

**Cour
Pénale
Internationale**



**International
Criminal
Court**

Original : anglais

N° : ICC-01/09-02/11

Date : 30 mai 2011

LA CHAMBRE PRÉLIMINAIRE II

Composée comme suit : Mme la juge Ekaterina Trendafilova, juge président
M. le juge Hans-Peter Kaul
M. le juge Cuno Tarfusser

**SITUATION EN RÉPUBLIQUE DU KENYA
AFFAIRE LE PROCUREUR C. FRANCIS KIRIMI MUTHAURA,
UHURU MUIGAI KENYATTA ET MOHAMMED HUSSEIN ALI**

Public

**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**

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

Le Bureau du Procureur

M. Luis Moreno-Ocampo, Procureur
Mme Fatou Bensouda, procureur adjoint

Le conseil de Francis Kirimi Muthaura

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

Le conseil de Uhuru Muigai Kenyatta

M^e Steven Kay
M^e Gillian Higgins

Le conseil de Mohammed Hussein Ali

M^e Gregory Kehoe
M^e Evans Monari

Les représentants légaux des victimes

Les représentants légaux des demandeurs

Les victimes non représentées

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

Le Bureau du conseil public pour les victimes

Mme Paolina Massidda

Le Bureau du conseil public pour la Défense

Les représentants des États

M^e Geoffrey Nice
M^e Rodney Dixon

L'amicus curiae

GREFFE

Le Greffier et le greffier adjoint

Mme Silvana Arbia, Greffier
M. Didier Preira, greffier adjoint

La Section d'appui à la Défense

L'Unité d'aide aux victimes et aux témoins

La Section de la détention

La Section de la participation des victimes et des réparations

Autres

LA CHAMBRE PRÉLIMINAIRE II (« la Chambre ») de la Cour pénale internationale (« la Cour ») rend la présente décision¹ relative à l'exception d'irrecevabilité de l'affaire soulevée par le Gouvernement kényan en vertu de l'article 19-2-b du Statut de Rome (« le Statut »).

I. Rappel de la procédure

1. Le 31 mars 2010, la Chambre, statuant à la majorité, a autorisé le Procureur à ouvrir une enquête sur la situation en République du Kenya (« la Décision du 31 mars 2010 »)².

2. Le 8 mars 2011, la Chambre, statuant à la majorité, a décidé de citer Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta et Mohammed Hussein Ali à comparaître devant la Cour le jeudi 7 avril 2011³.

3. Le 18 mars 2011, la Chambre a fixé une nouvelle date pour l'audience de première comparution, à savoir le vendredi 8 avril 2011⁴.

4. Le 31 mars 2011, la Chambre a reçu une requête présentée par le Gouvernement de la République du Kenya en vertu de l'article 19 du Statut de la CPI (« la Requête du 31 mars 2011 »), par laquelle il lui était demandé : 1) de déclarer irrecevable l'affaire portée contre les trois personnes visées par les

¹ Tout en souscrivant à l'opinion de la Chambre, le juge Hans-Peter Kaul réitère, aux fins de la présente décision, la déclaration qu'il a jointe à une précédente décision, voir Chambre préliminaire II, *Decision on the Conduct of the Proceedings Following the Application of the Government of Kenya Pursuant to Article 19 of the Rome Statute*, ICC-01/09-02/11-40.

² Chambre préliminaire II, Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome, ICC-01/09-19-Corr-tFRA.

³ Chambre préliminaire II, 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-01/09-02/11-01-tFRA.

⁴ Chambre préliminaire II, *Decision Setting a New Date for the Initial Appearance*, ICC-01/09-02/11-8.

citations à comparaître (« la Première Demande »); 2) de convoquer une conférence de mise en état à laquelle seraient conviés des représentants du Gouvernement kényan ainsi que les parties afin de « [TRADUCTION] présenter à la Chambre préliminaire des observations concernant la procédure à adopter avant que celle-ci ne prenne des ordonnances ou des directives » à ce sujet (« la Deuxième Demande »); 3) de lui donner « [TRADUCTION] la possibilité, au cours des audiences des 7 et 8 avril 2011 ou de l'une d'entre elles, de brièvement s'adresser à la Chambre préliminaire, la Cour pouvant décider en fonction des circonstances si les parties peuvent être présentes » (« la Troisième Demande »)⁵.

5. Le 4 avril 2011, en réponse à la Requête du 31 mars 2011, la Chambre a rendu sa décision relative à la conduite de la procédure (« la Décision du 4 avril 2011 »), par laquelle elle a notamment rejeté la Deuxième et la Troisième Demande. Elle a par ailleurs invité le Procureur et la Défense à soumettre par écrit, le jeudi 28 avril 2011 au plus tard, des observations concernant la Première Demande. Elle a également décidé que, aux fins de la procédure relevant de l'article 19 du Statut, le Bureau du conseil public pour les victimes représenterait les victimes ayant demandé l'autorisation de participer aux procédures en l'espèce et l'a invité à lui soumettre des observations par écrit le jeudi 28 avril 2011 au plus tard⁶.

⁵ ICC-01/09-02/11-26, par. 80 à 82.

⁶ Chambre préliminaire II, *Decision on the Conduct of the Proceedings Following the Application of the Government of Kenya Pursuant to Article 19 of the Rome Statute*, ICC-01/09-02/11-40, p. 7.

6. Le 11 avril 2011, le Gouvernement kényan a demandé l'autorisation de répondre auxdites observations, lesquelles devaient être soumises à la Chambre le 28 avril 2011 au plus tard⁷.

7. Le 21 avril 2011, le Gouvernement kényan a déposé 22 annexes, comptant plus de 900 pages et comportant des informations relatives à la Première Demande telle que présentée dans la Requête du 31 mars 2011⁸. À la même date, il a également versé au dossier de la situation une demande de coopération et d'assistance (« la Demande de coopération ») en vertu de l'article 93-10 du Statut et de la règle 194 du Règlement de procédure et de preuve (« le Règlement »)⁹. Plusieurs autres écritures ont été déposées par la suite¹⁰.

8. Le 28 avril 2011, la Chambre a reçu les observations écrites concernant la Première Demande telle que présentée dans la Requête du 31 mars 2011, déposées respectivement par le Procureur¹¹, la Défense de Mohammed Hussein Ali¹², la Défense de Francis Kirimi Muthaura et la Défense de Uhuru Muigai Kenyatta¹³, et le Bureau du conseil public pour les victimes¹⁴, celui-ci agissant au nom des victimes ayant soumis une demande de participation à la procédure devant la Cour (« les Observations »).

9. Le 2 mai 2011, le Gouvernement kényan a réitéré sa demande d'autorisation de déposer une réplique aux Observations¹⁵, et le même jour, la

⁷ ICC-01/09-02/11-53.

⁸ ICC-01/09-02/11-67 et annexes.

⁹ ICC-01/09-58.

¹⁰ ICC-01/09-02/11-86 ; ICC-01/09-02/11-86-Corr et ICC-01/09-02/11-93.

¹¹ ICC-01/09-02/11-71.

¹² ICC-01/09-02/11-70.

¹³ ICC-01/09-02/11-72.

¹⁴ ICC-01/09-02/11-74 et annexes.

¹⁵ ICC-01/09-02/11-76.

Chambre a décidé d'y faire droit et lui a donné jusqu'au 13 mai 2011 pour ce faire, précisant qu'il devait se limiter aux « [TRADUCTION] *seules* questions pertinentes soulevées dans les observations reçues¹⁶ ».

10. Le 13 mai 2011, le Gouvernement kényan a déposé sa réplique aux Observations, accompagnée de sept annexes, dont la Chambre a reçu notification le 16 mai 2011 (« la Réplique du 16 mai 2011 »)¹⁷.

11. Le 17 mai 2011, le Gouvernement kényan a déposé une requête aux fins de la tenue d'une audience en vertu de la règle 58-2, dans laquelle il priait la Chambre de convoquer une audience consacrée à l'exception d'irrecevabilité avant de statuer sur le fond (« la Requête du 17 mai 2011 »)¹⁸.

II. Arguments des parties et des participants

La Requête du 31 mars 2011

12. Dans la Requête du 31 mars 2011, le Gouvernement kényan pose en principe que la Chambre doit, pour statuer, « [TRADUCTION] bien comprendre les réformes fondamentales et radicales sur le plan tant constitutionnel que judiciaire¹⁹ », que celles-ci soient entrées en vigueur récemment ou en préparation²⁰, ainsi que « [TRADUCTION] les procédures d'enquête en cours²¹ ». En exposant ces réformes, les procédures d'enquête ainsi que le calendrier et la procédure proposés, le Gouvernement kényan souligne notamment que la nouvelle constitution adoptée en août 2010 comprend une déclaration des droits,

¹⁶ Chambre préliminaire II, *Decision under regulation 24(5) of the Regulations of the Court on the Motion Submitted on Behalf of the Government of Kenya*, ICC-01/09-02/11-81, p. 7.

¹⁷ ICC-01/09-02/11-91 et annexes.

¹⁸ ICC-01/09-02/11-92.

¹⁹ ICC-01/09-02/11-26, par. 2.

²⁰ ICC-01/09-02/11-26, par. 2 et 9.

²¹ ICC-01/09-02/11-26, par. 12.

qui renforce « le droit à un procès équitable et les garanties de procédure » au sein du système de justice pénale. Selon le Gouvernement kényan, la nouvelle constitution remédie aux lacunes et aux faiblesses que connaissait l'administration de la justice au Kenya²². Cette constitution donne également aux juridictions kényanes le pouvoir de connaître des affaires dont est actuellement saisie la Cour²³, sans qu'il soit nécessaire d'adopter une loi portant création d'un tribunal spécial²⁴. En outre, l'adoption de la nouvelle constitution et des réformes y afférentes, telles que la désignation d'un nouveau président de la Cour suprême et des juges amenés à y siéger, « [TRADUCTION] signifie que le Kenya a la capacité de mener des poursuites pénales pour tous les crimes qui ont eu lieu dans le cadre des violences postélectorales²⁵ ».

13. Le Gouvernement kényan fait valoir que les procédures d'enquête concernant les crimes qui ont eu lieu dans le cadre des violences postélectorales de 2007-2008 « [TRADUCTION] se poursuivront dans les mois qui viennent » et que les mesures actuellement prises ou envisagées, s'agissant de toutes les affaires aux différents échelons, seront finalisées « [TRADUCTION] d'ici à septembre 2011²⁶ ». Selon le Gouvernement kényan, l'enquête menée sur les suspects faisant l'objet de la procédure devant la Cour « [TRADUCTION] aura très sensiblement progressé une fois que le nouveau Directeur des poursuites pénales (*Director of public prosecutions*) aura été désigné [...] d'ici à la fin mai 2011 », et elle « se poursuit actuellement sous la supervision de la Direction des enquêtes criminelles (*Directorate of Criminal Investigations*) »²⁷. Pendant la période

²² ICC-01/09-02/11-26, par. 2 et 5.

²³ ICC-01/09-02/11-26, par. 2 et 5.

²⁴ ICC-01/09-02/11-26, par. 2 et 43.

²⁵ ICC-01/09-02/11-26, par. 34, 47, 56 et, de manière générale, par. 47 à 59.

²⁶ ICC-01/09-02/11-26, par. 13.

²⁷ ICC-01/09-02/11-26, par. 69.

de six mois proposée, le Gouvernement kényan « [TRADUCTION] mènera des enquêtes » et « sera en mesure de présenter [à la Chambre] des rapports sur leur état d'avancement » à la fin des mois de juillet, août et septembre 2011²⁸.

14. En particulier, le Gouvernement kényan se propose de communiquer à la Chambre, d'ici à la fin juillet 2011, un rapport sur l'état d'avancement des enquêtes menées sous la supervision du nouveau Directeur des poursuites pénales²⁹, montrant « [TRADUCTION] dans quelle mesure celles-ci s'étendent aux personnes situées aux plus hauts échelons³⁰ ». Ce rapport s'appuiera sur « [TRADUCTION] 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 commis³¹ ». En outre, d'ici à la fin août 2011, le Gouvernement kényan présentera un autre rapport montrant notamment les « [TRADUCTION] progrès réalisés sur le plan des enquêtes aux plus hauts échelons³² », suivi d'un troisième rapport concernant les « progrès réalisés sur le plan des enquêtes et de la capacité du Kenya à mener les procès à la lumière [des] réformes judiciaires³³ ».

15. Le Gouvernement kényan avance également qu'en appliquant le droit aux faits présentés, la Chambre devrait statuer « [TRADUCTION] sur la base des faits tels qu'ils existent au moment où se déroule la procédure relative à l'exception d'irrecevabilité³⁴ » et vérifier s'il « [TRADUCTION] existe un dossier concernant des enquêtes ou des poursuites menées "au moment de la

²⁸ ICC-01/09-02/11-26, par. 14, 17 et 66.

²⁹ ICC-01/09-02/11-26, par. 72 et 79.

³⁰ ICC-01/09-02/11-26, par. 79.

³¹ ICC-01/09-02/11-26, par. 34 et 71.

³² ICC-01/09-02/11-26, par. 79.

³³ ICC-01/09-02/11-26, par. 79.

³⁴ ICC-01/09-02/11-26, par. 31.

procédure³⁵ ». Le Gouvernement kényan affirme donc que, dans le cadre d'un tel examen, la recevabilité de l'affaire devrait être appréciée au regard des critères établis par la Chambre dans la Décision du 31 mars 2010, selon lesquels « [TRADUCTION] les enquêtes menées au niveau national et par la CPI respectivement doivent [...] porter sur le même comportement de la part de personnes au même niveau hiérarchique³⁶ ».

Les observations du Procureur

16. Le Procureur fait valoir que la charge de la preuve incombe à la partie qui soulève une exception d'irrecevabilité et que jusqu'à présent, le Gouvernement kényan n'a pas établi qu'il « [TRADUCTION] a mené ou mène des enquêtes ou des poursuites concernant les affaires » dont est saisie la Cour³⁷. Selon lui, si le Kenya mène des enquêtes ou des poursuites concernant des personnes autres que les trois suspects faisant l'objet de la procédure devant la Cour, il ne s'intéresse pas à la même affaire³⁸. Il en va de même lorsqu'un État procède à des enquêtes concernant d'autres comportements.

17. Le Procureur soutient en outre qu'il ne suffit pas qu'un État s'engage à mener des poursuites au niveau national pour que l'affaire devienne irrecevable. De plus, l'octroi d'un « [TRADUCTION] délai important en vue de soumettre des conclusions³⁹ » aux fins d'évaluer les progrès réalisés dans la mise en place des « [TRADUCTION] institutions judiciaires locales n'a aucun fondement dans le Statut » et retarderait inutilement la procédure⁴⁰. Le Procureur ajoute que si le

³⁵ ICC-01/09-02/11-26, par. 31.

³⁶ ICC-01/09-02/11-26, par. 32.

³⁷ ICC-01/09-02/11-71, par. 12.

³⁸ ICC-01/09-02/11-71, par. 18.

³⁹ ICC-01/09-02/11-71, par. 21.

⁴⁰ ICC-01/09-02/11-71, par. 21.

Kenya venait ultérieurement à engager « [TRADUCTION] véritablement des poursuites à l'encontre de la ou des mêmes personnes pour le même comportement », il pourrait demander l'autorisation de soulever une deuxième exception d'irrecevabilité⁴¹.

18. S'agissant des 22 annexes déposées par le Gouvernement kényan, le Procureur prie la Chambre de ne pas en tenir compte dès lors qu'elles ont été présentées « [TRADUCTION] trois semaines après le dépôt de [la Requête du 31 mars 2011] » et sans autorisation de la Chambre⁴². Le Procureur soutient également que même si elles étaient admises, ces annexes montrent que les enquêtes qui seraient menées au niveau national concernant les suspects restent « [TRADUCTION] purement hypothétiques⁴³ », et que la Chambre devrait donc conclure à la recevabilité de l'affaire⁴⁴.

Les observations de Mohammed Hussein Ali

19. La Défense de Mohammed Hussein Ali n'a présenté aucune observation concernant la Première Demande, tout en se réservant le droit « [TRADUCTION] d'exercer tout recours prévu dans le Statut, y compris en présentant une requête en vertu de l'article 19⁴⁵ ».

Les observations présentées conjointement par la Défense de Francis Kirimi Muthaura et la Défense de Uhuru Muigai Kenyatta

20. La Défense de Francis Kirimi Muthaura et celle de Uhuru Muigai Kenyatta n'ont pas non plus présenté d'observations concernant la Requête du

⁴¹ ICC-01/09-02/11-71, par. 22.

⁴² ICC-01/09-02/11-71, par. 23.

⁴³ ICC-01/09-02/11-71, par. 25 et 26.

⁴⁴ ICC-01/09-02/11-71, par. 28 et 29.

⁴⁵ ICC-01/09-02/11-70 par. 6.

31 mars 2011. Les équipes de la Défense réaffirment leur « [TRADUCTION] détermination à respecter pleinement et à se conformer à toute ordonnance que la Chambre pourrait prendre, et à continuer de coopérer avec la Cour⁴⁶ ».

Les observations du Bureau du conseil public pour les victimes

21. Le Bureau du conseil public pour les victimes invite la Chambre à rejeter la Requête du 31 mars 2011 et à conclure à la recevabilité de l'affaire portée contre les suspects⁴⁷. Il soutient que dans ladite requête, le Gouvernement kényan « [TRADUCTION] se gardait de préciser si des enquêtes concernant les suspects étaient actuellement en cours⁴⁸ », se bornant à évoquer des mesures d'enquête qu'il se propose de prendre à l'avenir. Par conséquent, malgré l'engagement pris par le Gouvernement kényan de communiquer à la Chambre un rapport indiquant les progrès réalisés concernant lesdites mesures, le Bureau du conseil public pour les victimes reste dubitatif. Selon lui, un tel « [TRADUCTION] rapport expliquera *dans quelle mesure* les plus hauts échelons de l'administration font l'objet d'une enquête et précisera que les suspects se situent à ces échelons⁴⁹ ».

22. Répondant à la « [TRADUCTION] litanie des réformes prévues ou en vigueur en matière constitutionnelle, judiciaire, de poursuites et de police⁵⁰ » invoquées par le Gouvernement kényan dans la Requête du 31 mars 2011, le Bureau du conseil public pour les victimes souligne qu'« il ne s'agit pas là de mesures d'enquête au sens de l'article 17⁵¹ ». La seule indication fournie par le

⁴⁶ ICC-01/09-02/11-72, par. 7.

⁴⁷ ICC-01/09-02/11-74, p. 24.

⁴⁸ ICC-01/09-02/11-74, par. 10.

⁴⁹ ICC-01/09-02/11-74, par. 10.

⁵⁰ ICC-01/09-02/11-74, par. 13.

⁵¹ ICC-01/09-02/11-74, par. 14.

Gouvernement kényan concernant une enquête ou des poursuites est la lettre de l'*Attorney general* en date du 21 avril 2011. Le Bureau du conseil public pour les victimes soutient que « [TRADUCTION] le stade auquel est envoyée cette lettre [...] soulève des doutes importants concernant la crédibilité des affirmations du Gouvernement kényan, en particulier lorsque celles-ci ne sont pas étayées par des preuves valables et concrètes⁵² ». Selon lui, « [TRADUCTION] la lettre est spécifiquement destinée à empêcher toute procédure devant la CPI et ne traduit aucune volonté de mener une véritable enquête⁵³ ». Enfin, il prie la Chambre de conclure au vu de cette lettre que bien au contraire, aucune enquête concernant les suspects n'est en cours et qu'en particulier, au 30 mars 2011, les mesures d'enquête envisagées ne visaient que des « [TRADUCTION] personnes "se trouvant au même échelon" que les suspects⁵⁴ » et non pas les suspects eux-mêmes.

23. Le Bureau du conseil public pour les victimes réitère que « [TRADUCTION] des enquêtes et des poursuites véritables [...] supposent en particulier de solides garanties en termes d'indépendance, de neutralité et de transparence. Les réformes législatives à elles seules sont insuffisantes⁵⁵ ». Il rappelle le souci qui préside aux propositions de création d'un tribunal spécial, à savoir pallier les lacunes du système national kényan, telles que « [TRADUCTION] la méfiance profonde à l'égard du système, qui ne serait pas insensible aux considérations ethniques⁵⁶ ». En tant que tel, « [TRADUCTION] le rejet du principe d'un tribunal spécial, en l'absence d'autres mesures concrètes et spécifiques, traduit manifestement le manque de volonté de mener véritablement

⁵² ICC-01/09-02/11-74, par. 16.

⁵³ ICC-01/09-02/11-74, par. 38.

⁵⁴ ICC-01/09-02/11-74, par. 18.

⁵⁵ ICC-01/09-02/11-74, par. 33.

⁵⁶ ICC-01/09-02/11-74, par. 29.

à bien une enquête et des poursuites⁵⁷ ». De plus, selon le Bureau du conseil public pour les victimes, le fait que les suspects ne figurent pas sur la liste des enquêtes pendantes fournie par le Gouvernement kényan est une « [TRADUCTION] preuve convaincante » du manque de volonté de la part de ce dernier de mener véritablement à bien une enquête et des poursuites à leur rencontre⁵⁸.

La Réplique du 16 mai 2011

24. Dans la Réplique du 16 mai 2011, le Gouvernement kényan reprend à son compte un certain nombre de paragraphes des observations soumises par la Défense de William Samoei Ruto et celle de Joshua Arap Sang⁵⁹. Il réitère également ses arguments selon lesquels il a la capacité de connaître de l'affaire dont est actuellement saisie la Cour et que des enquêtes sont en cours sur les trois suspects faisant l'objet de la procédure menée devant cette dernière⁶⁰. Dans ses arguments, le Gouvernement kényan conteste ainsi un certain nombre de questions soulevées dans les observations soumises par le Procureur et le Bureau du conseil public pour les victimes. En particulier, il s'oppose à ce que soit retenu le critère dit « du même comportement et de la même personne », au motif « [TRADUCTION] qu'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 privé⁶¹ ». De plus, même si l'État concerné disposait des mêmes éléments de preuve que le Procureur, « [TRADUCTION] on ne saurait exiger que pour

⁵⁷ ICC-01/09-02/11-74, par. 31.

⁵⁸ ICC-01/09-02/11-74, par. 35.

⁵⁹ ICC-01/09-02/11-91, par. 19. Le Gouvernement kényan renvoie aux paragraphes 2 à 12, 14, 19 et 20 des observations de la Défense, ICC-01/09-01/11-68.

⁶⁰ ICC-01/09-02/11-91, par. 2, 29 à 32, 57 et 58. Le Gouvernement kényan mentionne les enquêtes en cours sur les six suspects dans les deux affaires. Aux fins de la présente décision, la Chambre ne mentionnera que les trois suspects concernés par la présente affaire.

⁶¹ ICC-01/09-02/11-91, par. 27.

exclure la recevabilité de l'affaire devant la CPI, l'État en question doit mener une enquête aboutissant à *inculper* les individus concernés⁶² ».

25. Le Gouvernement kényan conteste également les arguments présentés sur la question de savoir à quel stade il convient d'apprécier l'exception d'irrecevabilité. Il croit comprendre que selon les observations formulées par le Procureur et le Bureau du conseil public pour les victimes, une exception d'irrecevabilité doit s'apprécier à la date à laquelle elle est soulevée par l'État concerné. Pour sa part, il estime qu'il s'agit plutôt de la date à laquelle il a communiqué à la Chambre les « [TRADUCTION] rapports échelonnés⁶³ ».

26. Le Gouvernement kényan dit avoir communiqué les informations publiques les plus récentes concernant les enquêtes, et propose à la Chambre d'entendre le chef de la police en cas de doute sur leur véracité⁶⁴. Il invoque également la réforme engagée concernant la police et la protection des témoins⁶⁵. Il soutient que l'appréciation de la recevabilité d'une affaire est un processus continu et que la Chambre devrait donc prendre en considération les annexes jointes à la Réplique du 16 mai 2011 avant de prendre sa décision finale⁶⁶.

III. Droit applicable

27. La Chambre fonde sa décision sur les articles 17, 19-2-b, 21-1-a, 21-2 et 21-3 du Statut, et sur les règles 58-2, 58-3, 59-1-b, 59-2 et 59-3 du Règlement.

⁶² ICC-01/09-02/11-91, par. 28.

⁶³ ICC-01/09-02/11-91, par. 24, 25 et 64.

⁶⁴ ICC-01/09-02/11-91, par. 58 et 70.

⁶⁵ ICC-01/09-02/11-91, par. 68, 69 et 71.

⁶⁶ ICC-01/09-02/11-91, par. 77.

IV. Examen préliminaire de la Demande de coopération

28. Dans la Demande de coopération, le Gouvernement kényan sollicite l'assistance de la Cour en vue de recevoir communication de « [TRADUCTION] toutes déclarations et de tous documents ou autres types d'éléments de preuve » obtenus dans le cadre des enquêtes menées par le Procureur⁶⁷. Selon les autorités kényanes, cela leur permettra de mener à bien les enquêtes et les poursuites concernant les violences postélectorales⁶⁸. En conséquence, le Gouvernement kényan a demandé à la Chambre d'examiner la question avant de statuer sur le fond de l'exception d'irrecevabilité⁶⁹.

29. D'emblée, la Chambre relève que la Demande de coopération a été déposée par le Gouvernement kényan trois semaines *après* le dépôt de la Requête du 31 mars 2011. Au moment où le Gouvernement kényan a déposé l'exception d'irrecevabilité, il n'entendait pas que la Première Demande présentée dans le cadre de la Requête du 31 mars 2011 soit *subordonnée* à une autre demande présentée ultérieurement en vertu de l'article 93-10 du Statut. Par conséquent, s'il estimait que ces demandes sont liées, il aurait peut-être dû les présenter en même temps et non avec un tel décalage.

30. En tout état de cause, la Chambre souhaite souligner que la Demande de coopération, ainsi que la désignent ses auteurs, est en fait une demande d'assistance qui entre directement dans le champ d'application du chapitre IX du Statut, lequel régit la coopération entre la Cour et les États ou d'autres organisations intergouvernementales. En tant que telle, une demande d'assistance n'est aucunement liée à la question de la recevabilité de l'affaire, qui

⁶⁷ ICC-01/09-58, p. 3.

⁶⁸ ICC-01/09-58, p. 3.

⁶⁹ ICC-01/09-58, p. 4.

est régie par les dispositions du chapitre II du Statut. Partant, le fait pour une chambre de la Cour de conclure à la recevabilité ou non d'une affaire en application de l'article 17 du Statut n'est pas subordonné à la question de savoir si elle fait droit ou non à une demande d'assistance présentée en vertu de l'article 93-10 du Statut. Cette conclusion est étayée par le fait qu'un État peut exercer sa compétence nationale en menant une enquête ou des poursuites, quelles que soient les mesures d'enquête prises par le Procureur et indépendamment de celles-ci. Ces procédures nationales devraient en principe être menées sans l'assistance de la Cour.

31. L'indépendance du régime établi par l'article 19 du Statut par rapport à toute demande d'assistance présentée en vertu de l'article 93-10 ressort également du libellé discrétionnaire de ce dernier article. Les termes utilisés dans cette disposition (à savoir « peut ») n'obligent nullement la Cour à faire droit à une demande d'assistance présentée par un État. En outre, la coopération visée à l'article 93-10 du Statut peut porter sur des crimes autres que ceux qui relèvent de la compétence de la Cour (« crime grave au regard du droit interne de [l']État [concerné] »). Enfin, la Chambre souligne que l'article 19 ne contient aucune référence explicite à l'article 93-10. En particulier, rien dans le Statut n'indique que l'application des articles 17 et 19 est subordonnée au fait pour la Chambre de faire droit à une demande d'assistance présentée en vertu de l'article 93-10. Partant, la Chambre statuera sur le fond de la Demande de coopération dans une décision distincte qu'elle rendra en temps voulu.

V. Examen de la Requête du 17 mai 2011

32. Dans la Requête du 17 mai 2011, le Gouvernement kényan dit avoir « [TRADUCTION] spécifiquement demandé à la Chambre préliminaire de

convoquer une audience », mais que celle-ci « [TRADUCTION] n’y a pas spécifiquement répondu ». Par contre, la Chambre préliminaire a statué sur les autres demandes présentées par le Gouvernement kényan tendant à la tenue d’une conférence de mise en état, sa participation à l’audience de première comparution tenue le 8 avril 2011 et sur les observations écrites soumises par les parties.

33. La Chambre rappelle aux parties et aux participants que même s’ils ont le droit à ce que leur cause soit entendue par la Cour et peuvent présenter à l’appui toute requête qu’ils jugent essentielle, ils ne sont pas pour autant dispensés de formuler leurs arguments en toute bonne foi.

34. Sur ce point, la Chambre cite le paragraphe 20 de la Requête du 31 mars 2011, sur lequel le Gouvernement kényan se fonde dans la Requête du 17 mai 2011 :

[TRADUCTION] En outre, avant que la Chambre préliminaire ne prenne une décision finale concernant la présente Requête, le Gouvernement kényan lui demande de convoquer une *audience*, en consultation avec les parties, afin qu’il puisse lui présenter des observations concernant la Requête. Celle-ci est manifestement d’une importance fondamentale tant pour ses intérêts nationaux que pour l’avenir du Kenya et du peuple kényan. Elle est en particulier essentielle pour la suite des procédures judiciaires au Kenya et il s’agit donc là manifestement d’une question qu’il convient d’aborder dans le cadre d’une *audience* publique devant la Chambre préliminaire afin que tous les arguments pertinents puissent être soumis et pris en considération. (Comme il est dit plus haut, c’est la première fois que la CPI est saisie d’une demande présentée par un État partie en vertu de l’article 19⁷⁰.) [Non souligné dans l’original.]

35. Une lecture conjointe du paragraphe 20 cité et du paragraphe 21 de la Requête du 31 mars 2011 montre clairement que la demande du Gouvernement kényan tendant à la tenue d’une conférence de mise en état *constitue en soi* une demande tendant à la tenue d’une audience. Cette conclusion s’impose à la

⁷⁰ ICC-01/09-02/11-26, par. 20 [notes de bas de page non reproduites].

lecture de la première phrase de ce paragraphe 21 : « [TRADUCTION] [p]ar conséquent, le Gouvernement kényan propose qu'une *conférence de mise en état* soit convoquée afin de débattre [...] » [non souligné dans l'original], ce qui montre l'existence d'un lien et permet de conclure que la conférence de mise en état en question est en fait l'audience mentionnée au paragraphe 20 de la Requête du 31 mars 2011.

36. Par conséquent, l'affirmation du Gouvernement kényan selon laquelle la Chambre n'aurait pas statué, dans la Décision du 4 avril 2011, sur la requête aux fins de la tenue d'une audience est fallacieuse et doit être rectifiée. Sur ce point, la Chambre rappelle la Décision du 4 avril 2011, dans laquelle elle a explicitement rejeté la demande du Gouvernement kényan tendant à la tenue d'une conférence de mise en état. En revanche, sur la base du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 58 du Règlement, la Chambre a énoncé la principale approche à suivre tout au long de la procédure relevant de l'article 19, à savoir « [TRADUCTION] limiter le rôle des parties [...] à la présentation d'observations écrites comme le prévoient les règles 58-3 et 59-3 du Règlement ».

37. Partant, la Décision du 4 avril 2011 donnait aux parties et aux participants suffisamment d'indications sur la manière dont serait menée la procédure relevant de l'article 19. Si les parties s'opposaient à la manière dont la Chambre avait organisé la procédure, elles auraient dû demander l'autorisation d'interjeter appel de la Décision du 4 avril 2011. Ce n'est pas le cas et la Chambre estime 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'est-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 Requête.

38. En tout état de cause, étant donné que la Chambre s'est déjà prononcée sur la demande du Gouvernement kényan tendant à la tenue d'une conférence de mise en état, qui constitue en soi l'« audience » comme il a été constaté plus haut, elle considère que la Requête du 17 mai 2011 constitue *de fait* une demande de réexamen. Comme la Chambre a toujours jugé que les dispositions des textes fondamentaux de la Cour ne prévoient pas la possibilité de déposer une telle demande⁷¹, il y a lieu de rejeter la Requête du 17 mai 2011 sans qu'il soit nécessaire de se pencher plus avant sur les arguments avancés par le Gouvernement kényan ou la Défense à ce sujet. La Chambre va à présent examiner la Première Demande, à savoir l'objet principal de la présente décision.

VI. Examen de l'exception d'irrecevabilité (la Première Demande)

39. La Chambre a examiné de manière approfondie la Requête du 31 mars 2011 ainsi que les 22 annexes qui l'accompagnaient. Elle a également examiné attentivement les Observations soumises par les parties et les participants, la réplique du Gouvernement kényan auxdites observations, datée du 16 mai 2011, et les sept annexes y afférentes. La Requête du 31 mars 2011 et la Réplique du 16 mai 2011, ainsi que les annexes, montrent principalement les mesures qui ont

⁷¹ Voir Chambre préliminaire II, *Decision on the "Prosecution's Application for Extension of Time Limit for Disclosure"*, ICC-01/09-01/11-82 ; Chambre préliminaire II, *Décision relative à la position du Procureur sur la décision de la Chambre préliminaire II d'expurger les descriptions factuelles des crimes dans les mandats d'arrêt, demande de réexamen et demande d'éclaircissements*, ICC-02/04-01/05-60-tFRA ; Chambre préliminaire I, *Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de réexamen*, ICC-01/04-01/06-123-tFR ; Chambre préliminaire I, *Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de réexamen et, à titre subsidiaire, d'autorisation d'interjeter appel*, ICC-01/04-01/06-166-tFR ; Chambre préliminaire I, *Décision relative à la Demande des représentants légaux de VPRS1, VPRS2, VPRS3, VPRS4, VPRS5, VPRS6 et a/0071/06 aux fins d'accéder au document confidentiel déposé par le Conseil de direction du Fonds d'affectation spéciale au profit des victimes le 7 février 2008*, ICC-01/04-457-tFRA ; Chambre préliminaire I, *Décision relative à la requête de la Défense de Mathieu Ngudjolo Chui concernant la traduction de documents*, ICC-01/04-01/07-477-tFRA.

été prises jusqu'à présent dans le pays en matière de réformes judiciaires, ainsi que celles qui le seront à l'avenir.

40. La Chambre a bien conscience que la notion de complémentarité et ses modalités de mise en œuvre touchent directement aux droits souverains des États. Elle est également consciente du fait que non seulement les États ont le droit de soumettre à leur juridiction criminelle les responsables de crimes qui relèvent de la compétence de la Cour, mais ils en ont également l'obligation, comme l'indique explicitement l'alinéa 6 du préambule du Statut. Toutefois, il convient de garder à l'esprit que la notion de complémentarité vise essentiellement à « assure[r] un équilibre entre, d'une part, la primauté des poursuites engagées par les autorités nationales par rapport à la Cour [...] et, d'autre part, l'objectif du Statut de Rome de "mettre un terme à l'impunité". Si les États s'abstiennent d'enquêter [...], alors la Cour [...] doit pouvoir intervenir⁷². » Par conséquent, dans le contexte du Statut, qui constitue le cadre juridique de la Cour, l'exercice par les États de leur compétence en matière pénale n'est pas sans limites. Celles-ci sont consacrées dans les dispositions régissant la recevabilité d'une affaire, à savoir les articles 17 à 20 du Statut.

41. En conséquence, tout en saluant la volonté expresse du Gouvernement kényan de mener une enquête sur l'affaire dont la Cour est saisie, ainsi que les engagements qu'il a pris par le passé et ceux qu'il se propose de prendre, la Chambre souligne que sa décision sur le fond de l'exception d'irrecevabilité sera finalement dictée par les faits présentés et les critères juridiques consacrés dans les dispositions du Statut.

⁷² Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Germain Katanga contre la décision rendue oralement par la Chambre de première instance II le 12 juin 2009 concernant la recevabilité de l'affaire, ICC-01/04-01/07-1497-tFRA, par. 85.

42. Dans ce contexte, la Chambre rappelle les dispositions de l'article 17 du Statut :

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) L'affaire n'est pas suffisamment grave pour que la Cour y donne suite.

2. Pour déterminer s'il y a un manque de volonté de l'État dans un cas d'espèce, la Cour considère l'existence, eu égard aux garanties d'un procès équitable reconnues par le droit international, de l'une ou de plusieurs des circonstances suivantes :

- a) La procédure a été ou est engagée ou la décision de l'État a été prise dans le dessein de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale pour les crimes relevant de la compétence de la Cour visés à l'article 5 ;
- b) La procédure a subi un retard injustifié qui, dans les circonstances, est incompatible avec l'intention de traduire en justice la personne concernée ;
- c) La procédure n'a pas été ou n'est pas menée de manière indépendante ou impartiale mais d'une manière qui, dans les circonstances, est incompatible avec l'intention de traduire en justice la personne concernée.

3. Pour déterminer s'il y a une incapacité de l'État dans un cas d'espèce, la Cour considère si l'État est incapable, en raison de l'effondrement de la totalité ou d'une partie substantielle de son propre appareil judiciaire ou de l'indisponibilité de celui-ci, de se saisir de l'accusé, de réunir les éléments de preuve et les témoignages nécessaires ou de mener autrement à bien la procédure.

43. La Chambre a conclu précédemment que le critère de la recevabilité énoncé à l'article 17 du Statut s'articule autour de deux principales composantes :

i) la complémentarité (alinéas a) à c) de l'article 17-1 du Statut) ; et ii) la gravité (article 17-1-d du Statut)⁷³.

⁷³ Chambre préliminaire II, Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome, ICC-01/09-19-Corr-tFRA, par. 52.

44. S'agissant de la première composante (la complémentarité), la Chambre souligne qu'elle consiste à déterminer si des procédures sont menées ou non au niveau national. Aux termes de l'article 17-1-a du Statut, « 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 ». Dans son arrêt du 25 septembre 2009, la Chambre d'appel a estimé que cette disposition impliquait un examen fondé sur deux critères :

[P]our 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. Procéder autrement reviendrait à mettre la charrue avant les bœufs. Il s'ensuit qu'en cas d'inaction, la question du manque de volonté et de l'incapacité ne se pose pas ; l'inaction de la part d'un État compétent (c'est-à-dire le fait que l'affaire ne fasse ou n'ait fait l'objet ni d'une enquête ni de poursuites de la part de l'État) rend l'affaire recevable devant la Cour, sous réserve de l'article 17-1-d du Statut⁷⁴.

45. S'agissant de la deuxième composante (la gravité), étant donné que le Gouvernement kényan ne la conteste pas, la Chambre se contentera d'examiner l'objet de la Requête du 31 mars 2011, à savoir si une procédure est effectivement en cours au niveau national (critère de la complémentarité).

46. La Chambre relève que tout au long de la Requête du 31 mars 2011 et de la Réplique du 16 mai 2011, le Gouvernement kényan affirme qu'il mène actuellement une enquête sur les crimes qui ont eu lieu dans le cadre des violences postélectorales de 2007-2008. Par conséquent, elle considère qu'au vu

⁷⁴ Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Germain Katanga contre la décision rendue oralement par la Chambre de première instance II le 12 juin 2009 concernant la recevabilité de l'affaire, ICC-01/04-01/07-1497-tFRA, par. 78.

des faits présentés dans la Requête du 31 mars 2011 et la Réplique du 16 mai 2011, le critère applicable est celui qui figure dans la première partie de l'article 17-1-a du Statut, à savoir si « [l]’affaire fait l’objet d’une enquête ou de poursuites de la part d’un État ayant compétence en l’espèce ».

47. La Chambre est convaincue que la République du Kenya est un État ayant compétence en l’espèce. Toutefois, reste à savoir si l’affaire « fait l’objet d’une enquête ou de poursuites » de la part de cet État au sens de l’article 17-1-a du Statut.

48. Sur ce point, le Gouvernement kényan semble n’avoir compris que partiellement le critère appliqué systématiquement par les Chambres de la Cour pour interpréter la portée d’une « affaire » aux fins de l’article 17 du Statut. Dans la Requête du 31 mars 2011, le Gouvernement kényan affirme que la recevabilité de l’affaire devrait s’apprécier au regard des critères établis par la Chambre dans la Décision du 31 mars 2010 autorisant l’ouverture d’une enquête, et soutient que « [TRADUCTION] les enquêtes menées au niveau national et par la CPI respectivement doivent [...] porter sur le même comportement de la part de personnes au même niveau hiérarchique⁷⁵ ».

49. Même si dans la Requête du 31 mars 2011, le Gouvernement kényan ne conteste pas que, aux fins de la définition d’une « affaire », les enquêtes menées au niveau national « doivent porter sur le même comportement », il semble soit avoir mal compris, soit être en désaccord avec l’autre composante du critère, à savoir que ces enquêtes doivent également viser les mêmes personnes que la procédure devant la Cour. Le Gouvernement kényan dit se fonder sur le critère établi par la Chambre dans la Décision du 31 mars 2010, laquelle mentionnait les

⁷⁵ ICC-01/09-02/11-26, par. 32.

« groupes de personnes impliquées susceptibles d'être visées [...] par l'enquête⁷⁶ » menée par la CPI, et en conclut qu'il n'est pas nécessaire d'enquêter sur les mêmes personnes et qu'il suffit que l'enquête porte sur « [TRADUCTION] des personnes au même niveau hiérarchique⁷⁷ ».

50. La Chambre juge cette interprétation trompeuse. Les critères établis par la Chambre dans la Décision du 31 mars 2010 autorisant l'ouverture d'une enquête n'étaient pas décisifs mais donnaient simplement une idée du type d'éléments dont la Cour devrait tenir compte pour statuer sur la recevabilité, dans le *contexte d'une situation*, d'une ou plusieurs affaires « potentielles ». À un tel stade, la référence à un groupe de personnes vise principalement à élargir le critère puisqu'au stade préliminaire de l'enquête sur une situation, il est peu probable qu'un suspect ait été identifié. Le critère est plus spécifique lorsqu'il s'agit de déterminer la recevabilité au stade de l'« affaire », qui commence avec la requête présentée par le Procureur en vertu de l'article 58 du Statut aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt ou d'une citation à comparaître, lorsqu'un ou plusieurs suspects ont été identifiés. À ce stade, la ou les affaires portées devant la Cour sont déjà définies. Par conséquent, au stade de l'« affaire », la recevabilité de celle-ci doit être appréciée en tenant compte des procédures menées au niveau national contre les personnes faisant l'objet de la procédure devant la Cour.

51. Dans l'affaire *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, la Chambre préliminaire I a expressément indiqué que pour conclure à l'irrecevabilité d'une « affaire », il faut que « les procédures nationales englobent tant la personne que

⁷⁶ Chambre préliminaire II, Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome, ICC-01/09-19-Corr-tFRA, par. 50.

⁷⁷ ICC-01/09-02/11-26, par. 32.

le comportement qui font l'objet de l'affaire portée devant la Cour⁷⁸ ». Jusqu'à présent, la jurisprudence de la Cour n'a pas varié sur ce point⁷⁹. Toutefois, le Gouvernement kényan affirme que « [TRADUCTION] la jurisprudence de la CPI n'a pas donné de définition faisant autorité du terme "affaire"⁸⁰ ». Citant l'arrêt du 25 septembre 2009, le Gouvernement soutient que la Chambre d'appel a « [TRADUCTION] refus[é] de se prononcer sur la question [car] elle ne souscrivait pas aux conclusions tirées par les Chambres préliminaires dans le contexte de la délivrance des mandats d'arrêt, selon lesquelles les procédures nationales doivent englober tant le comportement que la personne qui font l'objet de l'affaire portée devant la Cour⁸¹ ».

52. La Chambre considère que le passage en question de l'arrêt de la Chambre d'appel doit être lu et compris dans son contexte. Il est vrai qu'au paragraphe 81, la Chambre d'appel indique qu'elle « ne juge pas nécessaire d'examiner la validité du critère du "même comportement" » utilisé par les Chambres préliminaires. Néanmoins, au paragraphe 80, elle a clairement précisé que la raison en était que rien n'indiquait qu'il y avait « une enquête ou des poursuites en RDC [République démocratique du Congo] concernant un crime que l'*Appelant* aurait commis à Bogoro ou ailleurs dans le pays » [non souligné dans l'original]. La Chambre d'appel a formulé une conclusion similaire dans les trois dernières lignes du paragraphe 81, indiquant qu'« au moment où la procédure relative à l'exception d'irrecevabilité se déroulait devant la Chambre de première instance, l'*Appelant* ne faisait pas l'objet de poursuites en RDC. Par conséquent, la

⁷⁸ Chambre préliminaire I, Décision relative à la Requête du Procureur aux fins de délivrance de mandats d'arrêt en vertu de l'article 58, ICC-01/04-01/06-8-Corr-tFR, par. 31 et 37 à 39.

⁷⁹ Voir, par exemple, Chambre préliminaire I, Décision relative à la requête déposée par l'Accusation en vertu de l'article 58-7 du Statut, ICC-02/05-01/07-1-Corr-tFR, par. 24.

⁸⁰ ICC-01/09-02/11-26, par. 32.

⁸¹ ICC-01/09-02/11-26, par. 32, note de bas de page 20.

question de la validité du “critère du même comportement” n’est pas déterminante dans le cadre du présent appel » [non souligné dans l’original]⁸². Partant, la Chambre peut clairement en déduire que la Chambre d’appel a 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 », c’est-à-dire l’appelant lui-même dans le contexte de cet appel.

53. La Chambre ne juge pas non plus nécessaire d’examiner le critère du « même comportement », puisque le Gouvernement kényan, qui est la partie concernée en l’occurrence, a accepté cette autre composante du critère dans sa requête *initiale*, celle du 31 mars 2011⁸³.

54. Ayant tranché le litige concernant le critère applicable pour l’interprétation du terme « affaire » aux fins de l’article 17 du Statut, la Chambre va à présent appliquer les faits, tels que présentés par le Gouvernement kényan, au droit tel que défini ci-avant.

55. La première observation que la Chambre souhaite formuler découle des arguments avancés par le Gouvernement kényan pour réfuter le critère de la « même personne ». Le Gouvernement kényan maintient que les enquêtes en cours « [TRADUCTION] couvrent les affaires dont est actuellement saisie la CPI ». Cette affirmation a été formulée par le Gouvernement kényan en guise de

⁸² Chambre d’appel, Arrêt relatif à l’appel interjeté par Germain Katanga contre la décision rendue oralement par la Chambre de première instance II le 12 juin 2009 concernant la recevabilité de l’affaire, ICC-01/04-01/07-1497-tFRA, par. 81.

⁸³ ICC-01/09-02/11-26, par. 32. Il convient de relever que dans la Réponse aux Observations déposées le 28 avril 2011, le Gouvernement kényan a changé sa position initiale et présenté de nouveaux arguments tirés de l’inexactitude du critère du « même comportement ». Toutefois, étant donné que les parties ne sont pas autorisées à aller au-delà des griefs initialement présentés dans la Requête du 31 mars 2011 en y ajoutant de nouveaux arguments, la Chambre ne se prononcera pas sur la validité du critère du « même comportement ». Voir ICC-01/09-02/11-91, par. 27.

conclusion, juste après avoir expliqué la façon dont il comprend le critère applicable à l'exception d'irrecevabilité soulevée en l'espèce, à savoir que « [TRADUCTION] les enquêtes menées au niveau national et par la CPI respectivement doivent [...] porter sur le même comportement de la part *de personnes au même niveau hiérarchique* » [non souligné dans l'original].

56. Sur ce point, la Chambre tient à exprimer sa préoccupation quant à cette affirmation et aux déductions que l'on pourrait en tirer. Si le Gouvernement kényan maintient que, conformément au critère juridique applicable, les enquêtes menées au niveau national doivent englober toute personne, pourvu que celle-ci ait le *même niveau hiérarchique*, on ne voit toutefois pas bien comment la Chambre pourrait être convaincue que des enquêtes sur les trois suspects en l'espèce sont effectivement en cours. La lecture des passages pertinents de la Réplique du 16 mai 2011 fait naître d'autres doutes. Au paragraphe 27, le Gouvernement kényan indique que « [TRADUCTION] tout argument selon lequel les enquêtes menées respectivement par un État et par le Procureur de la CPI *doivent* viser les mêmes *individus* [...] est nécessairement erroné [...] [O]n ne peut tout simplement pas garantir qu'un même groupe d'individus tombera sous le coup des enquêtes menées par l'État, qui entend contester la recevabilité de l'affaire devant la CPI [...] »⁸⁴. La Chambre estime que ces arguments jettent le doute sur la volonté de l'État kényan d'enquêter effectivement sur les trois suspects, à supposer qu'une enquête soit en cours, comme l'affirme le Kenya. Or, les informations factuelles dont dispose la Chambre et les arguments qui lui ont été présentés montrent bien l'absence de toute mesure concrète attestant que des enquêtes sont en cours sur les trois suspects en l'espèce. Cette conclusion

⁸⁴ ICC-01/09-02/11-91, par. 27.

s'imposera d'autant plus lorsque la Chambre aura examiné ci-après certains des arguments avancés par le Gouvernement kényan.

57. Dans la Requête du 31 mars 2011, le Gouvernement kényan affirme qu'il communiquera à la Chambre un rapport faisant état des progrès réalisés concernant les enquêtes qui devraient être menées sous la direction du nouveau Directeur des poursuites pénales⁸⁵ et montrant « [TRADUCTION] dans quelle mesure celles-ci s'étendent aux personnes situées aux plus hauts échelons⁸⁶ ». Ce rapport s'appuiera sur « [TRADUCTION] 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 commis⁸⁷ ».

58. La Chambre est surprise d'une telle affirmation, qui 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. Cette affirmation contredit clairement les arguments que le Gouvernement kényan a présentés dans la Réplique du 16 mai 2011, selon lesquels des enquêtes sont *en cours* concernant les trois suspects faisant l'objet de l'affaire dont connaît la Chambre⁸⁸.

59. De plus, dans la Requête du 31 mars 2011 et la Réplique du 16 mai 2011, le Gouvernement kényan se proposait de présenter trois principaux rapports sur

⁸⁵ ICC-01/09-02/11-26, par. 72 et 79.

⁸⁶ ICC-01/09-02/11-26, par. 79.

⁸⁷ ICC-01/09-02/11-26, par. 34 et 71.

⁸⁸ ICC-01/09-02/11-91, par. 2, 29 à 32 et 57.

l'état d'avancement des enquêtes, dont le premier en juillet 2011. Les deux autres rapports devaient être présentés à la Chambre à la fin août et à la fin septembre 2011 respectivement. La Chambre ne sait pas pourquoi au juste le Gouvernement kényan n'a toujours pas communiqué de rapport détaillé sur les enquêtes qui seraient en cours. Si des procédures sont actuellement en cours au niveau national contre les trois suspects faisant l'objet de la procédure menée devant la Cour, aucune raison convaincante ne justifie d'attendre jusqu'à juillet 2011 pour communiquer ledit premier rapport.

60. Il appert que dans l'exception d'irrecevabilité, 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 mesures. Cette conclusion se fait plus évidente à la lecture des annexes soumises par le Gouvernement kényan. Sur les 29 annexes présentées à la Chambre, seules 3 semblent dans une certaine mesure porter directement sur les procédures d'enquête qui, selon le Gouvernement kényan, seraient en cours (annexes 1 et 3 jointes à la Requête du 31 mars 2011 et annexe 2 jointe à la Réplique du 16 mai 2011).

61. Après un examen attentif de ces annexes, la Chambre estime qu'il n'en ressort aucune mesure d'enquête concrète concernant les trois suspects en question. En particulier, l'annexe 3 jointe à la Requête du 31 mars 2011 est un rapport d'avancement de 78 pages contenant des informations sur les violences postélectorales dans six provinces, soumis au Procureur général (*Attorney general*) de la République du Kenya par le Procureur en chef (*Chief Public Prosecutor*) et des substituts. Nulle 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 Cour en l'espèce⁸⁹.

62. Quant à l'annexe 1, elle comprend une lettre signée par le Procureur général (*Attorney general*) de la République du Kenya et adressée au chef de la police kényane, lui enjoignant « [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 internationale (CPI)⁹⁰ ». Dans la lettre, il est également donné instruction au chef de la police de « [TRADUCTION] préparer et de soumettre [...] des rapports bimensuels sur l'état d'avancement de ces enquêtes⁹¹ ». Cette lettre est datée du 14 avril 2011, à savoir deux semaines après le dépôt par le Gouvernement kényan de l'exception d'irrecevabilité. Il en ressort donc clairement qu'au moment du dépôt de la Requête du 31 mars 2011, 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*.

63. En réponse aux observations déposées par les parties, le Gouvernement kényan a notamment présenté un rapport de quatre pages (annexe 2 jointe à la Réplique du 16 mai 2011), daté du 5 mai 2011 et signé par le Directeur des enquêtes criminelles (*Director of Criminal Investigation*). Le rapport indique notamment qu'une affaire concernant William Samoei Ruto (dossier n° 10/2008) est pendante et que l'enquête n'a pas été terminée « [TRADUCTION] pour diverses raisons, notamment le manque de crédibilité et de coopération des

⁸⁹ ICC-01/09-02/11-67-Anx3.

⁹⁰ ICC-01/09-02/11-67-Anx1.

⁹¹ ICC-01/09-02/11-67-Anx1.

témoins⁹² ». Toutefois, « [TRADUCTION] l'enquête se poursuit car certains points nécessitent d'être corroborés plus avant afin de pouvoir parvenir à une conclusion valable⁹³ ». Enfin, le rapport indique ce qui suit :

[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 rang⁹⁴.

64. Même s'il ressort des informations figurant dans ces deux annexes qu'il a été donné instruction d'ouvrir une enquête 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*. Dans la Réplique du 16 mai 2011, le Gouvernement kényan affirme « [TRADUCTION] qu'un dossier a été ouvert contre l'un des six suspects [probablement William Samoei Ruto] sur la base de déclarations de témoins recueillies par l'équipe [d'enquêteurs]⁹⁵ ». Toutefois, il ne donne à la Chambre aucune information concernant la date de ces déclarations ou leur contenu. Il dit également avoir donné instruction à « [TRADUCTION] l'équipe d'enquêteurs de mener des enquêtes exhaustives » mais se garde d'expliquer ou de montrer à la Chambre quelles mesures concrètes ont été prises ou sont prises actuellement à cet égard.

65. En particulier, la Chambre ne dispose d'aucune information sur les dates auxquelles les enquêtes auraient, le cas échéant, été ouvertes concernant les trois suspects, et sur la question de savoir si les suspects ont été interrogés ou non, et

⁹² ICC-01/09-02/11-91-Anx2.

⁹³ ICC-01/09-02/11-91-Anx2.

⁹⁴ ICC-01/09-02/11-91-Anx2.

⁹⁵ ICC-01/09-02/11-91, par. 50.

dans l'affirmative, sur la teneur des procès-verbaux de police ou du parquet concernant ces interrogatoires. En outre, le Gouvernement kényan ne donne à la Chambre aucune information concernant le comportement, les crimes ou les incidents pour lesquels les trois suspects font l'objet d'une enquête ou d'un interrogatoire. De même, aucun document n'a été présenté pour établir que les témoins en question sont interrogés ou l'ont été. Les 26 autres annexes présentées par le Gouvernement kényan à l'appui de ses arguments ne portent pas directement sur le critère juridique requis par l'article 17-1-a du Statut.

66. La Chambre d'appel a souligné que la recevabilité de l'affaire doit être déterminée « sur la base des faits tels qu'ils existent au moment où se déroule la procédure relative à l'exception d'irrecevabilité ». Aussi, aucune information n'ayant été présentée par le Gouvernement kényan, avant le dépôt de la Réplique du 16 mai 2011, pour étayer son argument selon lequel des enquêtes sont *en cours* sur les trois suspects, la Chambre conclut à l'existence d'une situation d'inaction. Par conséquent, ayant fait une lecture littérale de la première partie de l'article 17-1-a du Statut, elle ne peut que conclure à la recevabilité de l'affaire. Il s'ensuit qu'il n'est pas nécessaire de procéder à l'examen du manque de volonté ou de l'incapacité de l'État kényan visés aux articles 17-2 et 17-3 du Statut. La Première Demande du Gouvernement kényan doit donc être rejetée.

PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE

- a) rejette** la Requête du 17 mai 2011 ;
- b) rejette** la Première Demande du Gouvernement kényan ;
- c) conclut** à la recevabilité de l'affaire ;
- d) ordonne** au Greffier de notifier la présente décision au Gouvernement de la République du Kenya.

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

/signé/

Mme la juge Ekaterina Trendafilova
Juge président

/signé/

M. le juge Hans-Peter Kaul

/signé/

M. le juge Cuno Tarfusser

Fait le lundi 30 mai 2011

À La Haye (Pays-Bas)