;
- b. d'autoriser le dépôt de conclusions et de convoquer une audience concernant les mesures ultérieures qu'il conviendra de prendre concernant M. Katanga.

/signé/

David HOOPER

Fait le 11 mars 2009

À La Haye