



Original : anglais

N° : ICC-01/09-02/11 OA

Date : 30 août 2011

LA CHAMBRE D'APPEL

Composée comme suit : M. le juge Daniel David Ntanda Nsereko, juge président

M. le juge Sang-Hyun Song

Mme la juge Akua Kuenyehia

M. le juge Erkki Kourula

Mme la juge Anita Ušacka

SITUATION EN RÉPUBLIQUE DU KENYA

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

Public — URGENT

**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**

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

Le Bureau du Procureur

Mme Fatou Bensouda, procureur adjoint
M. Fabricio Guariglia

Le conseil de Francis Kirimi Muthaura

M^c Karim A. A. Khan
M^c Kennedy Ogeto

Le Bureau du conseil public pour les victimes

Mme Paolina Massidda

Le conseil de Uhuru Muigai Kenyatta

M^c Steven Kay
M^c Gillian Higgins

Les représentants des États

M^c Geoffrey Nice
M^c Rodney Dixon

Le Conseil de Mohammed Hussein Ali

M^c Evens Monari
M^c Gershom Otachi Bw'omanwa

GREFFE

Le Greffier

Mme Silvana Arbia

La Chambre d'appel de la Cour pénale internationale,

Saisie de 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 (ICC-01/09-02/11-96-tFRA),

Après délibération,

À la majorité, la juge Anita Ušacka étant en désaccord,

Rend le présent

ARRÊT

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 est confirmée.

I. PRINCIPALES CONCLUSIONS

1. Lorsque la Cour a délivré un mandat d'arrêt ou une citation à comparaître, il faut, pour qu'une affaire soit jugée irrecevable au sens de l'article 17-1-a du Statut, que les enquêtes menées au niveau national visent la même personne et essentiellement le même comportement que la procédure engagée devant la Cour. Dans ce contexte, les termes « fait l'objet d'une enquête » signifient que des mesures sont prises pour déterminer si la personne visée est responsable du comportement en question, par exemple en entendant des témoins ou des suspects, en recueillant des preuves documentaires ou en procédant à des analyses médico-légales.
2. Si un État conteste la recevabilité d'une affaire, il doit présenter à la Cour des éléments suffisamment précis et probants démontrant qu'il mène effectivement une enquête sur l'affaire. Il ne suffit pas d'affirmer que des enquêtes sont en cours.
3. Sous réserve des dispositions expresses de la règle 58 du Règlement de procédure et de preuve, une chambre saisie d'une exception d'irrecevabilité jouit d'une grande latitude pour déterminer les modalités du déroulement de la procédure relative à cette exception d'irrecevabilité.

II. RAPPEL DE LA PROCÉDURE

A. Procédure devant la Chambre préliminaire

4. Le 31 mars 2010, la Chambre préliminaire II (« la Chambre préliminaire ») a rendu, à la majorité des juges, la Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome¹ (« la Décision relative à l'article 15 »), autorisant le Procureur à ouvrir une enquête de sa propre initiative sur la situation en République du Kenya.

5. Le 8 mars 2011, la Chambre a décidé, à la majorité des juges, de citer Francis Kirimi Muthaura (« Francis Muthaura »), Uhuru Muigai Kenyatta (« Uhuru Kenyatta ») et Mohammed Hussein Ali (« Mohammed Ali ») à comparaître devant la Cour le 7 avril 2011².

6. Le 31 mars 2011, le Gouvernement de la République du Kenya (« le Gouvernement kényan ») a déposé une requête en vertu de l'article 19 du Statut de la CPI³ (« l'Exception d'irrecevabilité »), priant la Chambre préliminaire de « [TRADUCTION] conclure à l'irrecevabilité des deux affaires dont elle est actuellement saisie⁴ ».

7. Le 4 avril 2011, la Chambre préliminaire a rendu la décision relative à la conduite de la procédure concernant l'Exception d'irrecevabilité⁵ (« la Décision du 4 avril 2011 relative à la conduite de la procédure »).

8. Le 21 avril 2011, le Gouvernement kényan a déposé un document portant dépôt de pièces à l'appui de l'Exception d'irrecevabilité⁶, accompagné de 22 annexes (« le Document du 21 avril 2011 portant dépôt d'annexes »).

9. Le 28 avril 2011, le Procureur⁷, Mohammed Ali⁸, Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta⁹ ont déposé leurs réponses respectives à l'Exception d'irrecevabilité.

¹ ICC-01/09-19. Un rectificatif a été déposé le 1^{er} avril 2010 sous la cote ICC-01/09-19-Corr-tFRA.

² Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance de citations à comparaître à Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta et Mohammed Hussein Ali, ICC-01/09-02/11-1-tFRA.

³ ICC-01/09-02/11-26.

⁴ Exception d'irrecevabilité, par. 80.

⁵ ICC-01/09-02/11-40.

⁶ ICC-01/09-02/11-67.

⁷ *Prosecution Response to "Application on behalf of the Government of the Republic of Kenya pursuant to Article 19 of the ICC Statute"*, ICC-01/09-02/11-71.

Le Bureau du conseil public pour les victimes, agissant au nom des victimes ayant soumis des demandes de participation, a également déposé une réponse à ladite exception¹⁰.

10. Le 13 mai 2011, avec l'autorisation de la Chambre préliminaire¹¹, le Gouvernement kényan a déposé une réplique aux réponses respectives du Procureur, de la Défense et du Bureau du conseil public pour les victimes¹². Ce document, accompagné de sept annexes, a été notifié à la Chambre préliminaire le 16 mai 2011 (« la Réplique du Gouvernement kényan du 16 mai 2011 »).

11. Le 30 mai 2011, la Chambre préliminaire a rendu 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 Statut¹³ (« la Décision attaquée »).

B. Procédure devant la Chambre d'appel

12. Le 6 juin 2011, le Gouvernement kényan a interjeté appel de ladite décision¹⁴.

13. Le 20 juin 2011, il a déposé un mémoire d'appel¹⁵. Un rectificatif à ce document a été déposé le 22 juin 2011¹⁶ (« le Mémoire d'appel »). À l'appui de son appel, le Gouvernement kényan soutient que la décision par laquelle la Chambre préliminaire a conclu à la recevabilité, au regard du Statut, de l'affaire portée contre les suspects devant la Cour est entachée d'erreurs de fait, d'une erreur de droit et de vices de procédure, et doit donc être infirmée par la Chambre d'appel¹⁷.

14. Le 4 juillet 2011, le Gouvernement kényan a déposé, dans le cadre de l'appel, un document relatif aux enquêtes¹⁸ (« le Rapport d'enquête actualisé »), contenant en

⁸ *The Response of the General Mohammed Hussein Ali to the "Application on behalf of the Government of the Republic of Kenya Pursuant to Article 19 of the ICC Statute"*, ICC-01/09-02/11-70.

⁹ *Joint Defence observations on the Article 19 Application by the Government of the Republic of Kenya*, ICC-01/09-02/11-72.

¹⁰ *Observations on behalf of victims on the Government of Kenya's Application under Article 19 of the Rome Statute*, ICC-01/09-02/11-74.

¹¹ *Decision under Regulation 24(5) of the Regulations of the Court on the Motion Submitted on Behalf of the Government of Kenya*, 2 mai 2011, ICC-01/09-02/11-81.

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

¹³ ICC-01/09-02/11-96-tFRA.

¹⁴ ICC-01/09-02/11-104.

¹⁵ ICC-01/09-02/11-130.

¹⁶ ICC-01/09-02/11-130-Corr.

¹⁷ Mémoire d'appel, par. 1.

¹⁸ ICC-01/09-02/11-153.

annexe un rapport d'enquête actualisé établi par le Directeur des enquêtes criminelles (*Director of Criminal Investigations*) au Kenya¹⁹.

15. Le 12 juillet 2011, le Procureur a répondu au Mémoire d'appel (« la Réponse du Procureur au Mémoire d'appel »)²⁰, soutenant que le Gouvernement kényan n'avait démontré aucune erreur justifiant d'infirmier la Décision attaquée et que l'appel devait donc être rejeté.

16. Le même jour, Mohammed Ali a déposé une réponse au Mémoire d'appel²¹ (« la Réponse de Mohammed Ali au Mémoire d'appel »). Pour l'essentiel, il souscrit aux arguments que le Gouvernement kényan présente en appel et demande l'annulation de la Décision attaquée.

17. Le 19 juillet 2011, les victimes représentées par le Bureau du conseil public pour les victimes ont déposé leurs observations relatives au Mémoire d'appel²² (« les Observations des victimes »). Elles souscrivent largement aux arguments du Procureur concernant les erreurs alléguées²³. En particulier, s'agissant des erreurs factuelles alléguées, elles font valoir que le Gouvernement kényan ne saurait invoquer, à l'appui de l'Exception d'irrecevabilité, les lettres et les rapports concernant les enquêtes qui seraient menées par les autorités nationales, ni les instructions qui auraient été données par le chef de la police au Directeur des enquêtes criminelles — fait qui n'est pas étayé —, puisqu'il n'en ressort pas concrètement que des enquêtes concernant les six suspects étaient en cours²⁴.

18. Le 19 juillet 2011, le Gouvernement kényan a demandé l'autorisation de déposer une réplique à la Réponse du Procureur au Mémoire d'appel (« la Demande d'autorisation de déposer une réplique »)²⁵. Cette demande a été enregistrée le 20 juillet 2011.

¹⁹ Annexe 1 jointe au document intitulé « *Filing of Updated Investigation Report by the Government of Kenya in the Appeal against the Pre-Trial Chamber's Decision on Admissibility* », ICC-01/09-02/11-153-Anx 1.

²⁰ ICC-01/09-02/11-168.

²¹ ICC-01/09-02/11-166.

²² ICC-01/09-02/11-177.

²³ Observations des victimes, par. 40, 43 et 44.

²⁴ Observations des victimes, par. 13 à 16, 27 à 29 et 31.

²⁵ ICC-01/09-02/11-180.

19. Le 26 juillet 2011, le Gouvernement kényan a déposé une réponse aux Observations des victimes²⁶ (« la Réponse du Gouvernement kényan aux Observations des victimes »), dans laquelle il soutient que celles-ci « [TRADUCTION] se bornent à répéter les arguments avancés par l'Accusation [...] et éludent la question essentielle, qui est de savoir si l'affirmation dépourvue d'ambiguïté formulée par le Gouvernement kényan devant la CPI selon laquelle il mène des enquêtes concernant les [...] suspects [...], est tout simplement fausse²⁷ ».

20. Le 27 juillet 2011, le Procureur a répondu aux Observations des victimes (« la Réponse du Procureur aux Observations des victimes »)²⁸. Il estime que ces observations traduisent bien, de la part du Gouvernement kényan, « [TRADUCTION] une méconnaissance profonde des conditions de fond et de procédure applicables dans le cadre d'une exception d'irrecevabilité et, en fin de compte, son incapacité à produire des preuves concrètes à l'appui de son affirmation selon laquelle l'affaire contre les suspects faisait l'objet d'une enquête au niveau national²⁹ ». Ainsi, le Procureur considère lui aussi que le Gouvernement kényan ne saurait se fonder en appel sur des lettres et rapports concernant ses enquêtes sur les suspects³⁰.

21. Le 28 juillet 2011, après avoir examiné les arguments du Procureur³¹ et des victimes³², et après avoir donné aux suspects la possibilité³³ de présenter leurs vues³⁴, la Chambre d'appel a rejeté d'emblée le Rapport d'enquête actualisé³⁵.

22. Le 1^{er} août 2011, après avoir donné la possibilité³⁶ au Procureur³⁷ et aux suspects de présenter leurs vues, la Chambre d'appel a rejeté d'emblée la Demande d'autorisation de déposer une réplique³⁸.

²⁶ ICC-01/09-02/11-194.

²⁷ Réponse du Gouvernement kényan aux Observations des victimes, par. 3.

²⁸ ICC-01/09-02/11-198.

²⁹ Réponse du Procureur aux Observations des victimes, par. 8.

³⁰ Réponse du Procureur aux Observations des victimes, par. 9.

³¹ Réponse du Procureur au Mémoire d'appel, par. 35.

³² Observations des victimes, par. 44, 45, 46 et 48.

³³ *Order on the filing of observations in relation to the "Filing of Updated Investigation Report by the Government of Kenya in the Appeal against the Pre-Trial Chamber's Decision on Admissibility"*, 14 juillet 2011, ICC-01/09-02/11-171.

³⁴ *Defence Observations on the "Filing of Updated Investigation Report by the Government of Kenya in the Appeal against the Pre-Trial Chamber's Decision on Admissibility"*, 15 juillet 2011, ICC-01/11-02/11-173.

³⁵ Voir *Decision on the "Filing of Updated Investigation Report by the Government of Kenya in the Appeal against the Pre-Trial Chamber's Decision on Admissibility"*, ICC-01/09-02/11-202.

23. Le 3 août 2011, le Gouvernement kényan a déposé une requête aux fins de tenue d'une audience en vertu de la règle 156-3³⁹ (« la Requête aux fins de tenue d'une audience »).

24. Le 17 août 2011, après avoir donné la possibilité⁴⁰ au Procureur⁴¹, aux suspects⁴² et aux victimes participant à l'appel⁴³ de présenter leurs vues, la Chambre d'appel a rejeté d'emblée la Requête aux fins de tenue d'une audience⁴⁴.

III. EXAMEN AU FOND

25. Dans le Mémoire d'appel, le Gouvernement kényan soutient que la Décision attaquée est entachée d'erreurs de fait, d'une erreur de droit et de vices de procédure⁴⁵. La Chambre d'appel les examinera à tour de rôle, en commençant par l'erreur de droit.

A. Erreur de droit alléguée

26. La principale question soulevée par le Gouvernement kényan au titre de ce moyen d'appel porte sur l'interprétation des termes suivants, figurant à l'article 17-1-a du Statut : « l'affaire fait l'objet d'une enquête [...] de la part d'un État ayant compétence en l'espèce ». En particulier, le Gouvernement kényan conteste le bien-fondé de la conclusion de la Chambre préliminaire, à savoir que pour qu'une

³⁶ *Order on the filing of observations in relation to the Application on behalf of the Republic of Kenya for Leave to Reply to the "Prosecutions response to the 'Appeal of the Government of Kenya against the Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute'"*, 21 juillet 2011, ICC-01/09-02/11-186.

³⁷ *Prosecution's response to the Application on behalf of the Government of Kenya for Leave to Reply to the "Prosecution's response to the Appeal of the Government of Kenya against the Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute"*, 22 juillet 2011, ICC-01/09-02/11-190.

³⁸ Voir *Decision on the Application on behalf of the Government of Kenya for Leave to Reply to the "Prosecution's response to the 'Appeal of the government of Kenya against the Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute'"*, ICC-01/09-02/11-206.

³⁹ ICC-01/09-02/11-210. La Requête aux fins de tenue d'une audience a été enregistrée le 4 août 2011.

⁴⁰ *Order on the filing of a response to the Republic of Kenya's "Request for an Oral Hearing Pursuant to Rule 156 (3)"*, 5 août 2011, ICC-01/09-02/11-217.

⁴¹ *Prosecution's Response to the Government of Kenya "Request for an oral Hearing Pursuant to Rule 156(3)"*, 11 août 2011, ICC-01/09-02/11-232.

⁴² *Defence Response to the "Request for an Oral Hearing Pursuant to rule 156(3)"*, 11 août 2011, ICC-01/09-02/11-233.

⁴³ *Response to the Government of Kenya's "Request for an Oral Hearing Pursuant to Rule 156(3)"*, 11 août 2011, ICC-01/09-02/11-228.

⁴⁴ Voir *Decision on the "Request for an Oral Hearing Pursuant to Rule 156(3)"*, ICC-01/09-02/11-251.

⁴⁵ Mémoire d'appel, par. 1.

affaire soit irrecevable devant la Cour, une juridiction nationale doit mener une enquête visant la même personne et le même comportement que l'affaire déjà engagée devant la Cour⁴⁶.

1. *Rappel de la procédure et passages pertinents de la Décision attaquée*

27. Dans l'Exception d'irrecevabilité soulevée devant la Chambre préliminaire, le Gouvernement kényan soutient que la Cour n'a pas encore donné de définition faisant autorité du terme « affaire » figurant à l'article 17-1 du Statut⁴⁷. Dans une note de bas de page, il avance que dans l'Arrêt relatif à l'appel interjeté par Germain Katanga contre la décision rendue oralement par la Chambre de première instance II le 12 juin 2009 concernant la recevabilité de l'affaire⁴⁸ (« l'Arrêt *Katanga* OA 8 »), la Chambre d'appel a refusé de se prononcer sur les conclusions d'autres chambres de la Cour selon lesquelles, pour qu'une affaire soit irrecevable, « [TRADUCTION] les procédures nationales doivent englober tant la personne que le comportement qui font l'objet de l'affaire portée devant la Cour⁴⁹ », à savoir le critère de « même personne/même comportement ». Selon le Gouvernement kényan, ce n'est pas le critère de « même personne/même comportement », mais le critère retenu par la Chambre préliminaire dans la Décision relative à l'article 15 qui devrait s'appliquer à l'Exception d'irrecevabilité. Selon ce dernier critère, les procédures nationales et les enquêtes menées par la CPI doivent « [TRADUCTION] porter sur le même comportement de la part de personnes situées au même niveau hiérarchique⁵⁰ ». Dans la Réplique du 16 mai 2011, le Gouvernement kényan soutient en outre que « [TRADUCTION] tout argument selon lequel les enquêtes menées respectivement par l'État concerné et le Procureur de la CPI *doivent* porter tant sur les mêmes personnes que sur le même *comportement* est nécessairement erroné puisqu'il se peut tout simplement que l'État concerné ne dispose pas des preuves qui sont en possession du Procureur de la CPI ou même qu'il en ait été privé⁵¹ ». Il avance de surcroît « [TRADUCTION] qu'on ne peut tout simplement pas garantir qu'un même groupe d'individus tombera sous le coup des enquêtes menées respectivement par

⁴⁶ Mémoire d'appel, par. 12 (iv) et 79 à 92.

⁴⁷ Exception d'irrecevabilité, par. 32.

⁴⁸ 25 septembre 2009, ICC-01/04-01/07-1497-tFRA (OA 8), renvoyant aux paragraphes 81 et 82.

⁴⁹ Exception d'irrecevabilité, note de bas de page 20.

⁵⁰ Exception d'irrecevabilité, par. 32.

⁵¹ Réplique du Gouvernement kényan du 16 mai 2011, par. 27.

l'État, qui entend contester la recevabilité de l'affaire devant la CPI, et par le Procureur, qui entend pour sa part établir la recevabilité⁵² ». Le Gouvernement kényan rappelle également qu'il était dans l'obligation, conformément à l'article 19-5 du Statut, de soulever son exception d'irrecevabilité « [TRADUCTION] le plus tôt possible [...], obligation qui a été "déclenchée" par la délivrance de citations à comparaître aux six ressortissants kényans quelques semaines auparavant⁵³ ».

28. Dans la Décision attaquée, la Chambre préliminaire a indiqué que le Gouvernement kényan semblait avoir mal compris le critère de recevabilité⁵⁴, expliquant que les conclusions figurant dans la Décision relative à l'article 15 ont été formulées dans le contexte de l'autorisation de l'ouverture d'une enquête sur une *situation*, s'agissant d'une ou plusieurs affaires potentielles, alors qu'aucun suspect spécifique n'a probablement encore été identifié⁵⁵. La Chambre préliminaire a expliqué que « le critère est plus spécifique lorsqu'il s'agit de déterminer la recevabilité au stade de l'"affaire"⁵⁶ ». Elle a rappelé que, dans l'affaire *Lubanga*, la Chambre préliminaire I a établi et appliqué le critère de « même personne/même comportement » au stade de l'affaire⁵⁷. Elle a ajouté que dans l'affaire *Katanga*, la Chambre d'appel avait uniquement refusé de statuer sur la composante du critère tenant au « même comportement », mais qu'il ressortait de l'arrêt en question que la Chambre avait « statué sur l'une des composantes du critère, à savoir que l'examen de la recevabilité d'une "affaire" doit *au moins* viser la "même personne"⁵⁸ ».

2. Arguments en appel du Gouvernement kényan

29. Dans ses moyens d'appel, le Gouvernement kényan soutient que la Chambre préliminaire a eu tort d'appliquer le critère de « même personne/même comportement » sans examiner les arguments qu'il avançait pour en contester la validité⁵⁹. Il souligne qu'il n'a pas mal compris le critère énoncé dans la Décision relative à l'article 15, mais que selon lui, ce critère devrait s'appliquer à tous les

⁵² Réplique du Gouvernement kényan du 16 mai 2011, par. 27.

⁵³ Réplique du Gouvernement kényan du 16 mai 2011, par. 26.

⁵⁴ Décision attaquée, par. 48.

⁵⁵ Décision attaquée, par. 50.

⁵⁶ Décision attaquée, par. 50.

⁵⁷ Décision attaquée, par. 51.

⁵⁸ Décision attaquée, par. 52.

⁵⁹ Mémoire d'appel, par. 79 et 80.

stades de la procédure et non pas seulement au stade d'une situation⁶⁰. S'agissant du critère de « même personne/même comportement », le Gouvernement kényan souligne que le critère de recevabilité ne saurait exiger que les enquêtes menées par les autorités nationales portent sur les mêmes personnes⁶¹. Selon lui, « [TRADUCTION] il doit y avoir une certaine latitude dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire concernant l'application du principe de complémentarité » puisqu'il existe une présomption en faveur des juridictions nationales⁶². Le Gouvernement kényan soutient que les arguments qu'il a soulevés devant la Chambre préliminaire n'ont pas encore été tranchés dans la jurisprudence de la Cour⁶³ et conteste la conclusion de la Chambre préliminaire selon laquelle la Chambre d'appel est elle aussi d'avis que l'enquête menée au niveau national doit viser la même personne⁶⁴. Il indique en outre avoir fait valoir devant la Chambre préliminaire que, dans le cadre de ses enquêtes préliminaires sur d'autres situations, le Procureur a considéré que « [TRADUCTION] le fonctionnement et les capacités du système national dans son ensemble sont un élément déterminant pour décider s'il doit ou non intervenir », argument que la Chambre préliminaire n'a pas examiné⁶⁵.

3. *Arguments en appel de Mohammed Ali*

30. Mohammed Ali souscrit aux arguments du Gouvernement kényan selon lesquels « [TRADUCTION] la Chambre préliminaire a eu tort de juger que le critère de "même personne/même comportement" était applicable⁶⁶ ». Il soutient « [TRADUCTION] qu'aucune des décisions des chambres ne cite de source de droit à l'appui du critère de "même personne/même comportement" » et qu'en tant que tel, « [TRADUCTION] ce critère est incompatible avec l'objet et le but du Statut »⁶⁷.

4. *Arguments en appel du Procureur*

31. Le Procureur conteste l'affirmation du Gouvernement kényan selon laquelle la Chambre préliminaire n'a pas examiné ses arguments concernant le critère applicable. Il soutient que la Chambre préliminaire s'est explicitement et correctement prononcée

⁶⁰ Mémoire d'appel, par. 82.

⁶¹ Mémoire d'appel, par. 84.

⁶² Mémoire d'appel, par. 43.

⁶³ Mémoire d'appel, par. 85.

⁶⁴ Mémoire d'appel, par. 87.

⁶⁵ Mémoire d'appel, par. 89.

⁶⁶ Réponse de Mohammed Ali au Mémoire d'appel, par. 35.

⁶⁷ Réponse de Mohammed Ali au Mémoire d'appel, par. 39.

sur ces arguments, soulignant que le critère énoncé dans la Décision relative à l'article 15 « [TRADUCTION] a été retenu dans le but spécifique et restreint de déterminer la recevabilité *au stade de la situation*⁶⁸ ». Le Procureur avance que l'article 17 du Statut « [TRADUCTION] régit la façon dont la Cour doit déterminer quelle juridiction doit rester saisie lorsque la CPI et un État exercent tous deux leur compétence dans une affaire donnée⁶⁹ ». Selon lui, le Gouvernement kényan « [TRADUCTION] n'envisage pas la possibilité pour la Cour et l'État concerné d'exercer concurremment leur compétence à l'égard de différents suspects pour des crimes commis dans le cadre des mêmes événements⁷⁰ ». En outre, il fait valoir que le critère de « même personne/même comportement » trouve son fondement dans le libellé et les travaux préparatoires du Statut⁷¹.

5. *Observations des victimes*

32. Les victimes souscrivent pleinement aux arguments du Procureur concernant le critère de « même personne/même comportement ». Elles soutiennent que « [TRADUCTION] loin d'imposer aux autorités nationales de poursuivre ou de déclarer coupable une certaine personne [...], ce critère ne leur impose que de mener véritablement à bien une enquête ou des poursuites à l'encontre de cette personne⁷² ».

6. *Conclusions de la Chambre d'appel*

33. Dans la Décision attaquée, la Chambre préliminaire a appliqué le critère de « même personne/même comportement » pour déterminer si l'affaire était recevable au regard de l'article 17-1-a du Statut. Elle a relevé que dans l'Arrêt *Katanga* OA 8, la Chambre d'appel avait refusé de se prononcer sur la validité de la composante dudit critère tenant au « même comportement », cette question n'étant pas déterminante dans le cadre de cet appel⁷³. La Chambre préliminaire a également précisé que la Chambre d'appel avait uniquement refusé de se prononcer sur la composante du critère tenant au « même comportement », et qu'elle pouvait « clairement en déduire que la Chambre d'appel [avait] statué sur l'une des composantes du critère, à savoir

⁶⁸ Réponse du Procureur au Mémoire d'appel, par. 75.

⁶⁹ Réponse du Procureur au Mémoire d'appel, par. 82.

⁷⁰ Réponse du Procureur au Mémoire d'appel, par. 87.

⁷¹ Réponse du Procureur au Mémoire d'appel, par. 92 à 102.

⁷² Observations des victimes, par. 43.

⁷³ Décision attaquée, par. 52, renvoyant à l'Arrêt *Katanga* OA 8, par. 81.

que l'examen de la recevabilité d'une "affaire" doit *au moins* viser la "même personne"⁷⁴ ».

34. La Chambre d'appel relève que dans l'Arrêt *Katanga* OA 8, tant l'affaire portée devant la Cour que celle faisant l'objet d'une enquête par la République démocratique du Congo concernaient la même personne, à savoir Germain Katanga. Par conséquent, la Chambre d'appel n'avait pas à examiner si l'affaire doit *toujours* concerner la même personne. Aussi, la Chambre d'appel ne s'est pas encore prononcée sur la validité de la composante du critère tenant à la « même personne » et examine cette question pour la première fois dans le cadre du présent appel.

35. L'article 17 du Statut dispose notamment comme suit :

1. Eu égard au dixième alinéa du préambule et à l'article premier, une affaire est jugée irrecevable par la Cour lorsque :

a) L'affaire fait l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un État ayant compétence en l'espèce, à moins que cet État n'ait pas la volonté ou soit dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites ;

b) L'affaire a fait l'objet d'une enquête de la part d'un État ayant compétence en l'espèce et que cet État a décidé de ne pas poursuivre la personne concernée, à moins que cette décision ne soit l'effet du manque de volonté ou de l'incapacité de l'État de mener véritablement à bien des poursuites ;

c) La personne concernée a déjà été jugée pour le comportement faisant l'objet de la plainte, et qu'elle ne peut être jugée par la Cour en vertu de l'article 20, paragraphe 3 ;

d) [...].

36. L'article 17 du Statut prévoit les conditions de fond dans lesquelles une affaire n'est pas recevable devant la Cour. Il donne effet au principe de complémentarité (dixième alinéa du préambule et article 1^{er}), en vertu duquel la Cour « est complémentaire des juridictions pénales nationales ». Ainsi, c'est aux États qu'incombe au premier chef la responsabilité de poursuivre les auteurs de crimes et, à cet égard, la Cour ne se substitue pas aux juridictions nationales, elle en est le complément. Les alinéas a) à c) de l'article 17-1 prévoient les modalités de résolution d'un conflit de compétence entre la Cour et une juridiction nationale. Ainsi, dans le premier cas de figure envisagé à l'article 17-1-a, la question n'est pas seulement de

⁷⁴ Décision attaquée, par. 52.

savoir si une « enquête » est diligentée dans l'abstrait, mais si la *même affaire* fait l'objet d'une enquête menée tant par la Cour que par une juridiction nationale.

37. Il convient également de relever que l'article 17 du Statut ne s'applique pas uniquement à la détermination de la recevabilité d'une affaire concrète (article 19), mais aussi aux décisions préliminaires sur la recevabilité (article 18). En vertu de la règle 55-2 du Règlement de procédure et de preuve, lorsque la Chambre préliminaire rend une décision préliminaire sur la recevabilité, « elle prend en considération les circonstances énumérées à l'article 17 pour décider d'autoriser ou non l'enquête ». Les éléments énumérés à l'article 17 présentent également une importance pour la décision du Procureur d'ouvrir une enquête en vertu de l'article 53-1 ou de demander l'autorisation d'ouvrir une enquête de sa propre initiative conformément à l'article 15, ainsi que pour la décision d'engager des poursuites conformément à l'article 53-2.

38. Les termes « l'affaire fait l'objet d'une enquête » figurant à l'article 17-1-a du Statut doivent donc s'entendre dans le contexte dans lequel ils sont employés. Aux fins des procédures relatives à l'ouverture d'une enquête dans une situation donnée (articles 15 et 53-1), l'étendue des affaires potentielles sera souvent assez vague puisque les enquêtes du Procureur en sont à un stade précoce. Il en va de même pour les exceptions d'irrecevabilité soulevées au stade préliminaire conformément à l'article 18. Souvent, aucun suspect n'a encore été identifié à ce stade, et le comportement en cause ainsi que sa qualification juridique ne sont pas encore clairement déterminés. Le caractère assez vague de l'étendue des affaires potentielles dans la procédure prévue à l'article 18 ressort également de la règle 52-1 du Règlement de procédure et de preuve, mentionnant les « renseignements relatifs aux actes susceptibles de constituer des crimes visés à l'article 5 qui sont pertinents aux fins de l'application du paragraphe 2 de l'article 18 », renseignements que le Procureur doit fournir dans la notification qu'il adresse aux États.

39. En revanche, l'article 19 du Statut se rapporte à la recevabilité d'affaires concrètes. Celles-ci sont définies par un mandat d'arrêt ou une citation à comparaître délivrés en vertu de l'article 58, ou par les charges présentées par le Procureur et confirmées par la Chambre préliminaire conformément à l'article 61. L'article 58 exige pour la délivrance d'un mandat d'arrêt ou d'une citation à comparaître qu'il y ait des motifs raisonnables de croire que la personne visée a commis un crime relevant de la compétence de la Cour. De même, conformément à la norme 52 du Règlement

de la Cour, le document indiquant les charges doit mentionner le nom de la personne visée par les charges dont la confirmation est demandée, ainsi que les allégations formulées à son encontre. Les articles 17-1-c et 20-3 indiquent que la Cour ne peut juger une personne qui a été jugée par une juridiction nationale pour le même comportement, à moins que les conditions posées par les alinéas a) ou b) de l'article 20-3 ne soient remplies⁷⁵. Par conséquent, les éléments qui permettent de définir une affaire concrète devant la Cour sont la personne visée et le comportement allégué. Il s'ensuit que pour qu'une affaire soit irrecevable au sens de l'article 17-1-a, l'enquête menée au niveau national doit viser la même personne et essentiellement le même comportement que la procédure engagée devant la Cour.

40. L'Exception d'irrecevabilité qui a donné lieu au présent appel a été soulevée en vertu de l'article 19-2-b du Statut, s'agissant d'une affaire dans laquelle une citation à comparaître a été délivrée à certains suspects pour un comportement spécifique. Par conséquent, s'agissant du présent appel, l'« affaire » dans le contexte de l'article 17-1-a est l'affaire telle que définie dans la citation à comparaître. Cette affaire ne serait irrecevable devant la Cour que si le Gouvernement kényan enquêtait sur les mêmes suspects pour essentiellement le même comportement. Dans ce contexte, les termes « fait l'objet d'une enquête » signifient que des mesures sont prises pour déterminer si *ces suspects* sont responsables de ce comportement, par exemple en entendant des témoins ou des suspects, en recueillant des preuves documentaires ou en procédant à des analyses médico-légales⁷⁶. Le simple fait d'être disposé à prendre de telles mesures ou de mener des enquêtes sur d'*autres* suspects est insuffisant. En effet, à moins que des mesures d'enquête ne soient effectivement prises concernant les suspects qui font l'objet de la procédure engagée devant la Cour, on ne saurait dire que la Cour et une juridiction nationale enquêtent (actuellement) sur la *même affaire*, et il n'y a donc aucun conflit de compétence. Il convient toutefois de souligner la nécessité de faire le départ entre l'analyse visant à déterminer si une

⁷⁵ Voir aussi l'article 90-1 du Statut, qui énonce la procédure à suivre si un État reçoit une requête de la part de la Cour aux fins de la remise d'une personne et une requête concurrente d'un autre État aux fins « d'extradition de la même personne pour le même comportement, qui constitue la base du crime pour lequel la Cour demande la remise de cette personne ».

⁷⁶ Voir J. Stigen, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions: The Principle of Complementarity* (Martinus Nijhoff Publishers, 2008), p. 203. Stigen relève ce qui suit : « [TRADUCTION] il doit y avoir un examen assez approfondi traduisant une exhaustivité suffisante. À défaut, on considérera qu'il y a inaction ». Voir aussi C. Cárdenas, *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof* (Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005), p. 58.

enquête est en cours et celle visant à apprécier si l'État « n'[a] pas la volonté ou [est] dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites », ce dernier cas de figure étant la deuxième question à envisager dans le cadre de l'examen de la recevabilité d'une affaire⁷⁷. Pour apprécier si un État mène effectivement une enquête, la question n'est pas de savoir si une enquête est véritablement en cours, mais de savoir si des mesures d'enquête ont été prises.

41. On ne saurait suivre le Gouvernement kényan lorsqu'il soutient « [TRADUCTION] qu'il est inconcevable qu'en toutes circonstances, dans toute situation et toute affaire susceptible d'être portée devant la CPI, l'enquête du Procureur et celle menée par les autorités nationales doivent viser exactement les mêmes personnes si l'État doit conserver sa compétence⁷⁸ ». Le Gouvernement kényan ne tient pas compte du fait que la procédure a progressé et que des suspects spécifiques ont été identifiés. À ce stade de la procédure, lorsque des citations à comparaître ont été délivrées, la question n'est plus de savoir si le Gouvernement kényan enquête sur des suspects au même niveau hiérarchique, mais si la Cour et les juridictions nationales enquêtent sur les mêmes suspects pour essentiellement le même comportement.

42. Le Gouvernement kényan conteste cette conclusion en affirmant qu'une juridiction nationale peut ne pas toujours disposer des mêmes éléments de preuve que le Procureur et donc mener des enquêtes ne visant pas les mêmes suspects que la Cour⁷⁹. Cet argument n'est pas convaincant, pour deux raisons. Premièrement, si un État n'enquête pas sur un certain suspect en raison d'un manque de preuves, il n'y a tout simplement aucun conflit de compétence et rien ne justifie que l'affaire soit déclarée irrecevable devant la Cour. Deuxièmement, ce qui compte pour la recevabilité d'une affaire concrète au regard des articles 17-1-a et 19 du Statut n'est pas de savoir si l'État dispose des mêmes preuves que le Procureur, mais s'il prend

⁷⁷ Comme la Chambre d'appel l'a expliqué dans l'Arrêt *Katanga* OA 8, au paragraphe 78 : « pour dire si une affaire est irrecevable au regard des alinéas a) et b) de l'article 17-1 du Statut, il est nécessaire d'examiner au préalable 1) si elle fait l'objet d'une enquête ou de poursuites, ou 2) si elle a fait l'objet d'une enquête par le passé et que l'État ayant compétence en l'espèce a décidé de ne pas poursuivre la personne concernée. Ce n'est qu'en cas de réponse affirmative qu'il échet de se pencher sur la deuxième partie des alinéas a) et b) et que se pose la question du manque de volonté et de l'incapacité ».

⁷⁸ Mémoire d'appel, par. 43.

⁷⁹ Mémoire d'appel, par. 83, citant la Réplique du Gouvernement kényan du 16 mai 2011, par. 27 et 28.

des mesures pour déterminer si ces suspects sont responsables essentiellement du même comportement que celui faisant l'objet de la procédure engagée devant la Cour.

43. Le Gouvernement kényan soutient également qu'il devrait y avoir une certaine « [TRADUCTION] latitude dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire concernant l'application du principe de complémentarité⁸⁰ » afin de permettre aux procédures menées au niveau national de progresser. Cet argument est sans fondement puisque, comme il est expliqué plus haut, la procédure relative à la recevabilité des affaires prévue à l'article 19 du Statut vise à déterminer si une affaire portée devant la Cour par le Procureur est irrecevable en raison d'un conflit de compétence. À moins qu'il n'existe un tel conflit, l'affaire est recevable. L'argument selon lequel il devrait y avoir une présomption en faveur des juridictions nationales⁸¹ ne contredit pas cette conclusion. Même si les alinéas a) à c) de l'article 17-1 accordent effectivement la préséance aux juridictions nationales, cela n'est que dans la mesure où des enquêtes et/ou des poursuites sont effectivement menées au niveau national ou l'ont été. Si la juridiction nationale n'a pas enquêté sur le suspect ou le comportement en question, rien en droit ne justifie que la Cour conclue à l'irrecevabilité de l'affaire.

44. En outre, la procédure visant à déterminer la recevabilité d'une affaire concrète au regard de l'article 19 du Statut ne représente qu'un aspect du principe de complémentarité. Les préoccupations soulevées par le Gouvernement kényan concernant l'exercice de sa compétence en matière pénale et la protection de sa souveraineté sont prises en compte dans les procédures prévues aux articles 15, 53, 18 et 19. Toutefois, dans le cadre de l'article 19, l'accent est mis sur une affaire concrète qui fait l'objet d'une procédure devant la Cour. C'est pourquoi l'argument du Gouvernement kényan renvoyant à l'examen préliminaire minutieux effectué par le Procureur dans le cadre d'autres situations⁸² n'est pas convaincant : dans ces situations, la procédure en est simplement à un autre stade qu'en l'espèce.

45. De même, l'argument voulant que le Gouvernement kényan ait été contraint, une fois les citations à comparaître délivrées, de soulever l'Exception d'irrecevabilité « le plus tôt possible » conformément à l'article 19-5 du Statut et qu'ainsi, on ne puisse « [TRADUCTION] s'attendre à ce qu'il [en] ait préparé chaque aspect en

⁸⁰ Mémoire d'appel, par. 43.

⁸¹ Mémoire d'appel, par. 43.

⁸² Mémoire d'appel, par. 89 à 91.

détail avant cette date⁸³ » est lui aussi inepte. L'article 19-5 exige qu'un État conteste la recevabilité d'une affaire le plus tôt possible, dès qu'il est en mesure d'invoquer un conflit de compétence⁸⁴. Cette disposition n'exige pas d'un État qu'il conteste la recevabilité simplement parce que la Cour a délivré une citation à comparaître.

46. En conséquence, la Chambre d'appel conclut que compte tenu du stade spécifique auquel en est la procédure, c'est à juste titre que la Chambre préliminaire a appliqué le critère de « même personne/même comportement ». Elle n'a donc commis aucune erreur de droit.

B. Erreurs de fait alléguées

47. Dans ce moyen d'appel, le Gouvernement kényan soutient que la conclusion de la Chambre préliminaire selon laquelle aucune enquête n'était menée au Kenya concernant les suspects faisant l'objet de la procédure menée devant la CPI, conclusion qu'elle justifie par le fait « [TRADUCTION] qu'aucune information n'[a] été présentée par le Gouvernement kényan, “avant le dépôt de la Réplique du 16 mai 2011”, pour étayer l'argument du Kenya selon lequel des enquêtes sont *en cours* sur les [...] suspects⁸⁵ », était déraisonnable « [TRADUCTION] au vu des renseignements qu'il a communiqués à la Chambre préliminaire II⁸⁶ ». En particulier, il avance que la Chambre préliminaire a commis une erreur dans l'appréciation qu'elle a faite des annexes qu'il lui a soumises, qu'elle a tiré des conclusions illogiques à partir de la proposition du Gouvernement kényan de lui communiquer des rapports d'enquête actualisés, et qu'elle a fait preuve de parti pris. Ces allégations seront analysées successivement.

1. Appréciation erronée que la Chambre aurait faite des annexes soumises par le Gouvernement kényan

48. Le Gouvernement kényan soutient que la Chambre préliminaire a commis une erreur dans l'appréciation des annexes qu'il lui a soumises⁸⁷.

⁸³ Mémoire d'appel, par. 83, citant la Réplique du Gouvernement kényan du 16 mai 2011, par. 27 et 28.

⁸⁴ À noter également les restrictions énoncées à l'article 19-4 du Statut s'agissant de la contestation de la recevabilité d'une affaire.

⁸⁵ Mémoire d'appel, par. 4, renvoyant à la Décision attaquée, par. 66.

⁸⁶ Mémoire d'appel, par. 5.

⁸⁷ Mémoire d'appel, par. 53 à 58.

**a) Rappel de la procédure et passages pertinents de la
Décision attaquée**

49. À l'appui de l'Exception d'irrecevabilité qu'il a soulevée devant la Chambre préliminaire, le Gouvernement kényan a déposé 22 annexes le 21 avril 2011, puis sept autres, jointes à la Réplique du 16 mai 2011. Après avoir examiné ces 29 annexes, la Chambre préliminaire a conclu ce qui suit : « le Gouvernement kényan se prévaut principalement de réformes en matière judiciaire et d'enquêtes qu'il s'engage à mener à l'avenir. Cependant, s'il avance que des initiatives sont en cours, il ne présente aucune preuve concrète de telles mesures⁸⁸ ». En particulier, la Chambre préliminaire a conclu que seules l'annexe 1⁸⁹ et l'annexe 3⁹⁰, jointes au Document du 21 avril 2011 portant dépôt d'annexes (« l'Annexe 1 » et « l'Annexe 3 » respectivement), ainsi que l'annexe 2⁹¹ jointe à la Réplique du Gouvernement kényan du 16 mai 2011 (« l'Annexe 2 »), se rapportaient directement aux procédures d'enquête au Kenya⁹².

50. S'agissant de l'Annexe 3 (un rapport d'avancement daté de mars 2011 adressé à l'*Attorney general*, dans lequel le Procureur en chef résume et énumère les affaires et les enquêtes découlant des violences postélectorales), la Chambre préliminaire a toutefois relevé que « [n]ulle part dans ce rapport n'est mentionné le nom de l'un ou de plusieurs des trois suspects faisant l'objet de la procédure menée devant la Cour⁹³ ». S'agissant de l'Annexe 1 (une lettre datée du 14 avril 2011 adressée par l'*Attorney general* au chef de la police kényane, lui donnant instruction d'enquêter sur tous les suspects faisant l'objet de la procédure menée devant la Cour), la Chambre préliminaire a conclu qu'« il en ressort[ait] [...] clairement qu'au moment du dépôt de [l'Exception d'irrecevabilité], dans laquelle le Gouvernement kényan affirmait mener une enquête concernant l'affaire portée devant la Cour, il n'y avait en fait aucune enquête *en cours*⁹⁴ ». S'agissant de l'Annexe 2 (un rapport daté du 5 mai 2011 établi par le Directeur des enquêtes criminelles au Kenya indiquant notamment qu'une affaire concernant William Ruto est pendante), la Chambre préliminaire a conclu que « [m]ême s'il ressort des informations figurant dans [les Annexes 1 et 2] qu'il a été

⁸⁸ Décision attaquée, par. 60.

⁸⁹ Document du 21 avril 2011 portant dépôt d'annexes, Annexe 1.

⁹⁰ Document du 21 avril 2011 portant dépôt d'annexes, Annexe 3.

⁹¹ Réplique du Gouvernement kényan du 16 mai 2011, Annexe 2.

⁹² Décision attaquée, par. 60.

⁹³ Décision attaquée, par. 61.

⁹⁴ Décision attaquée, par. 62.

donné instruction d'enquêter sur les trois suspects [...], le Gouvernement kényan ne donne à la Chambre aucune précision concernant les mesures d'enquête qui seraient prises *actuellement*⁹⁵ ».

b) Arguments en appel du Gouvernement kényan

51. Dans ses moyens d'appel, le Gouvernement kényan soutient que la Chambre préliminaire s'est indûment focalisée sur l'Annexe 3, à savoir « [TRADUCTION] l'un des principaux rapports que la police kényane avait analysés⁹⁶ », qu'il lui a soumis « [TRADUCTION] par souci d'exhaustivité, à titre d'information générale⁹⁷ » concernant sa stratégie consistant à enquêter « de la base au sommet ». Le Gouvernement kényan maintient ne jamais avoir affirmé que l'Annexe 3 mentionnait l'un quelconque des suspects et soutient qu'en se fondant sur cette évidence, la Chambre préliminaire « [TRADUCTION] a complètement méconnu le fait que, malgré la diligence dont le Gouvernement kényan a fait preuve en toute bonne foi, il se pouvait tout simplement qu'il ne dispose d'aucune preuve mettant en cause les [...] suspects ou l'un d'entre eux⁹⁸ ». De plus, le Gouvernement kényan conteste la conclusion de la Chambre préliminaire selon laquelle les Annexes 1 et 2 montrent seulement « [TRADUCTION] qu'il a été donné instruction d'enquêter⁹⁹ ». Selon lui, l'Annexe 2 montre « [TRADUCTION] qu'une affaire est *pendante* (dossier n° 10/2008) à l'encontre de l'un des suspects, William Ruto, et qu'une enquête est menée concernant tous les [...] suspects¹⁰⁰ », et que « [TRADUCTION] l'enquête menée en particulier sur les [...] suspects est en cours depuis que les noms des [...] suspects ont été rendus publics par le Procureur de la CPI¹⁰¹ ». De surcroît, le Gouvernement kényan soutient que dans la Réplique du 16 mai 2011, il a fourni des renseignements détaillés sur les mesures d'enquête prises, qui n'ont toutefois pas été mentionnés par la Chambre préliminaire¹⁰². Il est d'avis que s'il en avait été tenu

⁹⁵ Décision attaquée, par. 64.

⁹⁶ Mémoire d'appel, par. 55.

⁹⁷ Mémoire d'appel, par. 54.

⁹⁸ Mémoire d'appel, par. 55.

⁹⁹ Mémoire d'appel, par. 56.

¹⁰⁰ Mémoire d'appel, par. 56. William Ruto est l'un des trois suspects dans l'affaire ICC-01/09-01/11 dont est également saisie la Chambre préliminaire.

¹⁰¹ Mémoire d'appel, par. 57.

¹⁰² Mémoire d'appel, par. 5.

compte, il aurait été « [TRADUCTION] impossible de conclure [...] à l'existence d'une situation d'«*inaction*»¹⁰³ ».

c) Arguments en appel de Mohammed Ali

52. Mohammed Ali souscrit aux arguments avancés par le Gouvernement kényan¹⁰⁴. Il soutient que la Chambre préliminaire a eu tort d'appliquer « [TRADUCTION] une norme d'administration de la preuve trop stricte s'agissant des déclarations soumises » par le Gouvernement kényan¹⁰⁵. En particulier, il avance « [TRADUCTION] qu'exiger de la part d'un État partie qu'il communique des détails spécifiques concernant ses conclusions d'enquête avant que de telles conclusions n'aient été soumises aux autorités judiciaires [kényanes] est une mesure d'ingérence considérable allant au-delà des paramètres applicables pour dûment statuer sur une exception d'irrecevabilité¹⁰⁶ ».

d) Arguments en appel du Procureur

53. Le Procureur soutient que les informations soumises à la Chambre préliminaire, et en particulier les Annexes 1, 2 et 3, « [TRADUCTION] prouvent bien qu'*aucune* enquête n'était menée contre les suspects avant le dépôt de l'[Exception d'irrecevabilité]¹⁰⁷ ». S'agissant de l'Annexe 3, il « [TRADUCTION] avance que dans la mesure où cet important rapport relatif aux enquêtes et aux poursuites menées dans le cadre des affaires concernant les violences postélectorales ne faisait pas mention des suspects, la Chambre préliminaire pouvait raisonnablement en déduire qu'*aucune* enquête les concernant n'avait été menée avant au moins mars 2011¹⁰⁸ ». En outre, il soutient que l'Annexe 1 « [TRADUCTION] montre tout au plus [...] que l'*Attorney general* a ordonné l'ouverture d'une enquête concernant notamment les suspects 14 jours après le dépôt devant la Cour de l'Exception d'irrecevabilité¹⁰⁹ ». S'agissant de l'Annexe 2, le Procureur avance que si « [TRADUCTION] des enquêtes avaient été menées avant le 5 mai 2011 comme le prétend [le Gouvernement kényan], ces instructions seraient sans objet, nonobstant la précision figurant dans le même rapport et sur laquelle se fonde [le Gouvernement kényan], à savoir que “[I]’équipe

¹⁰³ Mémoire d'appel, par. 6.

¹⁰⁴ Réponse de Mohammed Ali au Mémoire d'appel, par. 13.

¹⁰⁵ Réponse de Mohammed Ali au Mémoire d'appel, par. 20.

¹⁰⁶ Réponse de Mohammed Ali au Mémoire d'appel, par. 22.

¹⁰⁷ Réponse du Procureur au Mémoire d'appel, par. 46.

¹⁰⁸ Réponse du Procureur au Mémoire d'appel, par. 51.

¹⁰⁹ Réponse du Procureur au Mémoire d'appel, par. 47.

est actuellement sur le terrain pour mener les enquêtes conformément aux instructions reçues”¹¹⁰ ».

e) Observations des victimes

54. S’agissant de l’Annexe 3, les victimes partagent l’avis du Procureur¹¹¹. De plus, s’agissant de l’Annexe 1, les victimes relèvent que la lettre datée du 14 avril 2011 semble avoir simplement « [TRADUCTION] initié, déclenché ou autorisé les enquêtes visant les défendeurs¹¹² », comme l’affirmait initialement le Gouvernement kényan dans l’Exception d’irrecevabilité. Toutefois, elles font observer que la Réplique du Gouvernement kényan du 16 mai 2011 — et, en particulier, l’Annexe 2 — « [TRADUCTION] offre un compte rendu différent, quoique tout aussi ambigu, du commencement de l’enquête et de son état d’avancement actuel¹¹³ ». Il ressort de l’Annexe 2 qu’après la divulgation des noms des suspects par le Procureur de la CPI, « [TRADUCTION] [*l]e chef de la police avait de nouveau chargé l’équipe d’enquêteurs de mener des enquêtes exhaustives concernant les six suspects d’Ocampo et d’autres citoyens de haut rang¹¹⁴ » [non souligné dans l’original]. De l’avis des victimes, cela implique que le Gouvernement kényan enquêtait sur les suspects avant le 14 avril 2011, contrairement à ce qu’il avait indiqué initialement¹¹⁵. Les victimes mettent donc en doute la « [TRADUCTION] validité de cette affirmation » et « [TRADUCTION] de manière générale, la fiabilité des affirmations formulées par le Gouvernement kényan au sujet des enquêtes »¹¹⁶.*

f) Conclusions de la Chambre d’appel

55. La Chambre d’appel a indiqué dans de précédentes décisions que lorsqu’elle était amenée à statuer sur une erreur de fait alléguée, elle ne procédait pas à un examen *de novo* mais était investie d’un pouvoir rectificatif. Elle n’interviendra donc que s’il est établi que la Chambre préliminaire ou la Chambre de première instance a commis une erreur manifeste, autrement dit que celle-ci a commis une erreur d’appréciation des faits, a pris en compte des faits dénués de pertinence ou a omis de

¹¹⁰ Réponse du Procureur au Mémoire d’appel, par. 48.

¹¹¹ Observations des victimes, par. 13.

¹¹² Observations des victimes, par. 14.

¹¹³ Observations des victimes, par. 28.

¹¹⁴ Observations des victimes, par. 28.

¹¹⁵ Observations des victimes, par. 15.

¹¹⁶ Observations des victimes, par. 15.

tenir compte de faits pertinents¹¹⁷. S'agissant de l'« erreur d'appréciation des faits », la Chambre d'appel ne reviendra pas sur l'évaluation des faits effectuée par une chambre préliminaire ou une chambre de première instance au seul motif qu'elle-même aurait pu parvenir à une conclusion différente. Elle n'interviendra en l'espèce que si elle ne voit pas comment la Chambre a pu raisonnablement aboutir à la conclusion en cause sur la base des éléments à sa disposition¹¹⁸.

56. Par conséquent, dans le cadre du présent appel, à moins que de telles erreurs manifestes aient été établies, la Chambre d'appel se rangera à la constatation de la Chambre préliminaire, à savoir qu'il n'a pas été prouvé que le Gouvernement kényan menait effectivement une enquête sur les trois suspects.

57. La Chambre d'appel relève que le Gouvernement kényan a fait valoir devant la Chambre préliminaire qu'il enquêtait sur tous les suspects auxquels des citations à comparaître avaient été délivrées. Si cette affirmation était assez vague dans l'Exception d'irrecevabilité elle-même¹¹⁹, le Gouvernement kényan l'a précisée dans le Document du 21 avril 2011 portant dépôt d'annexes¹²⁰.

¹¹⁷ *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la Décision de la Chambre préliminaire II relative à la mise en liberté provisoire de Jean-Pierre Bemba Gombo et invitant les autorités du Royaume de Belgique, de la République portugaise, de la République française, de la République fédérale d'Allemagne, de la République italienne et de la République sud-africaine à participer à des audiences, 2 décembre 2009, ICC-01/05-01/08-631-Red-tFRA (OA 2), par. 61 (citant *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Mathieu Ngudjolo Chui le 27 mars 2008 contre la décision de la Chambre préliminaire I relative à la demande de mise en liberté provisoire de l'appelant, 9 juin 2008, ICC-01/04-01/07-572-tFRA (OA 4), par. 25 ; voir aussi *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Jean-Pierre Bemba Gombo contre la décision de la Chambre préliminaire III intitulée « Décision relative à la demande de mise en liberté provisoire », 16 décembre 2008, ICC-01/05-01/08-323-tFRA (OA), par. 52.

¹¹⁸ *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, *Judgment on the appeal of Mr Callixte Mbarushimana against the decision of Pre-Trial Chamber I of 19 May 2011 entitled "Decision on the 'Defence Request for Interim Release'"*, 14 juillet 2011, ICC-01/04-01/10-283 (OA), par. 1 et 17.

¹¹⁹ Dans l'Exception d'irrecevabilité, le Gouvernement kényan indique ce qui suit au paragraphe 69 : « [TRADUCTION] Le Gouvernement kényan admet que l'enquête menée sur tous les suspects, y compris ceux qui font actuellement l'objet de la procédure devant la CPI, aura très sensiblement progressé une fois que le nouveau [Directeur des poursuites pénales] aura été désigné, désignation qui devrait être finalisée conformément aux dispositions constitutionnelles d'ici à la fin de mai 2011 ». Au paragraphe 71, le Gouvernement kényan précise ce qui suit : « [TRADUCTION] Un rapport actualisé sur l'état d'avancement de ces enquêtes montrant dans quelle mesure celles-ci s'étendent aux personnes situées aux plus hauts échelons et à toutes les affaires, y compris celles dont est saisie actuellement la CPI, sera soumis d'ici à la fin du mois de juillet 2011 ».

¹²⁰ Dans le Document du 21 avril 2011 portant dépôt d'annexes (paragraphe 2 et 3), le Gouvernement kényan soutient ce qui suit : « [TRADUCTION] 2. [...] Comme il a été expliqué dans [l'Exception d'irrecevabilité], diverses procédures d'enquête se poursuivent. D'autres éléments nouveaux se sont fait jour dans le cadre de ces enquêtes menées au niveau national, notamment s'agissant des enquêtes sur les six suspects actuellement mis en cause par la CPI [...] 3. Ces pièces prouvent que des enquêtes sont en cours au niveau national. Elles viennent étayer [l'Exception d'irrecevabilité], en ce qu'elles

58. Les affirmations les plus spécifiques ont été formulées dans la Réplique du 16 mai 2011, dans laquelle le Gouvernement kényan a indiqué ce qui suit concernant les suspects :

[TRADUCTION] Peu de temps après les violences postélectorales, les autorités kényanes ont ouvert une enquête qui englobait les six suspects ; ceux-ci sont actuellement au cœur de l'enquête¹²¹.

59. Le Gouvernement kényan a également expliqué ce qu'il a décrit comme « [TRADUCTION] le contexte complet de la présente enquête concernant les six suspects » :

[TRADUCTION] Toutes les allégations ont fait l'objet d'une enquête et tous les éléments de preuve qui ont été découverts, y compris concernant les six suspects, ont été pris en compte. En témoigne le fait qu'un dossier a été ouvert contre l'un des six suspects sur la base de déclarations de témoins recueillies par l'équipe. D'autres enquêtes ont été menées à l'époque sur la base de ces preuves. (Le dossier reste ouvert dans l'attente de trouver d'autres éventuels témoins, et les enquêtes concernant les six suspects se poursuivent [...]). Si l'équipe avait disposé à l'époque de preuves suffisantes concernant l'un quelconque des autres suspects, d'autres dossiers auraient été ouverts¹²².

Lorsque le Procureur a révélé les noms des six suspects, l'équipe du CID/DPP a immédiatement été chargée d'enquêter sur ces personnes [...]. L'annonce de certains noms par le Procureur a pris l'équipe de court car aucun dossier n'était ouvert à l'encontre de ces personnes au niveau national, aucune preuve justifiant une telle mesure n'ayant été découverte. Néanmoins, le chef de la police a renvoyé les enquêteurs sur le terrain pour enquêter sur les six suspects. Ainsi, un dossier existe pour chacun des six suspects et des enquêtes sont actuellement en cours¹²³.

60. Dans une partie intitulée « [TRADUCTION] L'enquête actuelle », le Gouvernement kényan indique que « [TRADUCTION] [l]e chef de la police a confirmé, en vue de fournir les dernières informations en date dans le cadre de la présente Réplique, que les six suspects font actuellement l'objet d'une enquête exhaustive menée par l'équipe du CID/DPP », énumérant spécifiquement « [TRADUCTION] les mesures d'enquête [...] en cours »¹²⁴.

montrent que le Gouvernement kényan enquête sur les deux affaires dont est actuellement saisie la CPI, ce qui rend ces affaires irrecevables devant la CPI au regard de l'article 19 ».

¹²¹ Réplique du Gouvernement kényan du 16 mai 2011, par. 31.

¹²² Réplique du Gouvernement kényan du 16 mai 2011, par. 50.

¹²³ Réplique du Gouvernement kényan du 16 mai 2011, par. 52.

¹²⁴ Réplique du Gouvernement kényan du 16 mai 2011, par. 56.

61. La Chambre préliminaire a jugé qu'à elles seules, ces affirmations ne suffisaient pas à établir qu'une enquête était en cours, et a exigé la preuve que le Gouvernement kényan prenait des mesures spécifiques d'enquête concernant les trois suspects¹²⁵. La Chambre d'appel ne discerne aucune erreur dans cette approche. Comme il est expliqué plus haut au paragraphe 39, pour pouvoir contester efficacement la recevabilité d'une affaire au regard de l'article 17-1-a (première branche) et de l'article 19, l'État doit enquêter sur la même affaire que celle dont est saisie la Cour, c'est-à-dire qu'il doit prendre des mesures pour déterminer si les suspects sont responsables essentiellement du même comportement que celui faisant l'objet de la procédure devant la Cour. Comme l'a reconnu le Gouvernement kényan, c'est à l'État qui conteste la recevabilité d'une affaire qu'il incombe de rapporter la preuve de cette irrecevabilité¹²⁶. Pour s'acquitter de la charge de la preuve, l'État doit présenter à la Cour des éléments d'un degré de précision et d'une valeur probante suffisants, montrant qu'il mène effectivement une enquête sur l'affaire. Il ne suffit pas de simplement affirmer que des enquêtes sont en cours. Comme la Chambre d'appel l'a conclu précédemment, quoique dans un contexte différent :

[L]a primauté du droit repose sur le principe essentiel selon lequel les décisions judiciaires doivent être fondées sur des faits établis. Fournir des éléments de preuve à l'appui des allégations formulées constitue une caractéristique particulière des procédures judiciaires ; les juges des tribunaux ne se prononcent pas de manière impulsive ou en se fiant à leur intuition, ou encore en se fondant sur des conjectures, pas davantage qu'ils ne le font en fonction de la sympathie que leur inspire une partie ou sous l'empire de l'émotion. Agir de la sorte conduirait à l'arbitraire et irait à l'encontre de la primauté du droit¹²⁷.

62. Les arguments du Gouvernement kényan selon lesquels « [TRADUCTION] [l]'article 17 n'exige pas que des renseignements détaillés concernant l'enquête soient fournis à la Cour¹²⁸ » et « [TRADUCTION] qu'il convient d'accorder du crédit aux déclarations des États parties, qui doivent être présumées exactes et formulées en

¹²⁵ Décision attaquée, par. 60 à 65.

¹²⁶ Voir la Réplique du Gouvernement kényan du 16 mai 2011, par. 61, dans laquelle il est indiqué ce qui suit : « [TRADUCTION] Le Gouvernement kényan est d'accord avec la Réponse du Procureur (par. 12) selon laquelle la partie qui conteste la recevabilité doit rapporter la preuve que l'affaire est irrecevable » [note de bas de page non reproduite].

¹²⁷ Voir la situation en Ouganda, Arrêt relatif aux appels interjetés par la Défense contre les décisions rendues par la Chambre préliminaire II relativement aux demandes de participation des victimes a/0010/06, a/0064/06 à a/0070/06, a/0081/06, a/0082/06, a/0084/06 à a/0089/06, a/0091/06 à a/0097/06, a/0099/06, a/0100/06, a/0102/06 à a/0104/06, a/0111/06, a/0113/06 à a/0117/06, a/0120/06, a/0121/06 et a/0123/06 à a/0127/06, 23 février 2009, ICC-02/04-179-tFRA (OA) et ICC-02/04-01/05-371-tFRA (OA 2), par. 36.

¹²⁸ Mémoire d'appel, par. 6.

toute bonne foi à moins qu'il existe des *preuves convaincantes* du contraire », sont intenable¹²⁹. Comme le Procureur l'a fait remarquer à juste titre, « [TRADUCTION] le fait qu'un gouvernement déclare *enquêter activement* n'est pas [...] déterminant. En pareil cas, le gouvernement concerné doit étayer ses dires par des preuves concrètes montrant qu'il mène effectivement les enquêtes en question¹³⁰ ». En d'autres termes, des éléments ayant valeur probante doivent être produits.

63. S'agissant de l'analyse effectuée par la Chambre préliminaire des annexes déposées par le Gouvernement kényan et de la question de savoir si cette analyse est entachée d'une erreur manifeste, la Chambre d'appel relève que la Chambre préliminaire a jugé que les Annexes 1, 2 et 3 revêtaient une grande pertinence¹³¹. L'Annexe 3 est « un rapport d'avancement [...] contenant des informations sur les violences postélectorales dans six provinces¹³² ». La Chambre préliminaire a conclu que « [n]ulle part dans ce rapport n'est mentionné le nom de l'un ou de plusieurs des trois suspects¹³³ ». L'Annexe 1 est une lettre datée du 14 avril 2011 adressée par l'*Attorney general* du Kenya au chef de la police, lui enjoignant notamment « [TRADUCTION] d'enquêter sur toute autre personne qui aurait participé aux violences postélectorales, y compris les six personnes faisant l'objet de la procédure actuellement menée devant la Cour pénale internationale¹³⁴ » [non souligné dans l'original]. L'Annexe 2 comprend le rapport d'avancement daté du 5 mai 2011 adressé par le Directeur du service des enquêtes criminelles (« le CID ») au Procureur en chef, indiquant notamment ce qui suit :

[TRADUCTION] Au nombre des principales affaires en cours, on compte le dossier d'enquête Nakuru du CID n° 10/2008 ; le suspect faisant l'objet de cette enquête est William Samoei Ruto, ex-Ministre de l'agriculture. Le Ministre, ainsi que d'autres personnes appartenant à la communauté kalenjin, auraient incité des jeunes kalenjin à se livrer à des actes de violence contre des personnes non ressortissantes de cette communauté vivant dans certaines parties de la province de la vallée du Rift. L'enquête se poursuit car certains points nécessitent d'être corroborés plus avant afin de pouvoir parvenir à une conclusion valable¹³⁵.

¹²⁹ Mémoire d'appel, par. 8.

¹³⁰ Réponse du Procureur au Mémoire d'appel, par. 37.

¹³¹ Décision attaquée, par. 60.

¹³² Décision attaquée, par. 61.

¹³³ Décision attaquée, par. 61.

¹³⁴ Annexe 1, p. 3.

¹³⁵ Annexe 2, p. 2 et 3.

64. Il est également indiqué dans ce rapport :

[TRADUCTION] Lorsque le Procureur de la CPI a finalement communiqué les noms de ceux que l'on appelle désormais « les six suspects d'Ocampo », les enquêteurs de police ont été pris de court. En effet, *hormis William Samoei Ruto, aucune de ces six personnes n'avait été auparavant mentionnée dans le cadre des enquêtes*. Néanmoins, le chef de la police a de nouveau chargé l'équipe d'enquêteurs de mener des enquêtes exhaustives concernant les six suspects et d'autres citoyens de haut rang¹³⁶. [Non souligné dans l'original.]

65. Dans la partie intitulée « [TRADUCTION] Mesures à prendre », le rapport conclut ce qui suit :

[TRADUCTION] À la suite de la communication par le Procureur de la CPI, M. Luis Moreno Ocampo, des noms de personnalités de premier plan (« les six suspects d'Ocampo ») qui auraient participé aux violences postélectorales, le chef de la police a de nouveau enjoint à l'équipe de mener une enquête exhaustive sur toutes les allégations.

L'équipe est actuellement sur le terrain pour enquêter conformément aux instructions. Elle passe également en revue tous les rapports d'enquête précédents et autres rapports susceptibles d'être utiles dans le cadre de la présente enquête¹³⁷.

66. S'agissant de ces annexes, la Chambre préliminaire a conclu ce qui suit :

Même s'il ressort des informations figurant dans ces deux annexes qu'il a été donné instruction d'enquêter sur les trois suspects faisant l'objet de la procédure menée devant la Cour, le Gouvernement kényan ne donne à la Chambre aucune précision concernant les mesures d'enquête qui seraient prises *actuellement*¹³⁸.

67. De l'avis de la Chambre d'appel, cette conclusion ne révèle aucune erreur manifeste de la part de la Chambre préliminaire. La Chambre d'appel relève que sur les 29 annexes que le Gouvernement kényan a soumises, seules les Annexes 1 et 2 se rapportaient spécifiquement à l'affaire en cause. Toutefois, même si les Annexes 1 et 2 mentionnaient, de manière générale, des enquêtes qui seraient menées sur tous les suspects en l'espèce, elles ne donnent aucune précision concernant les mesures que le Gouvernement kényan aurait prises pour déterminer s'ils étaient responsables du comportement qui leur est reproché dans le cadre de la procédure menée devant la Cour. Aucun des trois suspects visés dans l'affaire en cause n'est mentionné dans les

¹³⁶ Annexe 2, p. 3.

¹³⁷ Annexe 2, p. 4.

¹³⁸ Décision attaquée, par. 64.

deux annexes. Le seul suspect spécifiquement mentionné est William Ruto, l'un des trois suspects dans l'affaire *Le Procureur c. Ruto et autres*¹³⁹ : l'Annexe 2 fournit quelques renseignements au sujet du rôle qu'il aurait pu jouer dans l'incitation à la violence contre des non-Kalenjin vivant dans certaines parties de la province de la vallée du Rift. Toutefois, même ces renseignements ne précisent pas quelles mesures d'enquête ont été prises à son encontre s'agissant de ce comportement.

68. De plus, la Chambre d'appel relève que les arguments avancés par le Gouvernement kényan ne sont pas suffisamment spécifiques. Dans la Réplique du Gouvernement kényan du 16 mai 2011, il est indiqué que « [TRADUCTION] le chef de la police a confirmé [...] que les [...] suspects faisaient actuellement l'objet d'une enquête exhaustive de la part de l'équipe du CID/DPP » et six « [TRADUCTION] mesures d'enquête [qui] sont en cours » y sont mentionnées¹⁴⁰. Toutefois, si le Gouvernement kényan affirme, par exemple, que « [TRADUCTION] [d]es enquêteurs sont retournés sur les lieux des crimes pour enquêter et recueillir toute preuve qui pourrait leur être utile dans le cadre des enquêtes concernant les six suspects¹⁴¹ », il n'en a fourni aucune preuve, comme par exemple des rapports de police attestant de la date et du lieu de ces visites, ni précisé quelles sont les affaires dans le cadre desquelles ces enquêtes ont été menées.

69. Dans ces circonstances, la Chambre d'appel ne constate aucune erreur manifeste dans l'analyse faite par la Chambre préliminaire des annexes soumises par le Gouvernement kényan. Par conséquent, la conclusion adoptée par la Chambre préliminaire, selon laquelle le Gouvernement kényan n'a pas établi qu'il menait une enquête concernant les trois suspects, ne saurait être considérée comme erronée.

2. *Déductions illogiques qui auraient été faites à partir de la proposition visant à communiquer des rapports d'enquête actualisés, et allégations de parti pris*

70. Le Gouvernement kényan soutient que la Chambre préliminaire a tiré des déductions illogiques à partir de sa proposition visant à communiquer des rapports d'enquête actualisés¹⁴². Il avance également que la Chambre préliminaire a adopté des

¹³⁹ ICC-01/09-01/11.

¹⁴⁰ Réplique du Gouvernement kényan du 16 mai 2011, par. 56.

¹⁴¹ Réplique du Gouvernement kényan du 16 mai 2011, par. 56.

¹⁴² Mémoire d'appel, par. 46.

conclusions erronées concernant les arguments juridiques qu'il a formulés et que, de manière générale, elle faisait preuve de parti pris à son encontre¹⁴³.

**a) Rappel de la procédure et passages pertinents de la
Décision attaquée**

71. Dans l'Exception d'irrecevabilité, le Gouvernement kényan indique que « [TRADUCTION] l'enquête menée sur tous les suspects, y compris ceux qui font actuellement l'objet de la procédure devant la CPI, aura très sensiblement progressé une fois que le nouveau Directeur des poursuites pénales aura été désigné [...] d'ici à la fin mai 2011¹⁴⁴ ». Il précise qu'il fournira à la Chambre préliminaire « [TRADUCTION] [u]n rapport d'enquête actualisé sur l'état d'avancement de ces enquêtes, montrant dans quelle mesure celles-ci s'étendent aux personnes situées aux plus hauts échelons [...], d'ici à la fin juillet 2011¹⁴⁵ ». Il ajoute que le rapport « [TRADUCTION] exposera également la stratégie en matière d'enquêtes, s'appuyant [...] sur les enquêtes et les poursuites menées à l'encontre des auteurs de rang subalterne pour mettre en cause les personnes qui, aux plus hauts échelons, sont susceptibles de porter la responsabilité des crimes commis¹⁴⁶ ». Le Gouvernement kényan précise également que « [TRADUCTION] d'autres rapports seront communiqués à la Chambre préliminaire fin août et fin septembre 2011 sur les progrès réalisés dans le cadre des enquêtes à tous les échelons menées par le nouveau Directeur des poursuites pénales¹⁴⁷ ». Il avance également des arguments concernant le critère qu'il convient d'appliquer dans le cadre d'une exception d'irrecevabilité, soutenant qu'il devrait s'agir du critère adopté par la Chambre préliminaire dans la Décision relative à l'article 15¹⁴⁸.

72. Dans la Décision attaquée, la Chambre préliminaire s'est dite surprise de l'affirmation du Gouvernement kényan, qui constitue « un aveu de [s]a part [...] de ce que jusqu'à présent, les enquêtes qui seraient *en cours* ne portent pas encore sur les personnes au plus haut niveau de la hiérarchie¹⁴⁹ », dont les suspects faisant l'objet de la procédure menée devant la Cour. La Chambre préliminaire a conclu que cette

¹⁴³ Mémoire d'appel, par. 45 et 58.

¹⁴⁴ Exception d'irrecevabilité, par. 69.

¹⁴⁵ Exception d'irrecevabilité, par. 71.

¹⁴⁶ Exception d'irrecevabilité, par. 71.

¹⁴⁷ Exception d'irrecevabilité, par. 74.

¹⁴⁸ Exception d'irrecevabilité, par. 32.

¹⁴⁹ Décision attaquée, par. 58.

affirmation contredit les arguments que le Gouvernement kényan a présentés dans la Réplique du 16 mai 2011, selon lesquels des enquêtes sont effectivement en cours concernant les suspects faisant l'objet de l'affaire dont connaît la Chambre¹⁵⁰. La Chambre préliminaire a également indiqué qu'elle « ne sa[vait] pas pourquoi au juste le Gouvernement kényan n'a[vait] toujours pas communiqué de rapport détaillé sur les enquêtes [...] en cours¹⁵¹ ». Elle a estimé que si des procédures étaient actuellement en cours au niveau national contre les suspects, « aucune raison convaincante ne justifi[ait] d'attendre jusqu'à juillet 2011 pour communiquer ledit premier rapport¹⁵² ». S'agissant des arguments juridiques soumis par le Gouvernement kényan, la Chambre préliminaire a jugé que ceux-ci « jet[ai]ent le doute sur la volonté de l'État kényan d'enquêter effectivement sur les trois suspects » et qu'« on ne vo[ya]it [...] pas bien comment la Chambre pourrait être convaincue que des enquêtes sur les trois suspects en l'espèce sont effectivement en cours »¹⁵³.

b) Arguments en appel du Gouvernement kényan

73. Dans ses moyens d'appel, le Gouvernement kényan soutient que la conclusion de la Chambre préliminaire, selon laquelle sa proposition de soumettre d'autres rapports sur les enquêtes constituait un aveu de ce qu'aucune enquête n'était alors en cours contre les suspects, est « [TRADUCTION] illogique », notamment dans la mesure où il avait proposé de fournir un rapport *actualisé* tout en indiquant ailleurs dans l'Exception d'irrecevabilité que les suspects faisaient déjà l'objet d'une enquête¹⁵⁴. Selon le Gouvernement kényan, il était « [TRADUCTION] absolument clair », au vu des renseignements qu'il avait présentés à la Chambre préliminaire, que des enquêtes étaient en cours¹⁵⁵. Il fait également grief à la Chambre préliminaire de ne pas avoir exposé les raisons pour lesquelles les rapports ne pouvaient être produits et de se borner à lui reprocher de ne pas avoir fourni de renseignements détaillés¹⁵⁶. Il affirme en outre avoir fait savoir à la Chambre préliminaire que « [TRADUCTION] si elle avait le moindre doute concernant les enquêtes menées au niveau national, elle

¹⁵⁰ Décision attaquée, par. 58.

¹⁵¹ Décision attaquée, par. 59.

¹⁵² Décision attaquée, par. 59.

¹⁵³ Décision attaquée, par. 56.

¹⁵⁴ Mémoire d'appel, par. 46.

¹⁵⁵ Mémoire d'appel, par. 47.

¹⁵⁶ Mémoire d'appel, par. 50.

devrait *soit* entendre directement le chef de la police [...] *soit* se voir communiquer les rapports d'enquête¹⁵⁷ ».

74. Le Gouvernement kényan soutient de surcroît qu'au lieu de répondre à ses arguments juridiques, la Chambre préliminaire en a « [TRADUCTION] conclu qu'aucun crédit ne pouvait être accordé aux renseignements qu'il a fournis concernant les enquêtes menées au niveau national¹⁵⁸ ». Ailleurs dans le Mémoire d'appel, il fait valoir que « [TRADUCTION] [s]i l'on considère la procédure dans son ensemble, il semble que la Chambre [préliminaire] était résolue à rejeter l'Exception d'irrecevabilité qu'il avait soulevée, et ce, dans les plus brefs délais¹⁵⁹ ». La Chambre préliminaire aurait, « [TRADUCTION] pour chaque requête et argument soumis par le Gouvernement kényan, ainsi que pour tout élément de preuve qu'il a déposé, adopté l'interprétation qui lui était la plus défavorable¹⁶⁰ ».

c) Arguments en appel de Mohammed Ali

75. Mohammed Ali soutient que la Chambre préliminaire a eu tort d'écarter l'argument du Gouvernement kényan selon lequel « [TRADUCTION] des enquêtes étaient en cours et qu'il lui communiquerait un rapport actualisé¹⁶¹ ». Il avance en outre qu'en statuant comme elle l'a fait, la Chambre préliminaire « [TRADUCTION] suppose à tort que les enquêtes doivent être achevées au moment du dépôt de l'exception d'irrecevabilité¹⁶² ». Selon Mohammed Ali, « [TRADUCTION] le Statut de Rome n'exige pas que les autorités nationales aient terminé leurs enquêtes avant de contester la recevabilité de l'affaire. En outre, il n'est pas nécessaire que les enquêtes menées au niveau national en soient à un stade aussi avancé que celles de l'Accusation¹⁶³ ». De l'avis de Mohammed Ali, une telle exigence « [TRADUCTION] porterait atteinte à l'existence de la Cour [...] en plaçant la Cour et les autorités nationales en situation de concurrence¹⁶⁴ ».

¹⁵⁷ Mémoire d'appel, par. 7.

¹⁵⁸ Mémoire d'appel, par. 45.

¹⁵⁹ Mémoire d'appel, par. 58.

¹⁶⁰ Mémoire d'appel, par. 58.

¹⁶¹ Réponse de Mohammed Ali au Mémoire d'appel, par. 18.

¹⁶² Réponse de Mohammed Ali au Mémoire d'appel, par. 18.

¹⁶³ Réponse de Mohammed Ali au Mémoire d'appel, par. 19.

¹⁶⁴ Réponse de Mohammed Ali au Mémoire d'appel, par. 19.

d) Arguments en appel du Procureur

76. Le Procureur soutient que « [TRADUCTION] la Chambre préliminaire a correctement interprété les arguments avancés par le [Gouvernement kényan] en concluant que dans le cadre de l’approche retenue consistant à enquêter “de la base au sommet”, l’enquête ne portait pas encore sur les personnes au plus haut niveau de la hiérarchie, dont les suspects¹⁶⁵ ». En outre, il avance que « [TRADUCTION] contrairement à ce qu’affirme le [Gouvernement kényan], la Chambre n’exigeait pas que les enquêtes soient terminées », mais « [TRADUCTION] uniquement d’obtenir communication de preuves montrant l’existence “de mesures concrètes établissant que des enquêtes sont en cours” contre les suspects »¹⁶⁶.

77. S’agissant des allégations de parti pris, le Procureur soutient que celles-ci sont sans fondement¹⁶⁷. En particulier, il fait valoir que pour conclure à l’absence d’enquêtes au niveau national, la Chambre préliminaire ne s’est pas fondée sur le fait que le Gouvernement kényan contestait le critère de « même personne/même comportement » ni n’a laissé entendre qu’il était « [TRADUCTION] insincère » quant aux renseignements qu’il avait fournis¹⁶⁸. Le Procureur avance que la Chambre préliminaire « [TRADUCTION] a simplement constaté que le [Gouvernement kényan] n’avait présenté aucune preuve à l’appui de son affirmation selon laquelle des enquêtes étaient en cours contre les suspects¹⁶⁹ ».

e) Observations des victimes

78. Les victimes soutiennent que l’engagement pris par le Gouvernement kényan de communiquer des rapports actualisés « [TRADUCTION] laisse subsister l’ambiguïté » quant à ses affirmations selon lesquelles des enquêtes seraient en cours. Elles relèvent que la mention de rapports actualisés donne à penser que des enquêtes ont déjà commencé, sans pour autant l’indiquer en termes exprès¹⁷⁰.

79. S’agissant des allégations de parti pris, les victimes relèvent que la Décision attaquée « [TRADUCTION] ne repose sur aucun constat d’insincérité mais

¹⁶⁵ Réponse du Procureur au Mémoire d’appel, par. 57.

¹⁶⁶ Réponse du Procureur au Mémoire d’appel, par. 59.

¹⁶⁷ Réponse du Procureur au Mémoire d’appel, par. 52.

¹⁶⁸ Réponse du Procureur au Mémoire d’appel, par. 53.

¹⁶⁹ Réponse du Procureur au Mémoire d’appel, par. 53.

¹⁷⁰ Observations des victimes, par. 9.

simplement sur l'absence de renseignements suffisamment précis pour déterminer si une enquête est en cours sur les défendeurs pour les crimes allégués¹⁷¹ ».

f) Conclusions de la Chambre d'appel

80. Comme il est indiqué dans la partie précédente, la Chambre préliminaire a conclu que le Gouvernement kényan n'avait pas soumis de renseignements montrant que des mesures d'enquête concrètes avaient été prises concernant les suspects en question¹⁷². C'est sous cet angle qu'il convient de considérer les conclusions de la Chambre préliminaire concernant la proposition du Gouvernement kényan de communiquer d'autres rapports. Étant donné que la Chambre a constaté, au vu des renseignements dont elle disposait, qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments indiquant que le Gouvernement kényan enquêtait sur les suspects, elle était fondée à conclure que la proposition du Gouvernement kényan de communiquer d'autres rapports constituait en fait un aveu de ce qu'aucune enquête n'était en cours à l'époque.

81. En outre, contrairement à ce qu'affirment le Gouvernement kényan et Mohammed Ali, la Chambre préliminaire n'a pas conclu que les enquêtes devaient être terminées avant qu'une exception d'irrecevabilité puisse être soulevée. Comme le Procureur l'a fait remarquer à juste titre, la Chambre préliminaire a simplement exigé que des mesures concrètes et de nature à faire progresser les enquêtes aient été prises et que la preuve en ait été apportée au moment où l'exception d'irrecevabilité est soulevée¹⁷³.

82. Les affirmations du Gouvernement kényan, à savoir que la Chambre préliminaire ne l'a pas cru alors même qu'aucune preuve ne contredisait ses arguments, et qu'elle a adopté une attitude hostile et tiré des conclusions erronées à partir des arguments juridiques qu'il a soulevés, sont également sans fondement. Nulle part dans la Décision attaquée la Chambre préliminaire n'a conclu que le Gouvernement kényan n'était pas digne de confiance. Elle a rejeté l'Exception d'irrecevabilité non pas par manque de confiance envers le Gouvernement kényan ou parce qu'elle doutait de ses intentions, mais parce que celui-ci ne s'est pas acquitté de

¹⁷¹ Observations des victimes, par. 36.

¹⁷² Décision attaquée, par. 60.

¹⁷³ Décision attaquée, par. 60.

la charge de la preuve qui lui incombe en présentant des preuves suffisantes montrant qu'il enquêtait sur les trois suspects.

83. En somme, aucune erreur manifeste de la part de la Chambre préliminaire ne peut être décelée dans la façon dont elle a traité la proposition du Gouvernement kényan de soumettre des rapports d'enquête actualisés. On ne saurait davantage considérer que la Chambre préliminaire a fait preuve de parti pris contre le Gouvernement kényan.

C. Vices de procédure allégués

84. Dans ses moyens d'appel, le Gouvernement kényan invoque trois vices de procédure de la part de la Chambre préliminaire, à savoir : i) le refus de permettre le dépôt d'autres rapports d'enquête dans les délais qu'il proposait ; ii) le refus de tenir une audience, notamment pour entendre le chef de la police au sujet des enquêtes qui seraient en cours ; et iii) le refus de statuer sur la demande d'assistance du Gouvernement kényan avant de se prononcer sur l'Exception d'irrecevabilité¹⁷⁴. Selon le Gouvernement kényan, toutes ces erreurs ont amené la Chambre préliminaire à conclure à tort à l'existence d'une situation d'« inaction »¹⁷⁵.

85. Avant de procéder à l'analyse de ces erreurs alléguées, la Chambre d'appel rappelle l'arrêt qu'elle a rendu le 16 septembre 2009 relativement à la recevabilité de l'affaire *Kony et autres*¹⁷⁶ (« l'Arrêt *Kony* OA 3 »). La Chambre d'appel y a conclu qu'« un appelant peut invoquer un vice de procédure à l'appui d'un appel en vertu de l'article 82-1-a du Statut¹⁷⁷ ». Toutefois, pour justifier l'infirmité d'une décision relative à la recevabilité d'une affaire, la décision doit être sérieusement entachée d'erreur¹⁷⁸.

86. Les instruments juridiques de la Cour n'énoncent pas en détail la procédure à suivre en cas d'exception d'irrecevabilité soulevée en vertu de l'article 19 du Statut. Toutefois, la règle 58 du Règlement de procédure et de preuve dispose notamment ce qui suit :

¹⁷⁴ Mémoire d'appel, par. 59.

¹⁷⁵ Mémoire d'appel, par. 59.

¹⁷⁶ Voir *Le Procureur c. Joseph Kony et autres*, Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel interjeté par la Défense contre la Décision relative à la recevabilité de l'affaire, rendue en vertu de l'article 19-1 du Statut, datée du 10 mars 2009, 16 septembre 2009, ICC-02/04-01/05-408-tFRA (OA 3).

¹⁷⁷ Arrêt *Kony* OA 3, par. 47. Voir aussi l'Arrêt *Katanga* OA 8, par. 37.

¹⁷⁸ Arrêt *Kony* OA 3, par. 48.

1. Les requêtes ou demandes prévues à l'article 19 sont présentées par écrit ; elles sont motivées.

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

87. Ainsi, la règle 58 du Règlement de procédure et de preuve énonce la procédure à suivre pour le dépôt d'une requête ou demande en vertu de l'article 19 du Statut. Elle exige que cette requête soit transmise au Procureur et à la personne concernée, qui auront la possibilité de présenter des observations écrites. Sous réserve de ces dispositions expresses, la Chambre préliminaire jouit d'un large pouvoir discrétionnaire pour déterminer les modalités du déroulement de la procédure relative à une exception d'irrecevabilité de l'affaire. Dans l'Arrêt *Kony* OA 3, la Chambre d'appel a énoncé comme suit le critère d'examen applicable en matière de décisions laissées à l'appréciation des juges :

[L]a tâche de la Chambre d'appel va jusqu'à examiner si la Chambre préliminaire a exercé son pouvoir discrétionnaire à bon escient. Cependant, la Chambre d'appel ne s'immiscera pas dans l'exercice par la Chambre préliminaire du pouvoir discrétionnaire de se prononcer sur la recevabilité de l'affaire en vertu de l'article 19-1, à moins qu'il ne soit démontré que sa décision est entachée d'une erreur de droit, d'une erreur de fait ou d'un vice de procédure, et dans ce cas, uniquement si la décision est sérieusement entachée par cette erreur ou ce vice. Cela signifie que, dans les faits, la Chambre d'appel ne reviendra sur une décision relevant du pouvoir discrétionnaire des juges que dans des conditions bien définies. La jurisprudence d'autres juridictions tant internationales que nationales confirme cette position. Il en ressort que l'intervention d'une chambre d'appel se justifie dans les conditions suivantes : i) si les juges exercent leur pouvoir discrétionnaire à partir d'une interprétation erronée du droit ; ii) s'ils l'exercent à partir d'une constatation manifestement erronée ; ou iii) si leur décision est à ce point injuste et déraisonnable qu'elle ressortit à l'abus de pouvoir¹⁷⁹.

88. Ce critère d'examen guidera l'analyse effectuée ci-après concernant les trois vices de procédure allégués.

¹⁷⁹ Arrêt *Kony* OA 3, par. 80.

I. Refus d'autoriser le dépôt d'autres rapports d'enquête

89. S'agissant du premier vice de procédure allégué, le Gouvernement kényan soutient que la Chambre préliminaire a eu tort de ne pas l'autoriser à déposer d'autres rapports d'enquête.

a) Rappel de la procédure et passages pertinents de la Décision attaquée

90. Dans l'Exception d'irrecevabilité soulevée devant la Chambre préliminaire, le Gouvernement kényan soutenait que les enquêtes menées concernant les violences postélectorales au Kenya étaient en cours et proposait un calendrier pour le dépôt de rapports d'enquête actualisés. Le premier de ces rapports devait être déposé à la fin du mois de juillet 2011 et d'autres rapports à la fin août et à la fin septembre 2011 respectivement¹⁸⁰. Le Gouvernement kényan avance que ces rapports auraient permis d'informer la Chambre des progrès réalisés dans le cadre des enquêtes sur toutes les affaires, y compris celles dont la CPI est actuellement saisie¹⁸¹. En particulier, les rapports auraient montré dans quelle mesure les enquêtes menées par le nouveau Directeur des poursuites pénales « [TRADUCTION] s'étendent aux personnes situées aux plus hauts échelons¹⁸² » et en quoi la stratégie en matière d'enquêtes « [TRADUCTION] s'appuie sur les enquêtes et les poursuites menées à l'encontre des auteurs de rang subalterne pour mettre en cause les personnes qui, aux plus hauts échelons, sont susceptibles de porter la responsabilité des crimes commis¹⁸³ ». Ces arguments figuraient également dans la Réplique du Gouvernement kényan du 16 mai 2011¹⁸⁴. Dans la Décision du 4 avril 2011 relative à la conduite de la procédure, la Chambre préliminaire ne fait pas mention de cette proposition. Dans la Décision attaquée, elle a conclu que cette proposition de fournir des rapports actualisés constitue en fait « un aveu de la part du Gouvernement kényan de ce que jusqu'à présent, les enquêtes qui seraient *en cours* ne portent pas encore sur les personnes au plus haut niveau de la hiérarchie, qu'il s'agisse des trois suspects faisant l'objet de la procédure menée devant la Cour ou de toute autre personne au *même niveau hiérarchique*¹⁸⁵ ». De l'avis de la Chambre préliminaire, cela contredisait clairement

¹⁸⁰ Exception d'irrecevabilité, par. 71 et 79.

¹⁸¹ Exception d'irrecevabilité, par. 71 et 79.

¹⁸² Exception d'irrecevabilité, par. 71.

¹⁸³ Exception d'irrecevabilité, par. 71.

¹⁸⁴ Réplique du Gouvernement kényan du 16 mai 2011, par. 25.

¹⁸⁵ Décision attaquée, par. 58.

les arguments du Gouvernement kényan, selon lesquels des enquêtes étaient effectivement en cours concernant les trois suspects faisant l'objet de l'affaire dont connaît la Chambre¹⁸⁶. En outre, la Chambre préliminaire a indiqué qu'elle ne voyait pas pourquoi au juste aucun rapport détaillé sur les enquêtes concernant les suspects ne lui avait encore été soumis si des procédures étaient alors en cours au niveau national¹⁸⁷. Toutefois, elle n'a pas formellement rejeté la requête du Gouvernement kényan aux fins d'autorisation de déposer des rapports supplémentaires.

b) Arguments en appel du Gouvernement kényan

91. Dans ses moyens d'appel, le Gouvernement kényan soutient que la Chambre préliminaire n'a pas indiqué pour quelles raisons elle rejetait les dates qu'il proposait pour le dépôt de rapports actualisés¹⁸⁸ et lui reproche de lui avoir, à tort, refusé la possibilité de communiquer ces rapports qui auraient fourni des précisions supplémentaires concernant l'enquête¹⁸⁹. En outre, il fait grief à la Chambre préliminaire de ne pas avoir répondu à son argument selon lequel, dans d'autres situations, « [TRADUCTION] les États parties se sont vu accorder un délai assez long pour mener leurs enquêtes, d'où la question de savoir si, le cas échéant, ces situations peuvent être différenciées¹⁹⁰ ».

c) Arguments en appel de Mohammed Ali

92. Mohammed Ali souscrit aux arguments du Gouvernement kényan, soulignant que la Chambre préliminaire « [TRADUCTION] a eu tort de refuser d'autoriser [le Gouvernement kényan] à communiquer des rapports d'enquêtes échelonnés, allant ainsi à l'encontre de la jurisprudence de la Cour¹⁹¹ ». Il soutient que, par conséquent, la Chambre préliminaire ne disposait pas de tous les renseignements nécessaires¹⁹². Selon lui, la Chambre préliminaire « [TRADUCTION] n'avait pas à se restreindre aux renseignements soumis par [le Gouvernement kényan] dans sa requête initiale, mais pouvait prendre en considération toute preuve soumise ultérieurement¹⁹³ ».

¹⁸⁶ Décision attaquée, par. 58.

¹⁸⁷ Décision attaquée, par. 59.

¹⁸⁸ Mémoire d'appel, par. 12 (i) et 60.

¹⁸⁹ Mémoire d'appel, par. 12, 60 et 63. Le Gouvernement kényan avance des arguments similaires dans le cadre de ses arguments sur les erreurs factuelles alléguées, voir par. 50.

¹⁹⁰ Mémoire d'appel, par. 61.

¹⁹¹ Réponse de Mohammed Ali au Mémoire d'appel, par. 24.

¹⁹² Réponse de Mohammed Ali au Mémoire d'appel, par. 27.

¹⁹³ Réponse de Mohammed Ali au Mémoire d'appel, par. 28.

d) Arguments en appel du Procureur

93. Le Procureur soutient que les arguments du Gouvernement kényan témoignent d'une mauvaise compréhension du régime de recevabilité, et lui reproche de « [TRADUCTION] tenter artificiellement de prolonger la procédure de recevabilité dans le temps, apparemment dans l'espoir qu'à un moment donné, il y ait effectivement une enquête sur les suspects qui rendrait irrecevable l'affaire devant la CPI¹⁹⁴ ». De l'avis du Procureur, la Chambre préliminaire a « [TRADUCTION] implicitement » rejeté la proposition du Gouvernement kényan de déposer d'autres rapports en concluant à l'absence d'enquêtes et, par conséquent, à la recevabilité des affaires devant la Cour¹⁹⁵.

e) Observations des victimes

94. Les victimes souscrivent aux arguments du Procureur sur ce point¹⁹⁶.

f) Conclusions de la Chambre d'appel

95. Pour l'essentiel, l'argument du Gouvernement kényan tient à ce que la Chambre préliminaire n'aurait pas dû statuer sur l'Exception d'irrecevabilité au moment où elle l'a fait, mais aurait dû lui accorder davantage de temps pour produire des preuves supplémentaires. La Chambre d'appel rappelle qu'en vertu de la règle 58 du Règlement de procédure et de preuve, la Chambre préliminaire avait toute latitude pour conduire la procédure relative à l'Exception d'irrecevabilité. En vertu de cette règle, elle était libre d'autoriser le dépôt de preuves supplémentaires.

96. Néanmoins, la question que la Chambre d'appel doit trancher n'est pas celle de savoir ce que la Chambre préliminaire aurait pu faire, mais si celle-ci a commis une erreur en statuant comme elle l'a fait. Comme il est indiqué plus haut au paragraphe 87, la règle 58 confère à la Chambre préliminaire un large pouvoir discrétionnaire. La Chambre d'appel n'interviendra que si la Chambre préliminaire a outrepassé son pouvoir. En l'espèce, la Chambre d'appel ne constate aucun abus de pouvoir. La Chambre préliminaire a statué sur l'Exception d'irrecevabilité le 30 mai 2011, près de deux mois après qu'elle a été déposée. Elle a accepté le Document du 21 avril 2011 portant dépôt d'annexes, alors même que le dépôt de telles pièces supplémentaires n'est prévu ni dans la règle 58 du Règlement de procédure et de

¹⁹⁴ Réponse du Procureur au Mémoire d'appel, par. 62 [note de bas de page non reproduite].

¹⁹⁵ Réponse du Procureur au Mémoire d'appel, par. 63.

¹⁹⁶ Observations des victimes, par. 40.

preuve, ni dans la Décision du 4 avril 2011 relative à la conduite de la procédure. Elle a également fait droit à la demande du Gouvernement kényan tendant à obtenir l'autorisation de répondre aux observations déposées par les suspects, le Procureur et les victimes¹⁹⁷. Dans ces conditions, on ne saurait dire que la Chambre préliminaire n'a pas donné au Gouvernement kényan une possibilité suffisante de présenter ses arguments ou de produire des preuves à l'appui de ses arguments. Dans ce contexte, la Chambre d'appel souligne une fois de plus le caractère discrétionnaire que revêt la décision de la Chambre préliminaire. Si la Chambre préliminaire était libre d'autoriser le dépôt de preuves supplémentaires, elle n'y était toutefois pas tenue, et le Gouvernement kényan ne pouvait pas s'attendre à être autorisé à présenter des preuves supplémentaires. Comme il est indiqué plus haut aux paragraphes 64 et 65, il appartenait au Gouvernement kényan de s'assurer que l'Exception d'irrecevabilité était étayée de preuves suffisantes.

97. L'argument du Gouvernement kényan selon lequel, dans d'autres situations, les États se sont vu accorder « [TRADUCTION] un délai assez long pour mener leurs enquêtes¹⁹⁸ », et que la Chambre préliminaire a omis d'en faire mention, n'est pas convaincant. Dans l'Exception d'irrecevabilité, le Gouvernement kényan se référait aux situations en Colombie, en Géorgie et en Afghanistan¹⁹⁹. Comme l'a relevé le Procureur, il n'a pas encore décidé d'ouvrir une enquête dans ces situations²⁰⁰. Elles ne sont donc pas comparables à la présente espèce, dans laquelle non seulement une enquête a été ouverte, mais aussi des citations à comparaître ont été délivrées. Par conséquent, la Chambre préliminaire n'avait aucune raison de prendre en considération d'autres situations ni de les comparer à la présente espèce.

98. La Chambre d'appel relève qu'aux termes de l'article 19-5 du Statut, les États qui entendent contester la recevabilité de l'affaire doivent le faire « le plus tôt possible ». Cette disposition doit être considérée dans le contexte d'autres dispositions relatives à la recevabilité d'une affaire, en particulier de l'article 17-1. Comme il est expliqué plus haut au paragraphe 36, toute contestation de la recevabilité d'une affaire au regard de l'article 17-1 vise à résoudre un conflit de compétence, celle de la Cour

¹⁹⁷ *Decision under Regulation 24(5) of the Regulations of the Court on the Motion Submitted on Behalf of the Government of Kenya*, 2 mai 2011, ICC-01/09-02/11-81.

¹⁹⁸ Mémoire d'appel, par. 61.

¹⁹⁹ Exception d'irrecevabilité, note de bas de page 8.

²⁰⁰ Réponse du Procureur au Mémoire d'appel, par. 64.

d'une part, et celle d'une juridiction nationale d'autre part. Comme il est mentionné plus haut au paragraphe 45, l'expression « le plus tôt possible » figurant à l'article 19-5 signifie le plus tôt possible à compter de la survenance du conflit de compétence. L'État concerné ne saurait s'attendre à être autorisé à modifier une exception d'irrecevabilité ou à soumettre des preuves supplémentaires à l'appui de celle-ci simplement parce qu'il a exercé ce recours à un stade prématuré.

99. En somme, aucun vice de procédure ne peut être décelé dans la façon dont la Chambre préliminaire a traité la proposition du Gouvernement kényan de produire des rapports supplémentaires.

2. *Refus de tenir une audience*

100. S'agissant du deuxième vice de procédure allégué, le Gouvernement kényan soutient que la Chambre préliminaire a eu tort de refuser de tenir une audience avant de statuer sur l'Exception d'irrecevabilité²⁰¹.

a) **Rappel de la procédure et passages pertinents de la Décision attaquée**

101. Dans l'Exception d'irrecevabilité, le Gouvernement kényan priait la Chambre préliminaire de convoquer une audience « [TRADUCTION] afin qu'il puisse lui présenter des observations concernant la Requête » et « [TRADUCTION] que tous les arguments pertinents puissent être soumis et pris en considération »²⁰². Il lui demandait également de convoquer une conférence de mise en état afin d'entendre ses observations concernant le calendrier et la procédure à suivre pour statuer sur l'Exception d'irrecevabilité²⁰³. Cette dernière requête, et non celle aux fins de tenue d'une audience, était répétée au nombre des pétitions formulées par le Gouvernement kényan dans la partie de l'Exception d'irrecevabilité consacrée à la conclusion²⁰⁴.

102. Dans la Décision du 4 avril 2011 relative à la conduite de la procédure, la Chambre préliminaire a rejeté la requête aux fins de la tenue d'une conférence de mise en état et arrêté la procédure à suivre concernant l'Exception d'irrecevabilité, procédure dans le cadre de laquelle aucune audience n'était prévue²⁰⁵. Le 17 mai

²⁰¹ Mémoire d'appel, par. 12 (ii) et 64 à 69.

²⁰² Exception d'irrecevabilité, par. 20.

²⁰³ Exception d'irrecevabilité, par. 21.

²⁰⁴ Exception d'irrecevabilité, par. 81.

²⁰⁵ Décision du 4 avril 2011 relative à la conduite de la procédure, par. 10.

2011, le Gouvernement kényan a déposé une nouvelle requête aux fins de tenue d'une audience en vertu de la règle 58-2²⁰⁶, qui a été enregistrée le lendemain (« la Requête du 18 mai 2011 »), dans laquelle il priait la Chambre préliminaire de convoquer une audience consacrée à l'Exception d'irrecevabilité avant de statuer sur le fond.

103. Dans la Décision attaquée, la Chambre préliminaire a traité de la Requête du 18 mai 2011 à titre préliminaire. Elle a expliqué que dans la Décision du 4 avril 2011 relative à la conduite de la procédure, elle avait spécifiquement rejeté la requête aux fins de tenue d'une conférence de mise en état, en partant du principe qu'il s'agissait de la même requête que celle aux fins de la tenue d'une audience²⁰⁷. Elle a donc considéré la Requête du 18 mai 2011 comme une demande de réexamen, qu'elle a rejetée comme irrecevable²⁰⁸. Elle a également relevé « avoir amplement donné à toutes les parties et à tous les participants l'occasion de présenter tous les arguments voulus concernant l'exception d'irrecevabilité. Aussi la Chambre n'[était]-elle pas convaincue qu'il soit nécessaire de recueillir une deuxième fois les observations des uns et des autres avant de statuer sur le fond de la Requête²⁰⁹ ».

b) Arguments en appel du Gouvernement kényan

104. Dans ses moyens d'appel, le Gouvernement kényan soutient qu'en concluant qu'il n'était pas nécessaire de recueillir une deuxième fois les observations des parties et des participants pour statuer sur la recevabilité de l'affaire, la Chambre préliminaire n'a pas tenu compte du fait que « [TRADUCTION] la principale raison qui l'a poussé à demander la tenue d'une audience [...] était de permettre à la Chambre d'entendre directement le chef de la police pour obtenir des détails concernant l'enquête menée au niveau national sur les [...] suspects²¹⁰ ». Il soutient également que la façon dont la Chambre préliminaire a traité la requête aux fins de tenue d'une audience montre bien qu'elle était résolue à « [TRADUCTION] mettre un terme » à la communication de toute autre information pertinente, faisant valoir qu'il était « [TRADUCTION] tout simplement erroné de la part de la Chambre de laisser entendre que le Gouvernement

²⁰⁶ ICC-01/09-02/11-92.

²⁰⁷ Décision attaquée, par. 35 et 36.

²⁰⁸ Décision attaquée, par. 38.

²⁰⁹ Décision attaquée, par. 37.

²¹⁰ Mémoire d'appel, par. 66.

kényan ou ses représentants n'[avaient] pas agi de bonne foi en présentant [ladite] requête »²¹¹.

c) Arguments en appel de Mohammed Ali

105. Mohammed Ali souscrit aux arguments avancés par le Gouvernement kényan²¹². Il soutient que « [TRADUCTION] le refus de convoquer une audience a privé [le Gouvernement kényan] de la possibilité de présenter davantage de renseignements en produisant toutes les preuves pertinentes [...], y compris en faisant entendre un témoin », soulignant que « [TRADUCTION] selon la jurisprudence constante de la Cour, les preuves documentaires ont moins de poids que les témoignages à l'audience »²¹³. Mohammed Ali avance également que la décision de la Chambre préliminaire de rejeter la requête aux fins de tenue d'une audience « [TRADUCTION] va à l'encontre de la pratique de la Cour²¹⁴ ».

d) Arguments en appel du Procureur

106. Le Procureur relève que la règle 58-2 du Règlement de procédure et de preuve confère à la Chambre préliminaire toute latitude pour décider de tenir ou non une audience²¹⁵. Il soutient que pour qu'il soit fait droit à l'appel, le Gouvernement kényan devait démontrer que la Chambre préliminaire a outrepassé son pouvoir discrétionnaire en décidant de ne pas tenir d'audience, ce que, de l'avis du Procureur, le Gouvernement kényan n'a pas fait²¹⁶.

e) Observations des victimes

107. Les victimes souscrivent aux vues du Procureur sur ce point²¹⁷.

f) Conclusions de la Chambre d'appel

108. Comme il est indiqué plus haut, la règle 58-2 du Règlement de procédure et de preuve confère à la Chambre préliminaire un large pouvoir discrétionnaire pour déterminer la procédure adéquate à suivre lorsqu'une exception d'irrecevabilité est soulevée²¹⁸. En vertu de cette disposition, la Chambre *peut* tenir une audience, mais

²¹¹ Mémoire d'appel, par. 67.

²¹² Réponse de Mohammed Ali au Mémoire d'appel, par. 30 à 34.

²¹³ Réponse de Mohammed Ali au Mémoire d'appel, par. 33 [note de bas de page non reproduite].

²¹⁴ Réponse de Mohammed Ali au Mémoire d'appel, par. 34.

²¹⁵ Réponse du Procureur au Mémoire d'appel, par. 67.

²¹⁶ Réponse du Procureur au Mémoire d'appel, par. 66 à 69.

²¹⁷ Observations des victimes, par. 40 et 41.

²¹⁸ Voir *supra*, par. 87.

elle n'y est pas tenue. La décision de la Chambre préliminaire de ne pas convoquer une audience relevait donc de son pouvoir discrétionnaire. Tout comme pour la question du dépôt de rapports supplémentaires analysée dans la partie précédente²¹⁹, le point que la Chambre d'appel doit trancher n'est pas de savoir si la Chambre préliminaire aurait pu tenir une audience, mais si elle a outrepassé son pouvoir discrétionnaire en décidant de ne pas le faire. De l'avis de la Chambre d'appel, même s'il pouvait y avoir des raisons de tenir une audience, on ne saurait dire qu'en se prononçant autrement, la Chambre préliminaire a outrepassé son pouvoir discrétionnaire.

109. L'argument du Gouvernement kényan selon lequel la Chambre préliminaire n'a pas tenu compte de la principale raison pour laquelle il a demandé la tenue d'une audience, à savoir entendre le chef de la police, n'est pas convaincant et ne montre pas que la Chambre préliminaire ait commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Comme le relève le Procureur²²⁰, le Gouvernement kényan n'explique pas en quoi le témoignage du chef de la police ne pouvait être soumis par écrit, compte tenu notamment de la préférence clairement exprimée à la règle 58-3 du Règlement de procédure et de preuve en faveur de la présentation d'observations écrites, et des instructions données par la Chambre préliminaire voulant que les observations soient présentées par écrit²²¹. Dans la Requête du 18 mai 2011, le Gouvernement kényan soutient que la tenue d'une audience « [TRADUCTION] est, finalement, la façon la plus efficace et efficiente pour la Chambre d'évaluer les enquêtes menées au niveau national contre les six suspects²²² ». Il n'explique toutefois pas en quoi une audience serait la façon « [TRADUCTION] la plus efficace et efficiente » d'obtenir des informations.

110. En outre, l'argument du Gouvernement kényan selon lequel la principale raison pour laquelle il a demandé la tenue d'une audience était de permettre au chef de la police d'être entendu, ce dont selon lui la Chambre préliminaire n'aurait pas tenu compte, n'est pas étayé par les éléments figurant au dossier : dans la Requête du 18 mai 2011, le Gouvernement kényan énonce différentes raisons qui justifieraient

²¹⁹ Voir par. 95 et suiv.

²²⁰ Réponse du Procureur au Mémoire d'appel, par. 69.

²²¹ Décision du 4 avril 2011 relative à la conduite de la procédure, par. 12.

²²² Requête du 18 mai 2011, par. 23.

selon lui la convocation d'une audience²²³, dont la nécessité d'examiner « [TRADUCTION] des questions juridiques complexes fondamentales que soulèvent les arguments figurant dans l'[Exception] d'irrecevabilité²²⁴ ». Dans ces conditions, on ne saurait reprocher à la Chambre préliminaire d'avoir rejeté la requête aux fins de tenue d'une audience au motif notamment qu'il n'était pas nécessaire de recueillir une deuxième fois des observations.

111. S'agissant de l'argument du Gouvernement kényan selon lequel la Chambre préliminaire a pu mal comprendre la requête aux fins de tenue d'une audience présentée dans l'Exception d'irrecevabilité, il convient de relever que la Chambre préliminaire a examiné cette requête sur le fond dans la Décision attaquée et conclu qu'il n'était pas nécessaire de tenir une audience dans la mesure où la possibilité de présenter des observations avait déjà été accordée²²⁵. Par conséquent, toute erreur que la Chambre préliminaire a pu faire dans l'interprétation des requêtes présentées dans le cadre de l'Exception d'irrecevabilité aux fins de la tenue d'une conférence de mise en état et d'une audience n'aurait eu aucune incidence sur la façon dont la Chambre a statué sur la requête aux fins de tenue d'une audience.

112. En somme, aucune erreur ne peut être décelée dans l'exercice que la Chambre préliminaire a fait de son pouvoir discrétionnaire s'agissant de la requête aux fins de tenue d'une audience.

3. Refus de statuer sur la demande d'assistance

113. S'agissant du troisième vice de procédure allégué, le Gouvernement kényan soutient que la Chambre préliminaire a eu tort de ne pas statuer sur la demande d'assistance avant de statuer sur l'Exception d'irrecevabilité²²⁶.

a) Rappel de la procédure et passages pertinents de la Décision attaquée

114. Le 21 avril 2011, le Gouvernement kényan a déposé devant la Chambre préliminaire une demande d'assistance en vertu de l'article 93-10 et de la règle 194²²⁷ (« la Demande d'assistance »), laquelle a été versée au dossier de la

²²³ Requête du 18 mai 2011, par. 12 à 33.

²²⁴ Requête du 18 mai 2011, par. 30.

²²⁵ Décision attaquée, par. 35 et 36.

²²⁶ Mémoire d'appel, par. 12 (iii) et 70 à 78.

²²⁷ ICC-01/09-58.

situation. Il y demandait « [TRADUCTION] la communication de tous documents, déclarations ou autres types de preuve obtenus par la Cour et le Procureur dans le cadre des enquêtes menées par la CPI sur les violences postélectorales au Kenya, y compris concernant les six suspects faisant l'objet de la procédure menée actuellement devant la CPI²²⁸ ». Le Gouvernement kényan demandait également à la Chambre préliminaire de statuer sur la Demande d'assistance avant de se prononcer sur l'Exception d'irrecevabilité dont elle était saisie²²⁹.

115. Dans la Décision attaquée, la Chambre préliminaire a conclu qu'il n'y avait aucun lien entre la Demande d'assistance et l'Exception d'irrecevabilité et fait savoir qu'elle statuerait donc sur la première dans une décision distincte²³⁰. Elle a rendu sa décision le 29 juin 2011²³¹.

b) Arguments en appel du Gouvernement kényan

116. Dans ses moyens d'appel, le Gouvernement kényan conteste l'approche retenue par la Chambre préliminaire. Il soutient que « [TRADUCTION] l'assistance demandée au Procureur se rapportait directement à l'[Exception d'irrecevabilité] et y était liée²³² », et « [TRADUCTION] qu'il serait injuste de refuser au [Gouvernement kényan] la possibilité de se fonder sur de telles preuves dans le cadre de ses enquêtes menées au niveau national et, par conséquent, dans le cadre de l'[E]xception d'irrecevabilité soulevée²³³ ». En conséquence, le Gouvernement kényan soutient que, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré pour conduire la procédure sur la recevabilité de l'affaire, la Chambre préliminaire aurait d'abord dû statuer sur la Demande d'assistance²³⁴.

c) Arguments en appel de Mohammed Ali

117. Mohammed Ali ne présente aucun argument spécifique concernant l'erreur que la Chambre préliminaire aurait commise dans le traitement de la Demande d'assistance.

²²⁸ Demande d'assistance, par. 2.

²²⁹ Demande d'assistance, par. 7.

²³⁰ Décision attaquée, par. 30 et 31.

²³¹ *Decision on the Request for Assistance Submitted on Behalf of the Government of the Republic of Kenya Pursuant to Article 93(10) of the Statute and Rule 194 of the Rules of Procedure and Evidence*, 29 juin 2011, ICC-01/09-63.

²³² Mémoire d'appel, par. 74.

²³³ Mémoire d'appel, par. 77.

²³⁴ Mémoire d'appel, par. 77.

d) Arguments en appel du Procureur

118. Le Procureur relève que la Demande d'assistance a été déposée trois semaines après l'Exception d'irrecevabilité²³⁵. Il soutient qu'on ne voit pas en quoi les informations obtenues grâce à la Demande d'assistance pourraient avoir une incidence sur la décision qui sera rendue concernant l'Exception d'irrecevabilité, puisque de telles informations n'auraient pu être utilisées que dans le cadre d'enquêtes futures²³⁶. De l'avis du Procureur, même à supposer que la Chambre préliminaire ait commis une erreur dans le traitement de la Demande d'assistance, la Décision attaquée n'en serait pas pour autant sérieusement entachée d'erreur²³⁷.

e) Observations des victimes

119. Les victimes souscrivent aux arguments du Procureur²³⁸. Elles soutiennent que le Gouvernement kényan « [TRADUCTION] ne saurait affirmer, d'une part, que ses enquêtes sont déjà en cours, indépendamment des informations, alors que d'autre part, il prétend avoir besoin de ces informations pour réfuter les conclusions de la Chambre selon lesquelles aucune enquête n'était en cours²³⁹ ».

f) Conclusions de la Chambre d'appel

120. La Chambre d'appel n'est pas convaincue par l'argument du Gouvernement kényan selon lequel le traitement que la Chambre préliminaire a réservé à la Demande d'assistance constituait un vice de procédure de nature à invalider la Décision attaquée.

121. Comme il est relevé plus haut, la règle 58 du Règlement de procédure et de preuve confère à la Chambre préliminaire un large pouvoir discrétionnaire pour décider de la conduite des procédures liées aux contestations relatives à la recevabilité d'une affaire. Par conséquent, même en admettant que la Chambre préliminaire aurait pu statuer d'abord sur la Demande d'assistance, puis sur l'Exception d'irrecevabilité, elle n'était pas tenue de le faire. Pour statuer sur l'Exception d'irrecevabilité, la question était de savoir si, au vu des preuves disponibles, le Gouvernement kényan enquêtait sur l'affaire concernant les trois suspects. La question de savoir si le

²³⁵ Réponse du Procureur au Mémoire d'appel, par. 71.

²³⁶ Réponse du Procureur au Mémoire d'appel, par. 71.

²³⁷ Réponse du Procureur au Mémoire d'appel, par. 71.

²³⁸ Observations des victimes, par. 40.

²³⁹ Observations des victimes, par. 42.

Gouvernement kényan aurait dû recevoir communication de preuves spécifiques susceptibles d'étayer les enquêtes existantes ou d'aboutir à l'ouverture de nouvelles enquêtes était sans incidence sur l'issue de l'Exception d'irrecevabilité.

122. En somme, aucun vice de procédure ne peut être décelé dans la décision de la Chambre préliminaire de statuer sur l'Exception d'irrecevabilité avant de se prononcer sur la Demande d'assistance.

IV. MESURE APPROPRIÉE

123. Saisie d'un appel fondé sur l'article 82-1-a du Statut, la Chambre d'appel peut confirmer, infirmer ou modifier la décision attaquée (règle 158-1 du Règlement de procédure et de preuve). En l'espèce, il y a lieu de confirmer la conclusion adoptée dans la Décision attaquée, à savoir que l'affaire est recevable, aucune erreur n'ayant été décelée dans cette décision. Partant, l'appel est rejeté.

L'opinion dissidente de la juge Anita Ušacka sera déposée en temps voulu.

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

/signé/

M. le juge Daniel David Ntanda Nsereko
Juge président

Fait le 30 août 2011

À La Haye (Pays-Bas)