Document generated on 10/12/2024 5:07 a.m.

Revue québécoise de droit international
Quebec Journal of International Law
Revista quebequense de derecho internacional

QUATRE DÉTENUS EN RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO ENTENDUS À LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE : SAISINE INÉDITE ÉTABLISSANT LA PRIMAUTÉ DES DROITS DE L'HOMME INTERNATIONALEMENT RECONNUS LORS DE L'APPLICATION DU *STATUT DE ROME*

Émilie Fortin

Volume 24, Number 2, 2011

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1068280ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1068280ar

See table of contents

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)
2561-6994 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Fortin, É. (2011). QUATRE DÉTENUS EN RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO ENTENDUS À LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE : SAISINE INÉDITE ÉTABLISSANT LA PRIMAUTÉ DES DROITS DE L'HOMME INTERNATIONALEMENT RECONNUS LORS DE L'APPLICATION DU *STATUT DE ROME*. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, *24*(2), 53–89. https://doi.org/10.7202/1068280ar

Article abstract

The jurisprudence of the Trial and Appeal Chambers of the International Criminal Court (ICC) in the Lubanga and Katanga and Ngudjolo Chui cases has given rise to the Court's test for compliance with Article 21(3) of the *Rome Statute*. This test must be undertaken whenever the application of a provision of the *Statute* or a related instrument would be inconsistent with internationally recognized human rights, and establishes that Article 21(3) is held as paramount in regards to other provisions.

This jurisprudence follows the filing of motions for the ICC to delay the application of Article 97(3)(b) of the *Statute* and thereby allow four witnesses, detained in the Democratic Republic of Congo, to proceed with requests for asylum to the Dutch government — a matter unforeseen in the drafting of the *Statute*. These motions raised the question of whether an immediate application of this article would constitute a violation of the detained witnesses' rights to apply for asylum — embodied in multiple international instruments — and to fully enjoy the application of the non-refoulement principle — considered to be a norm of customary international law.

Aside from setting out the genesis of these motions and the legal reasoning of the Court's chambers, this article analyzes briefly the national and international legal obligations of the Dutch government in assessing the witnesses' claims and highlights the legal consequences and political effects of this novel jurisprudence.

Tous droits réservés © Société québécoise de droit international, 2011

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

QUATRE DÉTENUS EN RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO ENTENDUS À LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE : SAISINE INÉDITE ÉTABLISSANT LA PRIMAUTÉ DES DROITS DE L'HOMME INTERNATIONALEMENT RECONNUS LORS DE L'APPLICATION DU *STATUT DE ROME*[*]

Émilie Fortin[**]

Les Chambres de première instance et d'appel de la Cour pénale internationale (CPI) ont développé une toute nouvelle jurisprudence dans les affaires Lubanga et Katanga et Ngudjolo Chui établissant un test de conformité au regard de l'article 21(3) du Statut de Rome, désormais revêtu d'un statut supérieur. Ce test devra être effectué dès lors que l'application d'une disposition du *Statut*, ou d'une règle de ses instruments juridiques connexes, serait susceptible de porter atteinte aux droits de l'homme internationalement reconnus.

Ce courant jurisprudentiel a été développé suite au dépôt de requêtes sollicitant la suspension de l'application de l'article 93(7)(b), afin de permettre à quatre témoins, appelés devant la CPI et détenus en République Démocratique du Congo (RDC), de faire valoir leur demande d'asile auprès des autorités néerlandaises — une situation qui n'a pas été prévue par les fondateurs du *Statut de Rome*. Ces requêtes ont posé la question de savoir si une application immédiate de cet article constituait une violation des droits reconnus aux témoins détenus de présenter une demande d'asile — consacré par plusieurs instruments internationaux — et de bénéficier de l'application du principe de non-refoulement — reconnu comme norme de droit international coutumier.

En plus de développer la genèse desdites requêtes et le raisonnement juridique adopté par les Chambres, cet article analyse brièvement les obligations juridiques nationales et internationales du gouvernement néerlandais face aux demandes d'asile et met en lumière les conséquences juridiques et les effets politiques survenus suite à l'escalade de procédures engendrée par ces saisines.

The jurisprudence of the Trial and Appeal Chambers of the International Criminal Court (ICC) in the Lubanga and Katanga and Ngudjolo Chui cases has given rise to the Court's test for compliance with Article 21(3) of the *Rome Statute*. This test must be undertaken whenever the application of a provision of the *Statute* or a related instrument would be inconsistent with internationally recognized human rights, and establishes that Article 21(3) is held as paramount in regards to other provisions.

This jurisprudence follows the filing of motions for the ICC to delay the application of Article 97(3)(b) of the *Statute* and thereby allow four witnesses, detained in the Democratic Republic of Congo, to proceed with requests for asylum to the Dutch government — a matter unforeseen in the drafting of the *Statute*. These motions raised the question of whether an immediate application of this article would constitute a violation of the detained witnesses' rights to apply for asylum — embodied in multiple international instruments — and to fully enjoy the application of the non-refoulement principle — considered to be a norm of customary international law.

Aside from setting out the genesis of these motions and the legal reasoning of the Court's chambers, this article analyzes briefly the national and international legal obligations of the Dutch government in assessing the witnesses' claims and highlights the legal consequences and political effects of this novel jurisprudence.

---

[*] Cet article a été rédigé sur la base des documents publics disponibles jusqu'en date du 30 janvier 2012.

[**] Membre du Barreau du Québec depuis 2011, Me Emilie Fortin est titulaire d'un LL.B. de l'Université de Sherbrooke. Suite à ses expériences au sein de juridictions pénales internationales ainsi qu'auprès d'organismes œuvrant dans le domaine du droit international des réfugiés, elle a intégré cette année le Master de droit international à l'Institut de hautes études internationales et du développement à Genève. L'auteur tient d'abord à remercier Me Nathalie Leblanc de l'avoir encouragée à entreprendre la rédaction de cet article et de ses précieuses suggestions. Elle remercie également Me Andrea Valdivia, Me Marion Lanvers, Godefroid Bokolombe et Me Ghislain Mabanga Monga Mabanga de leurs judicieux commentaires lors de la relecture ainsi que de leur assistance quant au suivi des procédures devant la Cour pénale internationale. Enfin, elle tient à remercier la Professeur Marcelle Reneman pour son assistance dans la compréhension de la législation néerlandaise.

Plus d'une décennie s'est écoulée et pourtant, les équivoques d'interprétation du *Statut de Rome* (*Statut*) de la Cour pénale internationale (CPI) sont toujours sujettes à débat devant ses chambres en raison de saisines n'ayant pas été prévues par les fondateurs. Cette réalité s'harmonise avec leur intention qui, en incluant l'article 21(3) du *Statut*[1] établissant la hiérarchie du droit applicable, avait pour objectif de s'assurer

> […] *that the Statute is not treated as the definitive codification of international criminal law such that it operates to limit the application or development of international law outside the Statute*[2].

Il a récemment été possible d'assister à une interprétation libérale de l'article 21(3) qui, par ricochet, a entraîné l'inapplicabilité de l'article 93(7) du *Statut*[3] qui traite de la coopération entre la Cour et l'État requis dans le cadre du transfèrement d'une personne détenue à titre de témoin. En effet, en avril et en juin 2011, les Chambres de première instance II et I (Chambres) ont dû se prononcer sur deux requêtes, respectivement dans l'affaire de *Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*[4] et dans celle de *Thomas Lubanga Dyilo*[5], tendant à différer le retour de quatre témoins détenus en République Démocratique du Congo (RDC) et à faciliter les procédures d'asile auprès des autorités du Royaume des Pays-Bas et ce, tel que soumis dans lesdites requêtes, en tant que mesures de protection spéciales au sens de l'article 68(1) du *Statut*[6] et de la règle 88(1) du *Règlement de procédure et de preuve*[7].

---

1 *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 RTNU 3, art 21(3) [*Statut de Rome*] : « L'application et l'interprétation du droit prévues au présent article doivent être compatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnus et exemptes de toute discrimination fondée sur des considérations telles que l'appartenance à l'un ou l'autre sexe tel que défini à l'article 7, paragraphe 3, l'âge, la race, la couleur, la langue, la religion ou la conviction, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale, ethnique ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre qualité ».

2 Otto Triffterer, Kai Amboset al., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2e éd, Munich, Otto Triffterer, 2008 à la p 708.

3 *Statut de Rome*, *supra* note 1, art 93(7)(a).

4 *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui* [*Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*], ICC-01/04-01/07-2830-Conf., Requête tendant à obtenir présentations des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0326, DRC-D02-P-0228 aux autorités néerlandaises aux fins d'asile (12 avril 2011) (CPI, Conseil de permanence), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int> [Requête du 12 avril 2011], mentionnée par la Chambre de première instance II [Chambre II] dans *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2868, Ordonnance convoquant une conférence de mise en état (5 mai 2011) au para 11, note 15 (CPI, Chambre II) en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int>, [Ordonnance du 5 mai 2011].

5 *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo* [*Affaire Lubanga*], ICC-01/04-01/06-2745-Conf., Requête tendant à l'obtention des mesures de protection spéciales au profit du témoin DRC-D01-WWWW-0019 (1er Juin 2011) (CPI, Conseil de permanence), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int> [Requête du 1er juin 2011]. Ce document a été reclassifié « public » le 19 septembre 2011 et a été mentionné par la Chambre de première instance I [Chambre I] dans *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2766-Red, Redacted Decision on the request by DRC-D01-WWWW-0019 for special protective measures relating to his asylum application (4 juillet 2011), au para 11, note 16 (CPI, Chambre I) (Version expurgée déposée le 5 août 2011) en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int> [Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019].

6 *Statut de Rome*, *supra* note 1, art 68(1).

7 CPI, *Règlement de procédure et de preuve*, Doc. ICC-ASP/1/3, règle 88(1), 9 septembre 2002 [*Règlement de procédure et de preuve*].

En plus d'être une saisine complètement inédite, les décisions qui en ont résulté constituent un exemple éminent de l'indépendance de la Cour en tant qu'organisation internationale et, plus particulièrement, de celle de ses juges[8]. Les complications juridiques et les effets politiques n'ont certainement pas échappé à ce développement jurisprudentiel qui confirme que l'applicabilité du *Statut de Rome* ainsi que de ses instruments juridiques connexes sont limités au respect des droits de l'homme internationalement reconnus accordant ainsi un statut supérieur à l'article 21(3).

L'exposé de la genèse des requêtes aux fins d'asile (I) est nécessaire pour la compréhension des multiples obstacles juridiques qui sont survenus suite à leur présentation et des impacts qui ont résulté des décisions audacieuses rendues en première instance (II).

I. Genèse des requêtes aux fins d'asile

Cette première partie, qui dessine la genèse des requêtes aux fins d'asile présentées aux Chambres, étale d'abord les démarches initiales entreprises par les Équipes de Défense en vue d'organiser la comparution de témoins détenus par les autorités congolaises (A) puis se concentre plus spécifiquement au fondement factuel et juridique qui sous-tend ces deux saisines (B). À cette fin, les développements de cette partie sont principalement fondés sur la Conférence de mise en état[9] et sur les diverses écritures publiques qui ont permis à toutes les parties et les participants de s'exprimer sur cette question.

A. Démarches initiales prescrites par le *Statut* et le Règlement de procédure et de preuve : Transfert de témoins « détenus » de Kinshasa à La Haye

En janvier 2011, la Chambre de première instance II (Chambre II) avait, à l'issue de deux décisions[10], fait droit à la requête de la Défense de M. Katanga visant à

---

8 Cette assertion est plus amplement explicitée dans la section « Décisions unanimes des Chambres I et II : Impacts potentiels et avérés ». *Statut de Rome*, *supra* note 1, Préambule sous « Déterminés » et art 40. Voir aussi : CPI, *Code d'éthique judiciaire*,ICC-BD/02-01-05, art 3(1) (entrée en vigueur : 9 mars 2005). Et ce, malgré les doutes évoqués par certains auteurs. Voir à cet effet : Jean Flamme, « L'affaire *Lubanga* au stade préliminaire devant la Cour pénale internationale : une primeur historique, également pour les droits de l'homme et les droits de la défense ?» (2010) RQDI 133 à la p 145.

9 *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-T-258-FRA ET WT, Conférence de mise en état (12 mai 2011) (CPI, Chambre II), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int> [Conférence de mise en état].

10 *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2640-Red3, Version publique expurgée de « Décision relative à la requête de la Défense de Germain Katanga visant à obtenir la coopération de la République Démocratique du Congo en vue de la comparution de témoins détenus » (ICC-01/04-01/07-2640-Conf-Exp) (7 janvier 2011, document rendu public le 3 mai 2011) (CPI, Chambre II), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int> [Décision du 7 janvier 2011]; *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2660-Red 3, Version publique expurgée de « Décision relative à la requête de la Défense de Germain Katanga tendant à l'amendement de la décision sur sa requête visant à obtenir la coopération de la République Démocratique du Congo en vue de la comparution de témoins détenus »

obtenir la coopération de l'État congolais en vue de la comparution en personne à La Haye de trois témoins, détenus par la RDC, conformément à l'article 93(7) du *Statut*[11]. Chacun s'est vu attribuer un pseudonyme numérique, soit 228, 236, 350. Parmi ces trois témoins[12], le témoin 236 a également été appelé par la Défense de Mathieu Ngudjolo Chui[13]. Quant à l'affaire *Lubanga*, la Défense a, par un procédé similaire, demandé à la Chambre de première instance I (Chambre I) le transfert du témoin 19, aussi détenu par la RDC, en prévision de sa comparution volontaire[14]. Ces pseudonymes seront également utilisés dans cet article afin d'en faciliter la lecture.

Eu égard à la nature confidentielle des démarches initiales qui ont pu être engagées dans le cadre de l'affaire *Lubanga* et qui n'ont pas été dévoilées dans la Décision de la Chambre I, nous nous attarderons exclusivement sur le déroulement procédural développé dans l'affaire *Katanga et Ngudjolo Chui*.

La comparution par vidéoconférence depuis le centre pénitentier de Kinshasa aurait pu être une alternative vu les circonstances[15]. Or, la Défense de M. Katanga a convaincu la Chambre II de la pertinence et de la nécessité que les témoignages soient entendus en présence de tous. Cette dernière a ainsi tenu à spécifier :

> […] eu égard aux droits de l'accusé, consacré par l'article 67-1-e du Statut, d'obtenir la comparution des témoins à décharge dans les mêmes conditions que celle[s] des témoins à charge, il [appartient à la Chambre], conformément à l'article 64-2 dudit Statut et afin de permettre à la Défense d'exercer ses droits, de demander au gouvernement de la RDC le transfèrement temporaire des personnes détenues concernées comme le prévoit l'article 93-7-a du Statut.[16]

(ICC-01/04-01/07-2660-Conf-Exp) (25 janvier 2011, document rendu public le 3 mai 2011) (CPI, Chambre II), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int> [Décision du 25 janvier 2011].

11 *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2585-Conf-Exp-Corr, Corrigendum of the Urgent Defence Request to Call Detained Defence Witnesses and for Cooperation from the DRC (8 décembre 2010) (CPI, Défense de M. Katanga), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int> [Requête corrigée de la Défense de M.Katanga du 8 décembre 2010]; *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2659-Conf-Exp, Urgent Defence Request to Vary the Chamber's Décision relative à le Requête de la Défense de Germain Katanga visant à obtenir la coopération de la République démocratique du Congo en vue de la comparution de témoins détenus, (21 janvier 2011) (CPI, Défense de M.Katanga), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int> [Requête de la Défense de M.Katanga du 21 janvier 2011], toutes les deux citées par la Chambre II dans l' Ordonnance du 5 mai 2011, *supra* note 4 à la note 1 et 2.

12 Les pseudonymes attribués par l'Équipe de la défense de M. Katanga sont : « DRC-D02-P-0350; DRC-D02-P-0236; DRC-D02-P-0228; DRC-D02-P-0214 ».

13 Le pseudonyme attribué par l'Équipe de la défense de M. Ngudjolo Chui est « DRC-D03-P-0011 ».

14 Ce témoin a été transféré avec les trois autres témoins de la Défense de M. Katanga, à savoir les témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0228 et DRC-D02-P-0236. Voir à cet effet : Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 aux para 1-2.

15 Et ce en application de l'article 68(2) du *Statut de Rome*. D'ailleurs, les autorités congolaises, dans le cadre de leurs observations soumises en date du 7 juin 2011 dans l'*Affaire Lubanga*, ont souligné : « qu'elles ont accepté de bonne foi le transfèrement temporaire des témoins, et soulignent qu'elles auraient pu exiger une autre procédure, par exemple la déposition par vidéoconférence. »; *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2751-Conf-Anx, Observations des autorités congolaises en relation avec le témoin DRC-D01-WWWW-0019 (7 juin 2011) au para 9 (CPI, RDC), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int> [Annexe aux observations de la RDC du 7 juin 2011], mentionnées par la Chambre I dans Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5, au para 22, note 40.

16 Décision du 7 janvier 2011, *supra* note 10 au para 6.

Outre les dispositions relatives à la mise en place des mesures de coopération, la Défense avait, à la première occasion, porté à la connaissance de la Chambre les craintes partagées par les témoins détenus relativement à leur sécurité[17]. En effet, elle avait fait notamment état de sérieuses préoccupations quant à la situation des prisonniers au sein de la prison centrale de Kinshasa :

> *The Defence devoted significant time discussing the security concerns of the potential defence witnesses. The prisoners, who have been held in custody for almost six years without charge, have a serious concern that their situation in prison will deteriorate as a result of giving testimony in The Hague. All the detained persons met by the Defence implicate, to a greater or lesser extent, the government in Kinshasa in the attack of Bogoro. Accordingly, they fear retaliation from the DRC authorities who will necessarily have to be informed of their testimony in The Hague.*[18]

Aux vues des craintes exprimées par les témoins et de leur situation particulièrement vulnérable, la Chambre II a fait droit à la demande de la Défense d'octroyer des mesures de protection[19] dont la détermination a été, tel que l'édicte le *Statut*, confiée à l'Unité de protection des victimes et des témoins (VWU)[20]. Il est ainsi revenu à cette dernière d'évaluer les conditions de transfèrement afin de proposer un ensemble de mesures à la fois « adéquates et cohérentes »[21].

En exécution des deux décisions susmentionnées[22] et conformément à l'article 93(7) a) du *Statut*, le Greffe déposa un premier rapport en date du 22 février 2011. Ce rapport détaillait les préoccupations que les trois témoins ont exprimées, notamment les :

> [TRADUCTION] raisons de leur retour en RDC après leur comparution en tant que témoins; […] la possibilité de soulever devant la Cour la question de leur détention en RDC et le fait qu'ils sont détenus depuis plus de cinq ans sans avoir été jugés; […] leur protection personnelle dans la prison centrale avant et après leur transfèrement à La Haye; […] la protection des membres de leur famille avant et après leur transfèrement à La Haye; […] la question de savoir si les autorités de la RDC auraient accès à la transcription de leur témoignage[23].

---

17 Requête corrigée de la Défense de M. Katanga du 8 décembre 2010, *supra* note 11 au para 16; Requête de la Défense de M. Katanga du 21 janvier 2011, *supra* note 11 au para 4.

18 Requête de la Défense de M. Katanga du 21 janvier 2011, *supra* note 11 au para 4. Voir également le passage du témoignage du témoin 350 où il évoque qu'il n'a toujours pas été jugé : *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-T-253-FRA ET WT, Témoignage du témoin 350 (2 mai 2011) à la p 34, lignes 25-27 et à la p 35, lignes 1-10 (CPI, Chambre II) en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int>.

19 Et ce, sur la base de l'article 68(1) du *Statut*. Décision du 7 janvier 2011, *supra* note 10 au para 11.

20 L'Unité de protection des victimes et des témoins constitue une division au sein du Greffe. Voir à cet effet : *Statut de Rome*, *supra* note 1 art 43(6) et 68(4). *Règlement de procédure et de preuve*, *supra* note 7 règle 87(1).

21 Décision du 7 janvier 2011, *supra* note 10 au para 12.

22 *Ibid*, Dispositif; Décision du 25 janvier 2011, *supra* note 10, Dispositif.

23 *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2724-Conf-Exp, Registry's report on the execution of Decisions 2640 and 2660 (22 février 2011) (CPI, Greffe), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int> [Rapport du Greffe du 22 février 2011], cité dans *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2952-tFRA, Ordre de fournir des assurances supplémentaires concernant la sécurité de DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 et DRC-D02-P-0350 (24 mai 2011) au para 5, note 10 (CPI,

Au regard de la nature incriminante de leur déposition, la Défense de M. Katanga a demandé, le 25 février 2011[24], l'assurance que les témoins ne seront pas poursuivis « pour un acte ou une omission antérieurs à [leur] départ de l'État requis »[25]. C'est dans ce contexte que Me Ghislain Mabanga Monga Mabanga[26] a été désigné comme Conseil de permanence (Conseil) auprès des témoins détenus en date du 1er mars 2011[27]. En effet, conformément à la décision orale de la Chambre I du 28 janvier 2009[28] qui repose sur l'article 93(1)e) du *Statut* et la règle 74(2) et (3)c) du *Règlement de procédure et de preuve*, dès lors qu'un témoin, détenu ou non, risque de s'auto-incriminer un avocat doit lui être désigné. Cette décision est une première en ce qu'elle permet une assistance systématique du témoin par un conseil en matière d'auto-incrimination. Une telle situation est inconnue des Tribunaux *ad hoc*[29] et même d'autres juridictions pénales internationales tel que le Tribunal spécial pour le Liban[30].

Dans le cadre du second rapport du Greffe, le 10 mars 2011, une lettre du ministre de la justice de la RDC a été déposée. Il y exprimait que l'État congolais « encourage[ai]t » la mise en œuvre de mesures prévues par la règle 74, et notamment :

> le prononcé du huis-clos; la non-divulgation de l'identité du témoin et du contenu de sa déposition, la mise sous scellés des transcriptions des audiences et le prononcé de mesures de protection pour garantir que l'identité du témoin et le contenu de sa déposition ne seront pas divulgués.[31]

et ce « [TRADUCTION] en raison de considérations de sécurité nationale, y compris le maintien de l'ordre public en Ituri »[32].

Chambre II), <http://www.icc-cpi.int> [Ordre de la Chambre II du 24 mai 2011].

24 *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2738-Red, Redacted Defence Disclosure of the Names of Four Defence Witnesses (25 février 2011) au para 3 (CPI, Défense de M. Katanga), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int>.

25 *Statut de Rome*, *supra* note 1, art 93(2). Voir également *Règlement de procédure et de preuve, supra* note 7, règles 74(4) et 191.

26 Avocat au Barreau de Paris et conseil à la Cour pénale internationale, Ghislain Mabanga Monga Mabanga est chargé d'enseignement à l'Université Paris Ouest – Nanterre La Défense. Il prépare une thèse sur « le témoin assisté devant la Cour pénale internationale ».

27 Ordonnance du 5 mai 2011, *supra* note 4 au para 5. En ce qui concerne le témoin 19 de la Défense de Lubanga, ce même Conseil aurait été nommé le 25 mai 2011 : Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5, au para 9.

28 *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-T-110-Red-FRA CT WT, Décision orale au sujet de différentes questions ayant trait à l'auto-incrimination (28 janvier 2009) à la p 1, ligne 12 à la p 5, ligne 22 (CPI, Chambre I), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int>.

29 Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Règlement de procédure et de preuve*, 29 juin 1995, version consolidée (14 mars 2008), art 90(e). Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Règlement de procédure et de preuve*, 11 février 1994, version consolidée (28 août 2012), IT/32/Rev.47, art 90(e).

30 Tribunal spécial pour le Liban, *Règlement de procédure et de preuve*, 20 mars 2009, version consolidée (8 février 2012), STL/BD/2009/01/Rev.4, art 150 (f).

31 *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2767-Conf-Exp-Anx1, Registry's transmission of observations received from the DRC authorities (10 mars 2011) au para 12 (CPI, Greffe), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int> mentionnée dans Ordre de la Chambre II du 24 mai 2011, *supra* note 23 au para7, note 14.

32 Rapport du Greffe du 22 février 2011, *supra* note 23 cité par la Chambre II dans Ordonnance du 5 mai 2011, *supra* note 4 au para 7, note 12.

Contrairement aux souhaits exposés par la RDC et dans une optique de publicité des débats, tel que le préconise la Cour[33], les Équipes de Défense ont demandé respectivement le 21[34] et le 25[35] mars 2011, le retrait des mesures de protection procédurales pour que les témoignages soient diffusés en audience publique. Ce changement de dernière minute a certainement eu un impact sur les mesures de protection qui leur ont ultérieurement été octroyées[36] et sur la visibilité de l'affaire[37]. La Chambre I précise que ce changement ne saurait décrédibiliser une demande ultérieure de protection, contrairement à ce que l'Accusation soutient. Elle ajoute qu'elle « encourage les témoins à déposer en audience publique et elle se refuse à interpréter la coopération d'un témoin à cet égard comme indiquant qu'une demande ultérieure de protection serait injustifiée. »[38].

Déstabilisée par cette situation atypique, la VWU a pour sa part souligné que le statut de « détenu » des témoins l'empêchait d'appliquer la procédure standard de protection plutôt élaborée pour des témoins en liberté[39]. Malgré leurs efforts pour développer des mesures de protection adaptées à la situation particulière desdits

---

33 *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1667-Red, Ordonnance relative aux mesures de protection de certains témoins cités à comparaître par le Procureur et par la Chambre (règle 87 et 88 du *Règlement de procédure et de preuve*) (9 décembre 2009) au para 8 et 9 (CPI, Chambre II), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int> [Ordonnance en vertu des règles 87 et 88 du *Règlement de procédure et de preuve* du 9 décembre 2011].

34 *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2790-Conf, Defence Observations on the Protective Measures for DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236 and DRC-D02-P-0228 (21 mars 2011) (CPI, Défense de Germain Katanga), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int> [Observations de la Défense de M.Katanga du 21 mars 2011], mentionnées dans Ordre de la Chambre II du 24 mai 2011, *supra* note 23 au para 10, note 17.

35 *Affaire Lubanga*, Courriel électronique adressé par la Défense à la Chambre par l'intermédiaire d'un juriste de la Section de première instance le 25 Mars 2011 (25 mars 2011) (CPI, Défense de Lubanga) mentionné par la Chambre I dans Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 au para 4, note 3.

36 *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-3033-tFRA, Décision relative à la sécurité de trois témoins détenus ayant comparu devant la Cour (article 68 du *Statut de Rome*), et Ordonnance visant à obtenir la coopération et l'aide de la République Démocratique du Congo aux fins d'assurer leur protection en application de l'article 93-1-j du *Statut* (22 juin 2011) au para39 (CPI, Chambre II), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int> [Décision du 22 juin 2011].

37 Cet aspect a été soulevé tant par le Bureau du Procureur (Procureur) que par le Greffe : Conférence de mise en état, *supra* note 9 à la p 38, lignes 17-22; *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2989, Rapport du Greffe soumis en vertu de l'Ordonnance ICC-01/04-01/07-2952 (7 juin 2011) au para 12 (CPI, Greffe), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int> [Rapport du Greffe du 7 juin 2011].

38 Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 au para 67.

39 *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2799-Conf, Victims and Witnesses Unit's report on the 'Defence Observations on the Protective Measures for DRC-D02-P0350, DRC-D02-P-0236 and DRC-D02-P-0228' (ICC01/04-01/07-2790-Conf) (25 mars 2011) au para 3 (CPI, Greffe), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int> [Rapport de la VWU du 25 mars 2011], cité dans Ordre de la Chambre II du 24 mai 2011, *supra* note 23 au para 12, note 24 : « [TRADUCTION] ni le Greffe ni la Cour n'ont le pouvoir d'exercer une influence sur la manière dont les autorités de la RDC administrent un établissement pénitentiaire national ».

témoins[40], elles ne semblent pas *a priori* calmer leurs inquiétudes[41].

Entre le dépôt des demandes de coopération et leur arrivée à La Haye, le 27 mars 2011[42], nul ne pouvait prévoir les deux requêtes inattendues qui ont été soumises aux Chambres en avril et juin. Cette éventualité, n'ayant pas été prévue par les fondateurs du *Statut de Rome*, a de toute évidence déstabilisé tout autant les juges que les parties et participants.

B. Saisine inédite : Fondement factuel et juridique

Le 12 avril et le 1er juin 2011, par l'intermédiaire du Conseil qui leur avait été assigné, les témoins ont déposé, et ce suivant plusieurs rapports et observations déposés par eux-mêmes, les Équipes de la Défense et le Greffe (la plupart

---

40 *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, Rapport de la VWU du 25 mars 2011, *supra* note 39 au para 5, mentionné dans Ordre de la Chambre II du 24 mai 2011, *supra* note 23 au para 12, note 25: « Elle y indiquait cependant avoir l'intention de rester en contact régulier avec les témoins pendant une longue période, pour s'assurer que leur comparution ne les expose pas à un préjudice. Elle se proposait également de se mettre en rapport avec le Comité International de la Croix-Rouge (CICR) au sujet de la situation particulière de ces trois témoins ».

41 Voir à cet effet : *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-T-346-FRA ET WT, Témoignage du témoin 19 (7 avril 2011) à la p 54, lignes 11-16 (CPI, Chambre I), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int> ; *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2762-Conf, Observations du témoin DRC-D01-WWWW-0019 en rapport avec l' « Order on the application from DRC-D01-WWWW-0019 of 1 June 2011 » (15 juin 2011) au para 29-33 (CPI, Conseil de permanence), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int> [Observations du témoin 19 du 15 juin 2011], mentionnées par la Chambre I dans Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019*supra* note 5 au para 58, note 109 et Requête du 1er juin 2011, *supra* note 5 au para 25-27, mentionnée par la Chambre I dans Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 au para 18, note 34. Voir également : *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-T-253-FRA ET WT, Témoignage du témoin 228 (2 mai 2011)à la p 16, lignes 15-21 (CPI, Chambre II), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int>; *Affaire Katanga et Ndgudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2861-Conf., Observations des témoins DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228, DRC-D02-P-0350 en réponse aux « Observations du Greffe en relation avec la Requête ICC-01/04-01/07-2830-Conf. » (4 mai 2011) aux para 5-10 (CPI, Conseil de permanence [Observations des témoins 236, 228 et 350 du 4 mai 2011], mentionnées par la Chambre II dans Ordre de la Chambre II du 24 mai 2011, *supra* note 23 au para 23, note 44 et *Affaire Katanga et Ndgudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2923-Conf, Observations des témoins DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228, DRC-D02-P-0350 en réponse aux Observations complémentaires nº 2900 du Greffe (20 mai 2011) au para 8 (CPI, Conseil de permanence), mentionnées par la Chambre II dans Ordre de la Chambre II du 24 mai 2011, *supra* note 23 au para 28, note 53.

42 Ordre de la Chambre II du 24 mai 2011, *supra* note 23 au para 13. Voir également : Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 au para 1.

confidentiels)[43], une requête, dans chacune des deux affaires[44], pour qu'ils soient « présentés » aux autorités néerlandaises aux fins d'asile.

Ces requêtes n'ont à aucun moment eu pour objectif d'élargir les prérogatives de la Cour en lui demandant de statuer sur l'admissibilité des témoins détenus au statut de réfugié[45], mais elles induisaient plutôt deux démarches, tel que l'a clarifié le juge président de la Chambre II :

> la première démarche : différer la mise en œuvre de l'article 93-7 qui impose à la Cour, une fois un témoignage effectué, de renvoyer les témoins concernés en République Démocratique du Congo, puisqu'au cas présent, c'est cet État qui est concerné; et […] la deuxième conséquence du verbe " présenter ", une fois qu'on l'a différé, ce serait […] la remise aux autorités néerlandaises, afin que puisse se développer éventuellement une procédure de demande d'asile […].[46]

Les conclusions recherchées par le Conseil dans les deux requêtes n'étaient, logiquement, pas identiques considérant que celle pour le témoin 19 a été déposée ultérieurement. Il a certainement opté pour une approche plus ambitieuse dans sa deuxième écriture en sollicitant que :

> d) la Cour coopère avec les autorités néerlandaises dans le cadre de la procédure de la demande d'asile, notamment en fournissant une évaluation objective des risques que courrait l'intéressé s'il était renvoyé en RDC; et e) si la Chambre admet que l'intéressé court un risque, elle coopère avec le Haut-Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés aux fins de faciliter

---

43 Dans le cadre de l'*Affaire Katanga et Ngudjolo Chui* plusieurs écritures confidentielles, toutes mentionnées par la Chambre II dans l'Ordonnance du 5 mai 2011, *supra* note 4 qui est publique, ont été soumises à la Chambre II avant la requête du 12 avril 2011. Voir les notes 6-14 : Rapport du Greffe du 22 février 2011, *supra* note 23; *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2770-Conf., Disclosure of Additional Information on the Defence Witnesses (14 mars 2011) (CPI, Défense de M.Katanga); Observations de la Défense de M.Katanga du 21 mars 2011, *supra* note 34; Rapport de la VWU du 25 mars 2011, *supra* note 39; *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-T-242-CONF-FRA ET, Décision orale de la Chambre II (30 mars 2011) à la p 19, ligne 7-22 (CPI, Chambre II); *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2812-Conf, Observation du témoin DRC-D02-P-0228 sur la mise en œuvre de l'article 93-2 du *Statut* et des règles 191 et 74 et demande de mesures spéciales sur pied de la règle 88 du *Règlement* (1er avril 2011) (CPI, Conseil de permanence). Quant à l'*Affaire Lubanga*, quelques écritures confidentielles ont été dévoilées par la Chambre I dans la Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 qui est publique à ses notes 1, 10 et 14 : Annexe aux observations de la RDC du 7 juin 2011, *supra* note 15; *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2732-Conf-Exp, Report of the Registrar on the matters raised by witness DRC-D01-WWWW-0019 (9 mai 2011) (CPI, Greffe); *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2742-Conf-Exp., Implementation of Presidency Decision ICC-01/04-01/07-2971-Conf-Exp (31 mai 2011) (CPI, Greffe) [Mise en œuvre par le Greffe de la Décision 2971].

44 Requête du 12 avril 2011, *supra* note 4 mentionnée par la Chambre II dans Ordonnance du 5 mai 2011, *supra* note 4 au para11, note 15. Requête du 1er juin 2011, *supra* note 5, mentionnée par la Chambre I dans Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 au para 11, note 16.

45 *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-3003, Décision sur une requête en *amicus curiae* et sur la « requête tendant à obtenir présentations des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 aux autorités néerlandaises aux fins d'asile » (articles 68 et 93-7 du *Statut*) (9 juin 2001) aux para 24 et 55 (CPI, Chambre II) , en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int> [Décision des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228].

46 Conférence de mise en état, *supra* note 9 à la p 11, lignes 16-24. Le Juge Cotte, juge président, résumait l'exposé du Conseil de permanence sur cette question.

> la procédure de demande d'asile[47]
>
> au lieu de se limiter simplement à
>
> (4) ordonne[r] la remise des témoins aux autorités néerlandaises afin que celles-ci soient en mesure d'exercer leur compétence et que la procédure de demande d'asile puisse se développer devant elles.[48]

comme ce fut le cas dans la première requête. Le témoin 19 a ainsi bénéficié des procédures analogues accomplies dans l'affaire *Katanga et Ngudjolo Chui*[49].

Dans un objectif d'éclaircissement, la Chambre II a convoqué une Conférence de mise en état[50] pour prendre une décision « en toute connaissance de cause »[51]. Cette Conférence, tenue publiquement, a exposé clairement le fondement de l'argumentation de chacune des parties et participants, notamment celui de l'État hôte[52]. Plusieurs points de droit irrésolus qui découlaient de la première requête ont pu

---

47 *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2760-Conf, Observations du Conseil de permanence sur l'état de santé du témoin DRC-D01-WWWW-0019 (10 juin 2011) au para 9 (CPI, Conseil de permanence), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int>, renvoyant à la Requête du 1er juin 2011, *supra* note 5 au para 32. Ce document a été reclassifié « public » le 19 septembre 2011 et a été mentionné par la Chambre I dans Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 au para 55, note 100.

48 Décision des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228, *supra* note 45 au para 55.

49 Et plus particulièrement en ce qui concerne les Observations que le Conseil de permanence a soumis le 15 juin 2011 avec l'autorisation de la Chambre I, soit une semaine suivant la Décision rendue dans l'*Affaire Katanga et Ngudjolo Chui* : Observations du témoin 19 du 15 juin 2011, *supra* note 41, qui ont été mentionnées et explicitées par la Chambre I dans sa Décision aux para 56 à 59.

50 Conférence de mise en état, *supra* note 9.

51 Suite à la Requête du Conseil de permanence, ce dernier, le Greffe et la Défense de Germain Katanga ont respectivement déposé leurs observations avant la tenue de la Conférence de mise en état. Elles ont d'ailleurs toutes été mentionnées par la Chambre II dans son Ordonnance publique du 5 mai 2011, *supra* note 4 aux notes 17-21 : *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2836-Conf., Defence observations on « Requête tendant à obtenir présentations des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0326, DRC-D02-P-0228 aux autorités néerlandaises aux fins d'asile (ICC-01/04-01/07-2830-Conf.) of 12 April 2011 (15 avril 2011) (CPI, Défense de M.Katanga), [Observations de la Défense de M.Katanga sur la Requête du 12 avril 2011]; *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2849-Conf., Observations du Greffe en relation avec la Requête ICC-01/04-01/07-2830-Conf. (21 avril 2011) (CPI, Greffe); *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2858-Conf., Observations complémentaires du Greffe en relation avec la Requête ICC-01/04-01/07-2830-Conf. (3 mai 2011) (CPI, Greffe); Observations des témoins 236, 228 et 350 du 4 mai 2011, *supra* note 41; *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2865-Conf-Exp, Observations du Conseil de permanence sur l'instruction de la Chambre du 2 mai 2011 relative aux courriers du témoin DRC-D02-P-0228 (5 mai 2011) (CPI, Conseil de permanence). Le Conseil de permanence a également déposé la veille de la Conférence de mise en état une communication urgente : *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2886, Communication des pièces des témoins DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 et DRC-D02-P-0350 en prévision de la Conférence de mise en état du 12 mai 2011 (11 mai 2011) (CPI, Conseil de permanence),en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int> [Communication du Conseil de permanence du 11 mai 2011].

52 Toutefois, la République Démocratique du Congo n'avait pas été invitée à cette Conférence. Le Juge président s'explique ainsi : « […] il est important de rappeler […] que nous ne sommes pas actuellement dans un débat sur le bien-fondé d'une demande d'asile, débat dans lequel il pourra sembler nécessaire, voire même indispensable, de disposer du point de vue de l'État congolais. […] il est nécessaire que l'État congolais comprenne bien que nous sommes là […] à un stade de recueil d'informations pour être en mesure de statuer sur une requête que nous n'avons pas provoquée, mais que nous avons reçue et que nous ne pouvons pas écarter d'un revers de main. Et je suis certain que

y être discutés et débattus par tous.

Dans l'affaire *Lubanga*, la Chambre I a plutôt ordonné au Bureau du Procureur, au Greffe et à la Défense de déposer des conclusions écrites

> consacrées à : 1) l'évaluation de tout risque que pourrait courir ce témoin de la Défense s'il retournait en RDC; et 2) la question de savoir si le témoin a ou non le droit de présenter une demande d'asile.[53]

Concernant la position de l'État hôte quant au contentieux d'asile du témoin 19, outre ses observations jointes à une écriture du Greffe en date du 7 juin 2011[54], les juges se sont principalement inspirés de ce qui a été exprimé par la représentante des Pays-Bas lors de cette Conférence[55].

Dans le cadre des deux affaires, le Conseil s'est, d'entrée de jeu, prononcé sur les différents risques que courent les détenus en RDC; d'une part, les risques liés, plus généralement à la méconnaissance par la RDC des droits de l'homme internationalement reconnus[56]; et d'autre part, ceux qui découlent de leur collaboration avec la CPI[57]. Quoiqu'une distinction théorique soit primordiale, force est de constater qu'au plan pratique nul ne peut ignorer l'impact que l'un peut avoir sur l'autre. D'ailleurs, à aucun moment, le Conseil n'avait envisagé que la Cour puisse protéger les témoins parce qu'ils risquent la violation de leurs droits indépendamment de leur témoignage à La Haye. Il prétend plutôt que leur demande est intrinsèquement liée à leur déposition :

> […] les violations des droits de l'homme indépendamment de leur déposition… vaut [sic] *a fortiori*, à partir du moment où [les témoins détenus] ont pris le risque et le courage de témoigner ouvertement contre le président Kabila[58].

---

l'État congolais a également bien compris […] que la Cour ne prend pas partie à cet instant sur les risques allégués […]». Conférence de mise en état, *supra* note 9 de la p 43, ligne 21 à la p 44, ligne 9.

53 *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2749-Conf, Order on the application from DRC-D01-WWWW-0019 of 1 June 2011 (3 juin 2011) (CPI, Chambre I), mentionné par la Chambre I dans Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 au para 12, note 17.

54 *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2755-Conf; avec annexes confidentielles, ICC-01/04-01/06-2755-Conf-Anx2 et ICC-01/04-01/06-2755-Conf-Anx3, Observations of the Host State pursuant to Decision ICC-01/04-01/06-2749-Conf (7 juin 2011) (CPI, Gouvernement du Royaume des Pays-Bas [Pays-Bas]) mentionnées par la Chambre I dans Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 au para 33, note 61.

55 À la lumière de la note 62 dans la Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, il semble que l'écriture de l'État hôte du 7 juin faisait elle-même référence à la transcription de la Conférence de mise en état du 12 mai 2011. La Chambre I a donc pris la liberté de s'y référer à maintes reprises: Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 aux notes 12, 64, 65, 67-74, 131, 132, 133, 137-139, 141.

56 Conférence de mise en état, *supra* note 9 à la p 16, lignes 23-25. Voir également : Requête du 1er juin 2011, *supra* note 5 au para 18-23, mentionnée par la Chambre I dans Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 au para 17, notes 29-31.

57 Conférence de mise en état, *supra* note 9 à la p16, lignes 21-22. Voir également : Requête du 1er juin 2011, *supra* note 5 au para 1 et 14, mentionnée par la Chambre I dans Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 au para 16, note 25.

58 Conférence de mise en état, *supra* note 9 à la p 27, lignes 11-22.

1. Appréhensions du Conseil de Permanence quant à la sécurité des témoins à leur retour en RDC

Selon le Conseil, considérant la teneur des dépositions de chacun des témoins[59] au regard de l'implication des autorités congolaises dans les conflits ayant eu lieu en Ituri[60], combinée au rôle dévolu au Président de la République au sein de la structure militaire congolaise, il est fort probable que les autorités puissent craindre que les déclarations qui ont été faites devant la Cour mènent à l'ouverture d'une enquête[61] par le Bureau du Procureur[62]. Les propos incriminants[63] que les témoins ont évoqués peuvent aussi pousser l'État congolais à vouloir « éliminer des personnes qui pourraient servir de témoins à charge contre eux »[64].

À cet égard, le Conseil a tenu à citer l'une des écritures du Bureau du Procureur lors de la Conférence de mise en état qui énonce :

> *that an assurance against self-incrimination means only that his testimony will not be used against him. However, the evidence of any or all of the four intended Defence witnesses could be used by the Prosecution against other individuals*.[65]

---

59 Voir à cet effet: Requête du 1er juin 2011, *supra* note 5 au para 8 et 10-23, mentionnée par la Chambre I dans Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 au para 15, notes 20-23. Voir également les propos du Conseil : Conférence de mise en état, *supra* note 9 de la p17, ligne 17 à la p 19, ligne 9 qui ont été repris par la Chambre II dans la Décision des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0326 et DRC-D02-P-0228, *supra* note 45 au para 28, notes 50-51.

60 Ce sont des allégations qui ont été abordées en public mais dont le fondement et l'origine sont confidentiels.

61 Ici, le Conseil fait référence à l'ouverture d'une enquête par le Procureur en vertu des articles 15(1) et 28 du *Statut*.

62 Conférence de mise en état, *supra* note 9, à la p18, lignes 3-7. Voir également, Requête du 1er juin 2011, *supra* note 5 au para 1 et 14-18, mentionnée par la Chambre I dans Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 au para 16, notes 24-26.

63 À cet égard, voir notamment les passages de la déposition du témoin 236 en réponse aux questions posées par le Juge président : *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-T-247-FRA ET WT, Témoignage du témoin 236 (14 avril 2011)aux p76, lignes 24-28 et p 77, lignes 1-12 (CPI, Chambre II), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int>; *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-T-248-FRA ET WT, Témoignage du témoin 236 (15 avril 2011)à la p 5, lignes 17-25 (CPI, Chambre II), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int>. Voir également un passage de la déposition du témoin 350 en réponse à une question du conseil de la Défense de Germain Katanga : *Affaire Katanga,* ICC-01/04-01/07-T-253-FRA ET WT, Témoignage du témoin 350 (2 mai 2011)à la p 34, lignes 14-22 (CPI, Chambre II), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int>. Aussi, la Défense de Germain Katanga avait soulevé cet aspect dans : *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2924-Conf, Defence Observations on 'Observations complémentaires du Greffe au sujet de la « Requête tendant à obtenir présentation des témoins DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 et DRC-D02-P-0350 aux autorités néerlandaises aux fins d'asile » (20 mai 2011) au para 24 et 25 (CPI, Défense de M. Katanga), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int>, mentionnées dans Ordre de la Chambre II du 24 mai 2011, *supra* note 23 au para29, note 61. Voir également : Requête du 1er juin 2011, *supra* note 5 aux para 8 et 10-13, mentionnée par la Chambre I dans Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 au para 15, notes 21-23.

64 Conférence de mise en état, *supra* note 9 à la p 19, lignes 7-9.

65 *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2757, Prosecution's Observations pursuant to Rules 74(4) and 191 (4 mars 2011) à la p 3 (CPI, Procureur), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int>. Ce document a été reclassifié « public » le 23 mars 2011.

Malgré le fait que les témoins soient protégés contre l'auto-incrimination[66], il n'en demeure pas moins que l'Accusation pourrait utiliser ces éléments contre des tiers[67].

Dans le cadre de l'affaire *Katanga et Ngudjolo Chui*, le Conseil a soumis plusieurs pièces provenant de sources tant formelles qu'informelles[68]. L'une d'entre elles, particulièrement révélatrice, provient du Rapporteur spécial du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, Philip Altson, dans le cadre de sa mission effectuée en RDC en 2009. Le Rapporteur fait état du « grave problème des violations des droits de l'homme commises pour des raisons politiques »[69].

Le Conseil souligne que « s'agissant de procès à caractère politique, la justice pénale militaire congolaise est une justice à deux vitesses […] »[70]; soit vous vous opposez au pouvoir en place et votre procès est entaché d'irrégularités procédurales[71]; soit vous êtes un « [proche] de ceux qui sont au pouvoir […], [et vous bénéficiez] de toute la clémence, de toute l'attention des juridictions militaires pénales congolaises »[72]. Il tente ainsi de démontrer à la Cour que la réalité est telle

---

66 *Règlement de procédure et de preuve*, *supra* note 7 règle 74.

67 Conférence de mise en état, *supra* note 9 à la p18, lignes 19-21. Voir également : Requête du 1er juin 2011, *supra* note 5 au para1 et 15, mentionnée par la Chambre I dans Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 au para 16, notes 26.

68 *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2901, Communication urgente des témoins DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 et DRC-D02-P-0350 à la Chambre (17 mai 2011) (CPI, Conseil de permanence), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int>; *Affaire Katanga et Ndugjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2963, Communication urgente des témoins DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 et DRC-D02-P-0350 à la Chambre (26 mai 2011) (CPI, Conseil de permanence), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int>; *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-3017-Anx3, Rapport du Rapporteur spécial sur les extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, Philippe Alston, (14 juin 2011) aux para 68-69 (CPI, Conseil de permanence), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int> [Rapport du Rapporteur spécial]. Dans l'*Affaire Lubanga*, la Chambre I ne fait qu'indiquer que le Conseil : « […] invoque, documents à l'appui, le sort réservé à d'autres personnes. » Requête du 1er juin 2011, *supra* note 5 au para 20-23, mentionnée dans Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 au para 17, notes 31.

69 Rapport du rapporteur spécial, *supra* note 68 au para 68.

70 Conférence de mise en état, *supra* note 9 à la p 24, lignes 21-23.

71 Par le biais d'une communication de pièces (Communication du Conseil de permanence du 11 mai 2011, *supra* note 51) le Conseil de permanence a porté à l'attention des juges le cas de Firmin Yangambi, qui a été condamné à la peine capitale le 3 mars 2010, dans lequel la Fédération Internationale des ligues des Droits de l'Homme (FIDH) relève plusieurs irrégularités dans la conduite de la procédure de son procès, notamment, la FIDH mentionne : « Tous les témoins cités par l'Auditorat militaire ont été appelé par le [*sic*] Cour militaire alors qu'aucun témoin cité par Firmin Yangambi n'a été accepté. Par ailleurs, tous les moyens présentés par la défense dont certains ne sont même pas repris dans l'arrêt de première instance ont été rejetés systématiquement. Les graves irrégularités constatées par la FIDH tout au long du déroulement de la procédure judiciaire ne peuvent qu'apporter du crédit aux critiques qui analysent cette affaire comme un moyen de sanctionner les activités politiques et de défense des droits de l'Homme de M. Yangambi », *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2886-Anx1, Note de mission d'observation judiciaire de la FIDH en RDC (11 mai 2011) à la p 2 (CPI, Conseil de permanence), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int>.

72 Conférence de mise en état, *supra* note 9 à la p 24, lignes 24-27. À titre d'exemple : Dans le cadre du procès de Chebeya, le Conseil relève que puisque l'accusé principal de cette affaire serait un proche du Chef de l'État actuellement en fonction, un revirement du Président de la Cour militaire pour réduire l'accusation de meurtre à homicide involontaire coupable ne serait pas une coïncidence. (*Ibid* à la p 25, lignes 1-9. Voir également : *Affaire Ktanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2886-Anx2, Congo-

qu'en RDC, les atteintes à la vie et l'intégrité physique des opposants politiques n'a « jamais été remise en question »[73].

C'est la raison pour laquelle les dépositions des quatre témoins, ayant eu lieu en période pré-électorale ont pris une connotation toute particulière[74] :

> Dire aujourd'hui, en pleine campagne électorale, que le candidat qui se présente devant vous et qui s'est présenté comme candidat de la paix, et pour qui vous avez massivement voté, est celui-là même qui est impliqué dans la déstabilisation de l'Ituri […].[75]

est, de l'avis du Conseil, générateur d'une crainte fondée de la part des quatre témoins. D'ailleurs, le Rapporteur spécial fait largement état de cette problématique en évoquant des événements ponctuels de violations des droits fondamentaux des opposants politiques ayant eu lieu à Kinshasa, où les témoins en cause étaient détenus. Il évoque qu'elles devraient « servir de sonnette d'alarme dans la perspective des prochaines élections. »[76].

Que retenir de ces considérations ? L'existence de risques « potentiels » a certainement pu être établie. Or, est-il possible d'évaluer leur intensité réelle en date d'aujourd'hui ? Le Conseil a tenté de démontrer qu'en raison de récents incidents à caractère politique, d'une part, et de par la comparution de ces quatre témoins devant cette Cour, d'autre part, ces risques allégués sont fondés et qu'il serait une erreur de les banaliser.

Kinshasa : Meurtre de Chebeya- Le premier président envisage la thèse d'une bavure policière, dans « Le Potentiel » du 10 mai 2011 (11 mai 2011) (CPI, Conseil de permanence), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int>.

73 *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-3017, Observations des témoins DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228, DRC-D02-P-0350 sur l'«Ordre de fournir des assurances supplémentaires concernant la sécurité de DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P0228 et DRC-D02-P-0350» (14 juin 2011) au para 7 (CPI, Conseil de permanence), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int>, [Observations des témoins 236, 228 et 350 du 14 juin 2011].

74 Conférence de mise en état, *supra* note 9 à la p 19, lignes 13-16. Voir également les propos du témoin DRC-D01-WWWW-0019 qu'il a exprimé à la toute fin de son témoignage en audience publique : « Et surtout que dans cette affaire ici, les acteurs de l'histoire tragique de l'Ituri, ce sont ceux-là qui sont de la grande famille présidentielle, de ce qu'on appelle chez nous l'Alliance de la majorité présidentielle. Tous, tous, ce sont eux qui sont au pouvoir. Et nous sommes à un moment où nous allons vers les élections au pays. Je ne sais pas à quoi cela va ressembler.» [Nous soulignons] *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-T-346-FRA ET WT, Témoignage du témoin 19 (7 avril 2011) à la p 54, lignes 16-20 (CPI, Chambre 1), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int>, qui ont également été cités par la Chambre I dans la Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 au para 5, note 8. Les élections présidentielles ayant eu lieu le 28 novembre 2011.

75 Conférence de mise en état, *supra* note 9 à la p 20, lignes 4-6. Voir aussi : Observations du témoin 19 du 15 juin 2011, *supra* note 41 aux para 15-16, mentionnées par la Chambre I dans Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 au para 57, note 105.

76 Rapport du rapporteur spécial, *supra* note 68 au para 79. Le Rapporteur spécial corrobore les prétentions du Conseil en évoquant que lors de sa mission, il se serait entretenu avec plusieurs partisans du parti de M. Bemba qui avaient été arrêtés et qui auraient subi des détentions arbitraires et prolongées : « Plusieurs de mes interlocuteurs m'ont fourni des preuves crédibles qu'ils avaient été torturés lors d'interrogatoires sur leurs allégeances politiques. Ils avaient été détenus de façon arbitraire pendant des périodes prolongées dans des conditions inhumaines, sans avoir accès à un avocat ou à un juge. Ces pratiques constituent en elles-mêmes de graves violations, mais elles doivent aussi servir de sonnette d'alarme dans la perspective des prochaines élections nationales ». *Ibid.*

Ainsi, selon le Conseil, le Greffe n'aurait pas fait état des mesures de protection à considérer dans l'éventualité où les témoins se feraient persécuter[77], ce qui a également été relevé par la Chambre II suite à la Conférence de mise en état[78]. Il en vient à la conclusion que les mesures proposées tant par le Greffe, que par les autorités congolaises sont loin de rencontrer les exigences de l'article 68 du *Statut*[79].

2. Préoccupations non-fondées selon le Bureau du Procureur, le Greffe et la RDC

En réponse aux prétentions du Conseil, le Procureur et le Greffe ont soutenu que par le passé, ces témoins n'avaient mentionné aucun risque spécifique qu'ils auraient pu subir[80]. Le Procureur a ajouté que son bureau avait averti l'un des témoins lors d'un entretien en préparation du procès en juin 2007 que la Cour ne pourrait garantir pleinement sa sécurité puisqu'il était en détention. Ce dernier aurait acquiescé, en toute connaissance des impacts potentiels que pourrait engendrer sa coopération avec la Cour. Il ajoute, avec l'appui du Greffe, que la publicité même du procès en cours et de la Conférence de mise en état est une forme de garantie[81]. En effet, le Greffe précise que

> l'attention internationale générée par le cas particulier des quatre témoins détenus […] renforce leur sécurité dans la mesure où les autorités congolaises seraient placées dans une situation particulièrement délicate dans l'hypothèse où une atteinte à leur sécurité surviendrait après leur retour [en RDC].[82]

Le Procureur a rappelé qu'avant et pendant le transfert des témoins détenus à La Haye, les autorités congolaises s'étaient engagées à des garanties de sécurité et de protection qui avaient été également réitérées publiquement en RDC. Ces assurances avaient d'ailleurs été rappelées par les autorités congolaises et par le Directeur de la

---

77 Conférence de mise en état, *supra* note 9 à la p8, lignes 20-28 et à la p9, lignes 1-14. Le Conseil de permanence soulève qu'en RDC : « ils sont plus à la merci des pouvoirs publics, des autorités congolaises contre lesquelles […] ils ont témoigné. » *Ibid*, à la p 9, lignes 2-4.

78 Ordre de la Chambre II du 24 mai 2011, *supra* note 23 au para 33 : « la Chambre relève qu'une fois les témoins repartis, les possibilités pour le Greffe de prendre des mesures de protection en cas d'augmentation du risque s'en trouveront extrêmement limitées ».

79 En appui de ses représentations orales, le Conseil a déposé des Observations conformément à l'Ordonnance intermédiaire de la Chambre en date du 24 mai 2011 qui réitère cette prise de position, voir à cet effet : Observations des témoins 236, 228 et 350 du 14 juin 2011, *supra* note 7368 au para 22. Voir également : Observations du témoin 19 du 15 juin 2011, *supra* note 41 aux para 29-33, mentionnées par la Chambre I dans Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 au para 58, note 109.

80 Conférence de mise en état, *supra* note 9 à la p 38, lignes 5-8. Quant au Greffe : *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2754-Conf, Observations du Greffe soumises en vertu de l'Ordonnance nºICC-01/04-01/06-2949 [sic] (7 juin 2011) au para 4 (CPI, Greffe), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int> [Observations du Greffe du 7 juin 2011], mentionnées par la Chambre I dans Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 au para 43, note 76.

81 Conférence de mise en état, *supra* note 9 à la p 38, lignes 17-22.

82 Rapport du Greffe du 7 juin 2011, *supra* note 37 au para 12; Observations du Greffe du 7 juin 2011, *supra* note 80 au para9, mentionnées par la Chambre I dans Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 au para 44, note 81.

prison de Kinshasa lors de la mission du Greffe en RDC en date du 6 et du 7 juin 2011[83].

Sans oublier que cet État, partie au *Statut de Rome*, a été « le plus sollicité et […] a coopéré sans limites avec cette Cour »[84]. Le Procureur et le Greffe ont souligné par ailleurs que la position des témoins 228, 236 et 19 est connue depuis 2005 et jusqu'à ce jour, il n'y a toujours aucune preuve de menaces, de persécutions, de tortures ou d'atteinte à leur intégrité physique autres que du fait qu'ils sont en attente d'un procès depuis cinq ans[85]. Enfin, en ce qui a trait au témoin 350 il n'est détenu que depuis septembre 2010[86]. La VWU, quant à elle, a renchéri cette prétention en soumettant que, malgré le fait que l'intention des témoins d'incriminer les autorités congolaises dans le conflit en Ituri était de « notoriété publique », à sa connaissance, la RDC ne semble pas avoir encore tenté de leur nuire[87].

Bien que reconnaissant les risques relatifs à l'intégrité physique des témoins, inhérents aux conditions de sécurité du centre de détention dans lequel ils étaient détenus en RDC[88], le Greffe et la VWU ont exclu que ces risques se soient accrus depuis le dépôt de leur témoignage devant cette Cour[89]. Il ne devrait donc pas s'agir de risques d'ordre général ou sans lien avec la coopération des témoins avec la Cour[90].

Au surplus, la thèse selon laquelle les dispositions de la *Convention relative au statut des réfugiés* auraient primauté sur les articles du *Statut*, plus particulièrement sur l'article 93(7), est expressément rejetée par la RDC. Selon elle, le principe de complémentarité serait sérieusement remis en cause si l'asile était octroyé[91].

---

83 Rapport du Greffe du 7 juin 2011, *supra* note 37 au para 3, 5 et 9. Ayant trait au témoin 19, voir : Annexe aux observations de la RDC du 7 juin, *supra* note 15 au para 4, mentionnée par la Chambre I dans Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 au para 2, note 1.

84 Conférence de mise en état, *supra* note 9 à la p 39, ligne 4-5.

85 *Ibid* à la p 39, lignes 9-16.Voir aussi : *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2752-Conf, Prosecution's submissions on the Chamber's « Order on the application from DRC-D01-WWWW-0019 of 1 June 2011 » (7 juin 2011) au para 11 (CPI, Procureur),en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int>[Conclusions du Procureur du 7 juin 2011], mentionnées par la Chambre I dans Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 au para 31, note 58 et 59.

86 Conférence de mise en état, *supra* note 9 à la p39, lignes 22-25.

87 *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2834-Conf-Anx., Observations de l'Unité d'aide aux victimes et aux témoins au sujet de la Requête tendant à obtenir présentation des témoins DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 et DRC-D02-P-0350 aux fins d'asile, introduite par le conseil de permanence des témoins détenus le 12 avril 2011 (14 avril 2011) (CPI, Greffe),en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int> mentionnées dans Ordre de la Chambre II du 24 mai 2011, *supra* note 23 au para 20, note 40; Observations du Greffe du 7 juin 2011, *supra* note 80 au para 4, mentionnées par la Chambre I dans Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 au para 63, note 118.

88 Rapport du Greffe du 7 juin 2011, *supra* note 37 au para 12.

89 *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2900-Conf, Observations complémentaires du Greffe au sujet de la « Requête tendant à obtenir présentation des témoins DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 et DRC-D02-P-0350 aux autorités néerlandaises aux fins d'asile » (16 mai 2011) aux para 8 et 9 (CPI, Greffe), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int> [Observations complémentaires du Greffe du 16 mai 2011], mentionnée dans Ordre de la Chambre II du 24 mai 2011, *supra* note 23 au para 32, notes 64 et 65; Observations du Greffe du 7 juin 2011, *supra* note 80 au para 9, citées par la Chambre I dans Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 au para 44, note 80.

90 Conclusions du Procureur du 7 juin 2011, *supra* note 85 au para 10, mentionnées par la Chambre I dans Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 au para 30, note 56.

Aussi tôt que le 12 mai 2011, le Procureur a souhaité rassurer la Cour en leur affirmant qu'elle peut avoir la « conscience tranquille » en exécutant ses obligations au terme de l'article 93(7) b) du *Statut*[92].

Afin de recentrer les débats sur la période précédant la décision de la Chambre II, il est possible de cibler deux impasses juridiques auxquelles les juges ont été saisis qui se sont matérialisées par la confrontation d'obligations concurrentes que lui impose le *Statut de Rome*.

Le premier conflit, comme l'a énoncé le Conseil de permanence lors de la Conférence de mise en état[93] et ultérieurement confirmé par la Cour[94], réside dans la confrontation entre ses obligations qui découlent de l'article 93(7) et de ses autres responsabilités que lui incombe le *Statut*, au regard de la protection et de la sécurité des témoins qui ont comparu devant elle découlant principalement de l'article 68 du *Statut*.

Le deuxième conflit repose plutôt sur l'interprétation qui sera ultimement octroyée à l'article 21(3) et de son influence sur l'application des autres articles du *Statut de Rome*, en l'occurrence sur celle de l'article 93(7).

Les Chambres I et II ont donc respectivement été appelées à résoudre ces deux obstacles juridiques que toutes les parties et participants, y compris l'État néerlandais et encore plus l'État congolais, ont attendu avec grand intérêt.

II. DÉCISIONS AUDACIEUSES DES CHAMBRES DE PREMIERE INSTANCE I ET II

S'attardant sur l'application et l'interprétation des articles 68 et 93(7) (A.), il ressort des deux décisions où la position exprimée par l'État hôte, lors de la Conférence de mise en état, a joué un rôle décisif[95]. De plus, les arguments soumis par le Conseil dans ses requêtes – soutenus et alimentés par la Défense – ont été partiellement repris par les Chambres.

Le raisonnement juridique développé par le Conseil n'a toutefois pas été retenu en tant que tel mais le résultat escompté a malgré tout été obtenu : la possibilité pour les quatre témoins de suspendre leur renvoi en RDC et ainsi de procéder à leur demande d'asile auprès des autorités néerlandaises.

Dans le cadre des deux affaires, les États parties concernés, soutenus par le

---

91 Annexe aux observations de la RDC du 7 juin 2011, *supra* note 15 aux para 10,11 et 13, mentionnée par la Chambre I dans Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 au para 22, note 41 et 42.

92 Conférence de mise en état, *supra* note 9 à la p 40, lignes 1-3.

93 *Ibid* à la p 10, lignes 7-18.

94 Ordre de la Chambre II du 24 mai 2011, *supra* note 23 aux para 34 et 35 et Décision des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228, *supra* note 45 au para 58. Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 aux para 61, 72 et 86.

95 Décision des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228, *supra* note 45 au para 74. Voir aussi : Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 aux para 38, 73 et 79.

Bureau du Procureur, ont tenté sans succès de porter lesdites décisions en appel. Contrairement à leurs attentes, ces échecs ont eu pour effet de confirmer le précédent jurisprudentiel créé par les Chambres de première instance. Les procédures d'asile au niveau national étant devenues incontournables, cette partie examine brièvement les obligations législatives qui incombent aux autorités néerlandaises quant à l'évaluation des demandes d'asile (B.).

A. Raisonnement juridique : Application et interprétation des articles 68 et 93(7)

À titre liminaire, ayant rendu sa décision un peu moins de deux mois suivant celle rendu dans l'affaire *Katanga et Ngudjolo Chui*, la Chambre I s'est grandement inspirée de la décision de la Chambre II, créant ainsi un précédent sur cette nouvelle question. Quoique le raisonnement développé par chacune des Chambres soit similaire, certaines nuances méritent d'être soulevées.

1. Portée limitée du devoir de protection des témoins

Dans l'affaire *Lubanga*, la Chambre I s'est abstenue de faire une analyse étoffée quant à la question de savoir si la facilitation du dépôt d'une demande d'asile auprès des autorités néerlandaises peut être considérée comme une mesure de protection spéciale au sens de l'article 68(1) du *Statut* et de la règle 88(1) du Règlement de procédure et de preuve.

Par ailleurs, les juges de l'affaire *Katanga et Ngudjolo Chui* se sont particulièrement attardés sur cette question en établissant clairement les limites de leur mandat. Comme prémisse de départ, ils ont tenu à faire une distinction parmi trois types de mesures de protection qui ont été soulevées et débattues lors de la Conférence de mise en état; soit celles découlant de la collaboration des témoins avec la Chambre,

> celles se rattachant à la protection contre des violations, potentielles ou avérées, de droits de l'homme, entendus au sens large du terme et finalement celles qui consistent à protéger un demandeur d'asile contre les risques de persécutions dont il pourrait être victime en cas de retour dans son pays d'origine.[96]

Contrairement à ce que l'État hôte avance[97], les deux Chambres écartent

[96] Décision des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228*, supra* note 45 au para 59. Dans l'*Affaire Lubanga*, la Chambre I fait expressément référence au raisonnement adopté par la Chambre II eu égard à la distinction entre les critères à prendre en compte pour évaluer l'existence d'un risque de persécution et ceux qui permettent à la Cour de déterminer l'existence de risques encourus par le témoin du fait de sa comparution devant la CPI : Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 à la note 142 qui fait référence au paragraphe 63 de la Décision des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228.

[97] La position de l'État hôte exprimée verbalement lors de la Conférence de mise en état consiste en : « S'il est clair qu'il y aura une demande d'asile, il y aura donc une décision néerlandaise. […] Mais du

d'emblée la possibilité qu'elles puissent évaluer les risques de persécutions encourus par les témoins demandeurs d'asile, puisqu'évidemment la Cour n'a aucunement compétence à cet égard. Bien qu'elle soit une institution internationale disposant d'une personnalité juridique, la Chambre II précise que n'ayant pas de territoire,

> elle se trouve dans l'incapacité de [mettre en œuvre la règle coutumière de non-refoulement], au sens où on l'entend d'ordinaire, et elle n'est donc pas susceptible de maintenir durablement, sous sa juridiction, des personnes qui encourraient des risques de persécution ou de torture en cas de retour dans leur pays d'origine.[98]

Ce principe coutumier ne pourrait qu'être appliqué par un État possédant un territoire.

A fortiori, elle ne pourrait non plus contraindre un État membre, sur la base de l'obligation générale de coopération, à accueillir sur son territoire une personne se prévalant du principe de non-refoulement[99].

En ce qui a trait aux deux autres types de mesures de protection susmentionnées, elle précise que :

> Le mandat de la Cour la conduit à protéger les témoins des risques précisément liés à la collaboration qu'ils entretiennent avec elle et non de ceux qui seraient liés à la méconnaissance des droits de l'homme par les

---

point de vue du contenu de cette décision, nous n'avons, à notre avis, pas le droit, non plus l'autorité et non plus l'intention, de faire notre propre évaluation de la […] question de fond. Parce qu'à notre avis, […] c'est à la Cour de décider si, oui ou non, il y a des risques. » Conférence de mise en état, *supra* note 9 à la p 67, lignes 21-26. Voir aussi : p 68, lignes 21-25; de la p 69, ligne 17 à la p 70 ligne 13; p 77 lignes 10-23.

98 Décision des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228*, supra* note 45 au para 64. Voir aussi : Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 aux para 83-85.

99 Décision des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228*, supra* note 45 au para 64. Une analogie mérite d'être soulevée : Il y a maintenant plus d'une décennie, une situation plus ou moins similaire avait été présentée devant la Chambre I du TPIR. À cette époque, la Défense demandait de requérir la coopération du Haut-commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR) et du Kenya pour accorder à dix témoins potentiels le statut de réfugié et ce, en tant que mesures de protection sur la base qu'ils risquaient tous d'être rapatriés au Rwanda, une éventualité qui mettrait incontestablement leurs vies en danger. Donnant raison à la Défense, la Chambre a tenu à spécifier à son para 20: « *The Tribunal is aware that it is not empowered to order the UNHCR or any State to grant refugee status to a witness. However, […] the Tribunal is of the opinion that it is mandated to solicit the co-operation of States and the UNHCR in the implementation of protective measures for witnesses*. » Or, cette analogie mérite d'être nuancée. En l'espèce, les témoins sont détenus, la CPI n'est pas un organe subsidiaire du Conseil de Sécurité contrairement au TPIR et toutes cette décision du Tribunal *ad hoc* reposait sur la préoccupation de la Défense quant à la comparution desdits témoins pour ainsi assurer une défense pleine et entière aux accusés visés. Quoique l'esprit véhiculé dans cette première décision ait été maintenu, il est important de soulever que dans la présente affaire, le risque que les trois accusés ne bénéficient pas d'une défense pleine et entière ne semble pas être en cause et la Chambre n'a pas eu à « solliciter la coopération » des Pays-Bas puisqu'il lui avait, à maintes reprises, assuré sa coopération, peu importe l'issue de la décision, d'autant plus que les témoins avaient déjà enclenché leurs demandes d'asile. *The Prosecutor v Pauline Nyiramasuhuko et al.*, ICTR-97-21-T, Decision on protective measures for defence witnesses and their families and relatives (13 mars 1998) (Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre I), en ligne : Textes fondamentaux et jurisprudence du TPIR <http://www.ictrcaselaw.org> [*Affaire Nyiramasuhuko*].

> autorités de leur pays d'origine.[100]

Quoique théorique, vu l'influence que peut avoir le non-respect des droits de l'homme dans le pays d'origine des témoins sur l'évaluation des risques, même ceux strictement liés à la collaboration avec la Cour, la Chambre II insiste sur cette distinction « afin de ne pas dénaturer [son mandat] »[101].

Ainsi, elle le délimite dans le cadre d'une interprétation restrictive de l'article 68 :

> le Statut oblige indiscutablement la Cour à prendre toutes les mesures de protection nécessaires pour prévenir les risques encourus par les témoins du fait de leur collaboration avec elle. C'est le sens, et le seul, qu'il convient de donner à l'article 68 du Statut, disposition-cadre en la matière. En outre, même si la règle 87 du Règlement ou la norme 96 du Règlement du Greffe ne l'indique pas explicitement, une lecture, logique et combinée, de ces deux textes permet de conclure que le rôle de la Cour se limite à la protection des témoins en raison du risque encouru du fait de leur témoignage.[102] [Nos soulignements]

De plus, la Chambre II, dont le verbatim est réitéré par la Chambre I, précise que la portée de l'article 21(3) du *Statut* ne crée aucune exigence envers la Cour de s'assurer que les États membres respectent les droits de l'homme dans le cadre de leurs procédures nationales[103].

Ultimement, et sans préjudicier au déroulement de la présente procédure d'asile, les Chambres ne concluent pas que « présenter » les témoins détenus aux autorités néerlandaises aux fins d'asile pourrait être une mesure de protection spéciale au sens de l'article 68 et de la règle 88[104], contrairement à ce que sollicitaient le

---

100 Décision des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228, *supra* note 45 au para 62.

101 *Ibid* au para.60.

102 Décision des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228, *supra* note 45 au para 61

103 *Ibid* au para 62. Dans l'*Affaire Lubanga*, la Chambre I reprend expressément les propos de la Chambre II dans Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 au para 87, note 144.

104 Décision des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228, *supra* note 45 au para 65. Contrairement à la Chambre I et II, le TPIR, dans l'affaire *Nyiramasuhuko*, avait décidé que de solliciter l'aide du HCR pour accorder aux dix témoins potentiels un statut de réfugié pouvait être reconnu à titre de mesure de protection (Affaire *Nyiramasuhuko*, *supra* note 99 aux para 17 et 21).

Conseil[105]et la Défense[106].

L'application de ces dispositions a plutôt été développée en aval, toujours par la Chambre II, via une décision rendue en date du 22 juin 2011[107] par laquelle les juges ont établi une série de mesures de protection bien précises, sur recommandation de la VWU, qui doivent être mises en œuvre par la RDC dans l'éventualité où les témoins y retourneraient[108]. Ce n'est que deux mois plus tard, suite à de maintes observations et rapports du Greffe, que cette même Chambre considère que la RDC a adéquatement mis en œuvre les mesures ordonnées. Par conséquent, elle souligne que ses obligations découlant de l'article 68 sont remplies et que les trois détenus pourront retourner en RDC, sous réserve de l'issue de leur procédure d'asile[109].

2. Incompatibilité entre le renvoi immédiat en RDC des témoins « détenus » et les droits de l'homme internationalement reconnus

Se penchant sur la deuxième question litigieuse, la Chambre II confirme d'abord que le principe de « non-refoulement » est aujourd'hui généralement reconnu par la communauté internationale comme relevant du droit coutumier[110]. Par conséquent, elle se doit de tenir compte de l'importance des droits invoqués dans la

---

105 En fondant son argumentation sur une interprétation littérale du libellé du *Statut de Rome* et du *Règlement de procédure et de preuve*, le Conseil de permanence affirme que : « les textes fondateurs de la Cour ne vous donnent pas une liste exhaustive des mesures de protection que vous avez à appliquer ». (Conférence de mise en état, *supra* note 9 à la p 15, lignes 4-5) Dans le même ordre d'idée, il ajoute que l'article 67 ne donne aucune précision quant à ce que la Cour doit faire lorsqu'elle est face à ce type de situation. En effet, il explique plutôt que : « [La Chambre doit] examiner, dans chaque cas d'espèce, quelles sont les mesures qui sont appropriées pour éviter que des témoins qui comparaissent devant [cette] Chambre soient victimes de leur déposition.» (Ici, le Conseil de permanence a certainement voulu faire référence à l'article 68 plutôt qu'à l'article 67 du *Statut* : *Ibid* à la p 15, lignes 8-10) En se référant aux règles 87 et 88 du *Règlement de procédure et de preuve*, il porte à l'attention de la Chambre que la Cour peut adopter des mesures spéciales dont la liste n'est pas exhaustive vu l'emploi du mot « notamment » à la règle 88-1. Ainsi, le Conseil de permanence ajoute que : « les textes fondateurs de la Cour vous donnent une large marge de manœuvre pour concevoir, imaginer, des mesures de protection qui sont appropriées. » (*Ibid* à la p 15, lignes 15-17) Tout en soulignant que les mesures proposées par le Greffe sont plutôt appropriées pour des témoins en liberté, il réitère l'insuffisance des mesures actuelles et insiste sur le fait que l'application de mesures spéciales est opportune. (*Ibid* de la p 15, ligne 18 à la p 16, ligne 15). Le Greffe avait émis des réserves quant à cette possibilité mais avait affirmé qu'en étant « créatif », l'idée que la mesure de protection serait la demande d'asile qui devrait être assimilée à une réinstallation en dehors du pays, n'est pas si mauvaise (*Ibid* à la p 60, lignes 14-16).

106 Observations de la Défense de M.Katanga sur la Requête du 12 avril 2011, *supra* note 51 au para 8 et 10, mentionnées par la Chambre II dans Décision des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228, *supra* note 45 au para 31, note 61.

107 Décision du 22 juin 2011, *supra* note 36.

108 Dans l'*Affaire Lubanga*, la Chambre I ne s'est pas prononcée de façon détaillée quant aux mesures concrètes à adopter pour le témoin 19. Elle s'en est remise essentiellement à l'évaluation de la VWU et fait état de sa satisfaction au regard des mesures proposées : Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 au para 68-69 en se référant aux Observations du Greffe du 7 juin 2011, *supra* note 80 au para 9.

109 *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-3128, Decision on the Security Situation of witnesses DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0028 and DRC-D02-P-0350 (24 août 2011) (CPI, Chambre II), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int> [Décision du 24 août 2011 sur la situation sécuritaire des trois témoins].

demande formulée par les témoins.

En plus du droit d'asile[111], le droit à un recours effectif doit également être considéré. Ce dernier a été décrit par la Chambre II ainsi : « le recours à la procédure d'asile doit être ouvert, en droit comme en pratique, et que son exercice ne doit pas être entravé par des actes ou de soumissions imputables à la Cour. »[112]. Des propos similaires ont été tenus par les juges de la Chambre I, dans l'affaire *Lubanga* où ils évoquent :

> *the Court should not seek to limit the opportunity of the Host State to assess an asylum claim, not least given the terms of Article 21(3) of the Statute.* […] *The limit of the Court's responsibility under Article 21(3) (in this context) is to ensure that defense Witness 19 is provided with a real – as opposed to a merely theoretical- opportunity to make his request for asylum to the Dutch government before he is returned to the DRC*[113].

En effet, comme l'ont souligné, à raison, les deux Chambres[114], le droit d'asile et le droit à un recours effectif ont été consacrés dans maints instruments internationaux tels que la *Convention relative au statut des réfugiés*[115], le *Protocole relatif au statut des réfugiés*[116], la *Déclaration universelle des droits de l'homme*[117], la *Déclaration sur l'asile territorial*[118], la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*[119], la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*[120], le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*[121], la *Convention européenne des Droits de l'Homme*[122] (*CEDH*), la *Charte*

---

110 Décision des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228, *supra* note 45 au para 68. À l'appui de cette affirmation la Chambre tient à citer : Haut-commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, Avis consultatif sur l'application extraterritoriale des obligations de non-refoulement en vertu de la Convention relative au statut des réfugiés et de son Protocole de 1967, 26 janvier 2007, aux para 14-16, en ligne : UNHCR<http://www.unhcr.int>.

111 Décision des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228, *supra* note 45 au para 67.

112 *Ibid* au para 69.

113 Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 aux para 84 et 86.

114 Décision des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228, *supra* note 45 aux para 67 et 69. Voir également : Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 au para 83.

115 *Convention relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, 189 RTNU 137, (entrée en vigueur : 22 avril 1954).

116 *Protocole relatif au statut des réfugiés*, 31 janvier 1967, 606 RTNU267 (entrée en vigueur : 4 octobre 1967).

117 *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés AG 217(III), Doc off AG NU, 3e sess., supp. nº13, Doc NU A/810 (1948) 71. À son article 14 pour le droit d'asile et à son article 8 pour le droit à un recours effectif.

118 *Déclaration sur l'asile territorial*, Rés AG 2312(XXII), Doc off AG NU, 22e sess, Doc NU (1967) 83.

119 CE, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, [2000], JO, C 364/1.À son article18 pour le droit d'asile.

120 *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, 1465 RTNU 85 (entrée en vigueur : 26 Juin 1987) [Convention contre la torture].

121 *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171 (entrée en vigueur : 23 mars 1976). À son article 2 pour le droit à un recours effectif.

122 *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 RTNU 221 (entrée en vigueur : 3 septembre 1953). À son article 13 pour le droit à un recours effectif.

africaine des droits de l'homme et des peuples[123] et enfin la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*[124].

Se ralliant à l'argument de la Défense de M. Katanga qui évoquait qu'en vertu de l'article 64(1) du *Statut*[125] la Cour est tenue, en tant qu'entité de droit international, à des devoirs spécifiques mais aussi à des obligations plus larges résultant de son texte fondateur, et ce, à la lumière du droit international[126] tel que le reflète l'article 21(3), la Chambre II a souligné qu'

> [elle] doit appliquer toutes les dispositions statutaires ou règlementaires pertinentes d'une manière telle que le droit à un recours effectif puisse pleinement s'exercer, un tel droit relevant, à l'évidence, des droits internationalement reconnus.[127]

Considérant que les témoins 228, 236 et 350 avaient déjà enclenché une

---

123 *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, 27 juin 1981, 1520 RTNU 217 (entrée en vigueur : 21 Octobre 1986). À son article 7 pour le droit à un recours effectif.

124 *Convention américaine relative aux droits de l'homme "Pacte de San José de Costa Rica"*, 22 novembre 1969, 1144 RTUN 123 (entrée en vigueur : 18 juillet 1978). À son article 25 pour le droit à un recours effectif.

125 *Statut de Rome*, *supra* note 1, art 64(1) stipule que : « Les fonctions et pouvoirs de la Chambre de première instance énoncés dans le présent article sont exercés conformément au Statut et au Règlement de procédure et de preuve ».

126 Conférence de mise en état, *supra* note 9 à la p 32, lignes 1-7. À cette occasion, la Défense de M. Katanga se référait à l'une de leur écriture déposée le 15 avril 2011: Observations de la Défense de M. Katanga sur la Requête du 12 avril 2011, *supra* note 51. La Défense de M. Lubanga a également soulevé cet argument : *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2753-Conf, Observations de la Défense sur la « Requête tendant à l'obtention des mesures de protection spéciales au profit du témoin DRC-D01-WWWW-0019 » transmise le [sic] (7 juin 2011) au para 8 (CPI, Défense de M. Lubanga), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int>, mentionnées par la Chambre I dans Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 au para 25, note 49.

127 Décision des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228, *supra* note 45 au para 70. La Chambre I a tenu des propos semblable dans sa Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 au para 83. Voir également: Opinion dissidente du Juge Georghios M.Pikis qui développe sur le sens à octroyer à « *internationally recognized human rights* »: « *Internationally recognized may be regarded those human rights acknowledged by customary international law and international treaties and conventions. » Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-424*, Decision on the Prosecutor's "Application for Leave to Reply to 'Conclusions de la défense en réponse au mémoire d'appel du Procureur'" (12 septembre 2006) au para 3, sous Separate Opinion of Judge Georghios M.Pikis (CPI, Chambre d'appel),* en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int>. Cette position avait été communiquée par la Chambre II dans une écriture suivant la Conférence de mise en état : Ordre de la Chambre II du 24 mai 2011, *supra* note 23 au para 34 :« Dans la mesure du possible, l'article 93-7 devrait être appliqué d'une manière qui ne crée pas de conflit avec les obligations concurrentes qui pèsent sur la Cour. ». Voir la position du Conseil à cet égard : « si [la Cour a] des accords avec la RDC, [la Cour a] également des textes, des instruments juridiques internationaux applicables devant la Cour, en vertu de 21-3 […] Donc, d'une manière ou d'un autre, la Cour sera amenée à évaluer le risque. […] si [elle apprécie] qu'au regard des risques, il n'y a pas lieu que ces témoins rentrent en République Démocratique du Congo, [la Cour n'aura] ni violé l'article 93 ni violé l'accord avec la République Démocratique du Congo, [la Cour aura] simplement appliqué le droit applicable devant cette Cour en vertu de l'article 21-3 du Statut. » Conférence de mise en état, *supra* note 9 à la p 79, lignes 17-19, 25 et à la p 80, lignes 7-11. Cette prétention vient contrer celles évoquées par le Procureur qui se borne à limiter les obligations de la Chambre au libellé de l'article 93(7) du *Statut* en demandant le retour immédiat des détenus *: Ibid* à la p 40, lignes 1-3.

procédure d'asile depuis le 12 mai 2011[128], la Chambre II précise que dû au fait que cette procédure soit toujours pendante devant les autorités néerlandaises, et au regard de la portée coutumière du principe de non-refoulement et de l'interprétation faite de l'article 21(3), elle ne pouvait appliquer l'article 93(7) du *Statut*[129] sans porter préjudice au droit fondamental qu'est l'exercice du recours effectif à une demande d'asile[130]. Ce raisonnement a également été adopté par la Chambre I qui ajoute que puisque le témoin 19 avait déjà soumis sa demande d'asile en date du 30 mai 2011, elle n'avait « aucune disposition à prendre pour en faciliter la présentation »[131]. Ainsi, les Chambres ont le devoir de s'assurer que les témoins ne quittent pas les Pays-Bas avant que les autorités compétentes aient eu l'opportunité d'évaluer les dites demandes[132].

Considérant que les prérogatives attribuées à l'État néerlandais entraînent maintes obligations au regard du droit international, il était donc impossible, de l'opinion des juges, d'adopter l'hypothèse inverse, c'est-à-dire le renvoi immédiat des témoins en RDC, puisque :

> si la Chambre décidait d'imposer à l'État hôte de coopérer avec la Cour afin de renvoyer immédiatement les témoins en RDC, en assurant leur transport à l'aéroport, elle contraindrait les Pays-Bas à méconnaître les droits reconnus aux témoins d'invoquer le principe de non refoulement.[133]

Conscientes des « implications juridiques apparemment antagonistes »[134], les Chambres s'en sont remises aux propos de l'État hôte, assurant que si l'issue de ces

---

128 *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2968, Request for leave to submit Amicus Curiae Observations by Mr. Schüller and Mr. Sluiter, Counsel in Dutch asylum proceedings of witnesses DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 and DRC-D02-P-0350 (30 mai 2011) au para 13 b) (CPI, Philip-Jan Schüller et Göran Sluiter), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int>.

129 Décision des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228, *supra* note 45 au para 85.

130 Décision des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228, *supra* note 45 au para 73. En réponse à l'argumentation du Greffe et de l'Accusation, lors de la Conférence de mise en état, la Défense arbore la même position de la Chambre en exprimant que l'article 93 doit être interprété à la lumière de l'article 21, et évidemment, à la lumière de l'article 31 de la Convention de Vienne sur l'interprétation des traités. (Conférence de mise en état, *supra* note 9 à la p 80, lignes 27-28.) Par conséquent, l'obligation que fait l'article 93 doit être analysé au regard de la *Convention relative au statut des réfugiés* et du principe de non-refoulement. (*Ibid*, à la p 81, lignes 7-11).

131 Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 au para 73. La Chambre I a été informée le 8 juin 2011 que le témoin 19 avait également déposé une demande d'asile auprès des autorités néerlandaises: *Affaire Lubanga*, Courrier électronique adressé par le Conseil de permanence à la Chambre par l'intermédiaire d'un juriste de la Section de première instance (8 juin 2011) (CPI, Conseil de permanence), mentionné par la Chambre I dans Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 au para 13, note 18. Voir également : *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2827, *Amicus Curiae* Observations by Mr. Schüller and Mr. Sluiter, Counsel in Dutch asylum proceedings of witness 19 (with annexes) (23 novembre 2011) au para 5 (CPI, Conseils représentant du témoin 19), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int> [Observations des Conseils représentant du témoin 19 du 23 novembre 2011].

132 Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 aux para 83, 84, 86 et 87.

133 Décision des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228, *supra* note 45 au para 73.

134 Nous empruntons ici les mots bien choisis des juges de la Chambre II dans sa décision du 22 juin 2011, *supra* note 36 au para 37.

décisions était d'accorder aux témoins leur « présentation » devant les autorités néerlandaises aux fins d'asile, elles s'y conformeraient et se pencheraient sur leurs demandes[135].

B. Création d'un précédent jurisprudentiel en première instance, lequel est soumis au réexamen à la Chambre d'appel

Cette escalade de procédures, découlant de la requête initiale de la Défense de M. Katanga et de celle de M. Lubanga en vue, tout simplement, de faire comparaître ces quatre témoins détenus devant la Cour, est sans conteste surprenante et expose les juges à d'éventuelles critiques au niveau international.

Bien évidemment, certains aspects de cette saisine méritent de faire l'objet d'une analyse plus approfondie, de même que les procédures subséquemment engagées par l'État néerlandais, la RDC et par le Bureau du Procureur.

1. Décisions unanimes des Chambres I et II : Impacts potentiels et avérés

À l'issue de ces deux décisions, il ressort que les Chambres ont ignoré les allégations, avérées ou non, concernant les risques qu'encouraient les témoins du fait de la méconnaissance des droits de l'homme internationalement reconnus par la RDC pour en venir à un raisonnement juridique qui repose essentiellement sur un mécanisme d'interprétation combinée des articles 21(3) et 93(7) du *Statut*. Elles ont ainsi développé une analyse qui ne se rattache que partiellement aux arguments invoqués par le Conseil et par la Défense[136].

En s'attardant plus particulièrement aux conséquences découlant de ce raisonnement, il en résulte que même si la présentation d'une demande d'asile ne peut pas être considérée comme une mesure de protection au sens de l'article 68, tel que le sollicitait initialement le Conseil, il suffit qu'un témoin détenu saisisse l'État hôte pour asile, pour que, dès lors, il lui soit possible d'invoquer la violation de ses droits fondamentaux[137] du fait de l'application immédiate de l'article 93(7). Quoique la distinction soit éminente, elle ne change en rien le résultat sollicité qui demeure le même : l'occasion pour un témoin détenu de présenter une demande d'asile à l'État néerlandais.

Les Chambres ont définitivement voulu éviter l'inclusion, dans la liste des mesures de protection spéciales, la possibilité « d'être présenté » à l'État hôte aux fins d'asile. De jurisprudence constante, les juges de la CPI appliquent la règle 88 plutôt

---

135 Décision des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228, *supra* note 45 au para 74 en indiquant les passages suivants à sa note 119 : Conférence de mise en état, *supra* note 9 aux p 65, lignes 20-22; p 67, lignes 21 et 22; p 68, lignes 21-25 et p 70, lignes 6-8. Voir aussi : Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 aux para 38, 73 et 79.

136 L'absence de la considération des risques qu'encouraient les témoins du fait de la méconnaissance des droits de l'homme internationalement reconnus par la RDC a été réitérée par la Chambre II dans : Décision du 24 août 2011 sur la situation sécuritaire des trois témoins *supra* note 109 au para 14.

137 En l'occurrence celui de ne pas pouvoir *exercer de manière effective* son *droit d'asile*.

en vue de faire exception au principe de la publicité du procès[138], notamment par la mise en place de mesures propres à protéger l'identité de certains témoins[139], excluant ainsi la proposition atypique du Conseil du champ d'application de cette règle.

Il en résulte que l'applicabilité de tout article du *Statut de Rome* sera dès lors délimitée dans le spectre du respect de l'article 21(3). Un test de conformité face à cet article, maintenant revêtu d'un statut supérieur, devra être effectué dès lors que l'application d'une disposition du *Statut* ou d'une règle de ses instruments juridiques connexes serait susceptible de porter atteinte au respect des droits de l'homme internationalement reconnus[140]. Cette avancée est assurément non négligeable dans le cadre de l'interprétation et de l'application des articles du *Statut de Rome*.

Cette possibilité qu'ont désormais les témoins détenus de retarder leur retour pour demander l'asile n'est certainement pas la seule conséquence de ces deux décisions. La déclaration de l'inapplicabilité d'un article du *Statut* pour assurer le respect des droits de l'homme internationalement reconnus[141] a, par ricochet, eu un impact sur la coopération de la RDC, et potentiellement sur celle des autres États membres, avec la Cour.

Au plan théorique, il est vrai que le Chapitre IX[142] prescrit que les États partis se doivent de coopérer pleinement avec la CPI et de respecter ses décisions, quelles qu'elles soient. L'obligation générale de coopérer est prescrite à l'article 86 du *Statut*, mais également de la règle *pacta sunt servanda* énoncée dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités* à son article 26 et du principe, bien reconnu, de la relativité des conventions internationales. Néanmoins, au plan pratique, il en est tout autre.

---

138 Ce principe étant encadré par une multitude d'articles et de règles dont, l'article 68(1) et (2) et 64(7) du *Statut*, la norme 20 du *Règlement* de la Cour, la norme 94 du *Règlement du Greffe* et des règles 87 et 88 du *Règlement de procédure et de preuve*, qui sont tous étroitement liés au respect des droits de l'accusé prévus à l'article 67(1) du *Statut*. Voir aussi : Ordonnance en vertu des règles 87 et 88 du Règlement de procédure et de preuve du 9 décembre 2011, *supra* note 33 au para 8.

139 Voir à cet effet plusieurs décisions orales dont : *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-T-216-Red-FRA WT (15 novembre 2010)à la p 4 (CPI, Chambre II), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int>; *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-T-129-Red-FRA WT (19 avril 2010) aux p 8-9 (CPI, Chambre II), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int> ; *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-T-138-Red-FRA WT (10 mai 2011) aux p 16-17 (CPI, Chambre II), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int>; *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-T-135-Red-FRA WT (4 mai 2010)aux p15-16 (CPI, Chambre II), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int>; *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-T-58-Red-FRA CT WT (2 février 2011) à la p 2 (CPI), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int>.

140 Il est possible de discerner l'exercice de ce test par la Chambre I dans sa Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 au para 72 : « *The obligation to return defence Witness 19 to the DRC without delay under Article 93(7)(b) of the Statute and Rule 192(4) of the Rules cannot, therefore, be discharged without an assessment of whether internationally recognized human rights may be violated* ».

141 Comme l'avait prédit Gilbert Bitti, juriste hors classe à la Section préliminaire de la CPI : « *In the future practice, the time may come where the Court will have to review the compatibility of certain articles of the Statute with internationally recognized human rights* ». Gilbert Bitti, « Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the treatment of sources of law in the jurisprudence of the ICC » dans Carsten Stahn et Göran Sluiter, dir, *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leiden, Koninklijke Brill, 2009, 285 à la p 304.

142 *Statut de Rome*, *supra* note 1 art 86 à p 102.

Bien que le Juge président de la Chambre II ait appréhendé cette éventualité en mentionnant lors de la Conférence de mise en état :

> que la Cour a parfaitement conscience de ce que pourrait être ou de ce que pourront être les conséquences de la décision qu'elle rendra, et dont elle ignore encore ce qu'elle sera, sur la coopération entre elle même et les États,[143]

il n'en demeure pas moins qu'à maintes occasions, ces inquiétudes ont été soulevées tant par le Procureur que par le Greffe, craignant l'altération de la coopération entre la RDC et les organes de la Cour[144]. Cela explique pourquoi ils ont tant insisté sur l'exécution de l'article 93(7), et ce dans les plus brefs délais[145].

Il est possible de discerner cette détérioration des relations diplomatiques au fil des procédures. En effet, en date du 7 juin, soit 2 jours avant la décision de la Chambre II, un rapport du Greffe citait les autorités congolaises qui tenaient à assurer la Cour que le retard des quatre témoins en RDC n'aurait aucune incidence sur leur devoir de coopération, tel que le prescrit le *Statut*[146]. Curieusement, le Conseil de permanence a relevé différents passages des Observations de la RDC qui font plutôt état, pour reprendre ses mots, « d'une menace à peine voilée »[147]. La RDC, en s'exprimant ainsi, espérait « vivement que la décision [que la Chambre] prendra[it] ne portera[it] pas un coup dur à une coopération reconnue par tous comme exemplaire»[148], d'autant plus que les autorités congolaises auraient porté à l'attention de la Chambre que de : « [f]aire droit à cette requête créerait un fâcheux précédent »[149].

---

143 Conférence de mise en état, *supra* note 9 à la p 58, lignes 5-8.

144 Observations complémentaires du Greffe du 16 mai 2011, *supra* note 89 au para 11, mentionnées par la Chambre II dans Décision des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228, *supra* note 45 au para 45, note 95; *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-3021, Prosecution's Application for leave to Appeal Trial Chamber II's « Décision sur une requête en *amicus curiae* et sur la « requête tendant à obtenir présentations des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 aux autorités néerlandaises aux fins d'asile » (ICC-01/04-01/07-3003) (15 juin 2011) au para 10 (CPI, Procureur), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int> [Demande d'autorisation d'interjeter appel par le Procureur].

145 Conclusions du Procureur du 7 juin 2011, *supra* note 85 aux para 7-9, mentionnées par la Chambre I dans Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 au para 29, note 55; *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2757-Conf., Registrar's Further Observations under Order ICC-01/04-01/06-2949 [sic] (8 juin 2011) au para7 (CPI, Greffe), mentionnées par la Chambre I dans Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 au para 49, note 94; Mise en œuvre par le Greffe de la Décision 2971, *supra* note 43, mentionnée par la Chambre I dans Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 au para 10, note 14.

146 Rapport du Greffe du 7 juin 2011, *supra* note 37 au para 4.

147 Observations des témoins 236, 228 et 350 du 14 juin 2011, *supra* note 73 au para 23.

148 *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2986-Conf-Anx, Observations de la République Démocratique du Congo en relation avec les témoins détenus transférés par les autorités congolaises (7 juin 2011) à la p 3 (CPI, Greffe), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int> [Observations de la RDC du 7 juin 2011], citées par le Conseil de permanence dans Observations des témoins 236, 228 et 350 du 14 juin 2011, *supra* note 41 au para 23, note 26.

149 Observations de la RDC du 7 juin 2011, *supra* note 148 à la p 2, para 11, citées par le Conseil de Permanence dans Observations des témoins 236, 228 et 350 du 14 juin 2011, *supra* note 73 au para 12, note 12.

Dans leur Demande d'autorisation d'interjeter appel, soit la semaine suivante, leurs propos ont traduit un accroissement dans leur mécontentement :

> Les autorités congolaises se demandent en outre […], [s'] il n'y aurait pas lieu de remettre en cause de façon plus générale la coopération entre la RDC et la Cour, s'agissant en particulier de nombreux autres témoins […].[150]

De surcroît, elle invoque expressément que la Chambre II aurait « violé son mandat du fait d'avoir accepté de recevoir la requête des quatre témoins » et qu'elle aurait également violé les dispositions du *Statut*[151]. En réponse à ces reproches, les juges ont tenu à souligner :

> la Chambre ne peut que regretter que les autorités de la RDC considèrent qu'elle a violé son mandat alors qu'elle s'efforçait de trouver une solution équilibrée à une situation imprévisible, sans précédent et aux implications juridiques apparemment antagonistes.[152]

C'est dans ce contexte qu'il est pertinent de s'interroger sur ce qu'adviendra, en pratique, des relations diplomatiques entre la RDC et la Cour dans les affaires *Le Procureur c Jean-Pierre Bemba Gombo*[153] et *Le Procureur c Bosco Ntaganda*[154], mais aussi avec d'autres États parties dont la coopération pourrait être sollicitée.

Il s'agit donc, à nos yeux, d'un excellent exemple où les Chambres ont fait preuve d'indépendance et d'impartialité judiciaire tout au long de la procédure. Elles ont ainsi rendu deux décisions qui se détachaient entièrement des propos tenus par la RDC, tel que le souhaitaient les fondateurs du *Statut*[155].

---

150 *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-3023, Demande d'autorisation d'interjeter appel de la Décision sur une requête en *amicus curiae* et sur la « requête tendant à obtenir présentations des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 aux autorités néerlandaises aux fins d'asile » (16 juin 2011) au para 28 (CPI, RDC), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int> [Demande d'autorisation d'interjeter appel par la RDC].

151 *Ibid*, aux para 24-25.

152 Décision du 22 juin 2011, *supra* note 36 au para 37 se référant aux propos tenus dans la Demande d'autorisation d'interjeter appel par la RDC, *supra* note 150 au para 24.

153 Le *Procureur c Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08. Quoique cette affaire ait pris part en République centrafricaine, vu l'origine congolaise de M. Bemba et de ces multiples activités en RDC, il reste une possibilité que la coopération de cette dernière sera sollicitée.

154 *Le Procureur c Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06. Il est à noter que le mandat d'arrêt a été délivré le 12 janvier 2006, mais que Bosco Ntaganda est toujours en fuite.

155 Les propos du représentant de l'Algérie, lors de la réunion de la sixième Commission juridique du 23 octobre 1997, sont particulièrement déterminants à ce titre : « Pour que la cour soit crédible, il est essentiel qu'elle demeure indépendante de tout organe politique ainsi que de toute influence extérieure ». Organisation des Nations Unies, communiqué AG/J/219, « Commission juridique : Les délégations se félicitent des progrès dans le processus de la création de la Cour criminelle internationale », (23 octobre 1997), en ligne : ONU <http://www.un.org>. Voir également les déclarations de différentes délégations rapportées dans les Communiqué de Presse suivants: Organisation des Nations Unies, communiqué AG/L/175, « Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale : L'urgence de créer la Cour ne doit pas se faire au détriment de son universalité », AG/L/175, 26 août 1996; Communiqué de Presse, « Le Comité préparatoire pour la préparation d'une Cour criminelle internationale favorise l'idée d'un traité multilatéral » (26 août 1996), en ligne : ONU <http://www.un.org>; Organisation des Nations Unies, communiqué AG/J/ 218, « Commission juridique : En dehors de sa compétence exclusive, la Cour devrait être qu'un suppléant

Cette réaction ne doit toutefois pas masquer les implications que ces décisions ont, et auront, sur le rôle et les obligations de l'État hôte. Les questions liées à l'asile, plus particulièrement à la possibilité pour un suspect de faire une telle demande, avaient été abordées lors de débats parlementaires à l'occasion de l'adoption de la *Loi néerlandaise de mise en œuvre*[156]. Il en ressort que les autorités de l'État hôte sont très sensibles et réticentes quant à cette possibilité. Toutefois, selon trois auteurs néerlandais[157] :

> *It cannot be excluded that persons other than accused, such as witnesses, relatives of the accused, and so on will want to lodge an application for asylum. There is no reason to treat them any differently from other aliens, because they are not detained by the Court and in principle their presence is voluntary. If necessary they can make an application for asylum according to the appropriate national procedures.*[158]

Une nuance, bien que subtile, mérite d'être soulevée. En l'espèce, ce sont des témoins détenus qui ont accepté de comparaître volontairement, acceptant de ce fait les règles qui entourent leur transfèrement[159]. C'est dans cette optique que les Pays-Bas posent la question de la portée de leurs obligations quant au principe de non-refoulement qui les empêche de respecter celles prévues à l'article 44 de l'*Accord de siège* et à l'article 93(7)b) du *Statut* traitant du transport de ce type de témoin[160].

2. Procédures d'appel avortées : Effets sur les obligations internationales et nationales des autorités néerlandaises

Sans grande surprise, la République Démocratique du Congo[161], le Procureur[162] et l'État néerlandais[163] ont, suivant la décision rendue le 9 juin 2011, fait

---

aux juridictions nationales »(22 octobre 1997), en ligne : ONU <http://www.un.org>.

156 *Kamerstukken* 2001/02, 28 098 (R 1704) et 28 099, no. 12, *inter alia* a 7-8, 18-20 et 28-9, mentionné dans Hans Bevers, Niels Blokker et Jaap Roording, « The Netherlands and the International Criminal Court: On Statute Obligations and Hospitality » (2003) 16 Leiden J Int'l L 135 à la p 154, note 68.

157 Hans Bevers et Jaap Roording, Conseillers juridiques œuvrant au sein de la Direction législative du Ministère de la Justice et Niels Blokker, Conseil principal au Ministère des affaires étrangères du Royaume des Pays-Bas.

158 Hans Bevers, Niels Blokker et Jaap Roording, *supra* note 156 à la p 155.

159 *Statut de Rome*, *supra* note 1 art 93(7)a)i). Voir aussi : Rapport du Greffe du 22 février 2011, *supra* note 23, mentionné dans Ordre de la Chambre II du 24 mai 2011, *supra* note 23 au para 5, note 8.

160 *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-3020, Application for Leave to Appeal the Trial Chamber's Decision ICC-01/04-01/07-3003 dated 9 June 2011 (15 juin 2011) au para 12 (CPI, Pays-Bas), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int> [Demande d'autorisation d'interjeter appel par les Pays-Bas].

161 Demande d'autorisation d'interjeter appel par la RDC, *supra* note 150.

162 Demande d'autorisation d'interjeter appel par le Procureur, *supra* note 144; *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-3026, Prosecution's consolidated response to the applications for leave to appeal by the authorities of the Netherlands and the Democratic Republic of the Congo against the "Décision sur une requête en amicus curiae et sur la « requête tendant à obtenir présentation des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 aux autorités néerlandaises aux fins d'asile » (20 juin 2011) (CPI, Procureur), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int>.

163 Demande d'autorisation d'interjeter appel par les Pays-Bas, *supra* note 160.

respectivement une demande d'autorisation d'interjeter appel devant la Chambre II[164].

Quoique toutes ces demandes se soient basées sur l'article 82(1)d) du *Statut*; ce véhicule juridique était-il légalement fondé ?

L'article 82(1)d), intitulé « Appel d'autres décisions » énonce :

> L'une ou l'autre partie peut faire appel, conformément au Règlement de procédure et de preuve, de l'une des décisions ci-après : […] d) Décision soulevant une question de nature à affecter de manière appréciable le déroulement équitable et rapide de la procédure ou l'issue du procès, et dont le règlement immédiat par la Chambre d'appel pourrait, de l'avis de la Chambre préliminaire ou de la Chambre de première instance, faire sensiblement progresser la procédure.[165]

Les trois parties appelantes ont, sans succès, tenté de justifier chacun des critères édictés dans le libellé de cet article. La Chambre II a répondu très brièvement en exposant l'irrecevabilité des trois demandes pour la simple raison que celles-ci ne peuvent être assimilées à des appels interlocutoires de l'affaire *Katanga et Ngudjolo Chui* puisque le contentieux d'asile« apparaît totalement détachable de la procédure »[166].

La distinction entre la demande d'asile d'une part, et la demande de protection au sens de l'article 68 d'autre part, avait été clairement établie dans la décision de la Chambre II du 9 juin. Ce cloisonnement demeure et a pour conséquence que seule la question sur la demande de protection aurait pu faire l'objet d'un tel appel puisqu'intrinsèquement liée à la procédure de l'affaire dans laquelle le tout s'est débattu.

En revanche, les trois demandes d'autorisation visaient exclusivement la procédure d'asile qui ne concerne aucunement les parties au procès mais plutôt les témoins ayant été cités par elles[167].

In limine litis, la Chambre se garde d'examiner ses demandes d'autorisation puisqu'autrement, elle outrepasserait ses pouvoirs et déborderait largement de l'application qui doit être faite de l'article 82(1)d) du *Statut*[168].

Étant déboutées, les autorités néerlandaises ont porté devant la Chambre

---

164 Les motifs qui sous-tendent la demande de l'État néerlandais se distinguent de ceux de la RDC et du Procureur : Voir la section « Décisions unanimes des Chambre I et II : Impacts potentiels et avérés », ci-dessus. Les demandes de la RDC et du Procureur reposent plutôt sur la question de savoir si la Chambre a erré en suspendant le retour des témoins détenus puisqu'une procédure d'asile est pendante devant les autorités néerlandaises. Voir à cet effet : Demande d'autorisation d'interjeter appel par le Procureur, *supra* note 144 au para 8; Demande d'autorisation d'interjeter appel par la RDC, *supra* note 150 au para 25.

165 *Statut de Rome*, *supra* note 1 art 82(1)d).

166 *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-3073, Décision relative à trois demandes d'autorisation d'interjeter appel de la Décision ICC-01/04-01/07-3003 du 9 juin 2011 (14 juillet 2011) au para 8 (CPI, Chambre II), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int> [Décision relative à trois demandes d'autorisation d'interjeter appel].

167 *Ibid*,au para 7.

168 *Ibid*, au para 9.

d'appel une demande d'instruction[169], appuyée par le Bureau du Procureur[170]. Plus précisément, elles ont saisi la Chambre d'appel pour s'enquérir de la procédure à suivre et des délais applicables pour une telle demande.

La Chambre I a, quant à elle, eu droit à une procédure jumelle provenant des Pays-Bas[171] et de la RDC[172], elle a toutefois développé un raisonnement totalement différent. D'abord elle s'attarde sur la qualité de la RDC et des Pays-Bas et en vient à la conclusion que les États membres ne peuvent être considérés « parties » à la procédure au sens de l'article 82(1)d) du *Statut*. Réitérant le raisonnement développé par la Chambre II, elle considère également que « ces demandes ne satisfont pas aux critères énoncés à [cet article] »[173].

Pourtant elle se démarque en ajoutant la possibilité d'octroyer une autorisation d'interjeter appel « à titre exceptionnel ». S'appuyant sur son pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 64(6)f) qui lui permet de « statuer sur toute autre question pertinente » elle étend l'application de l'article 82(1)d) à « chaque fois qu'une question importante touchant à la protection de témoins est soulevée à bon droit »[174]. Elle soutient que les Pays-Bas ont un intérêt direct à obtenir une décision de la Chambre d'appel puisque la décision de première instance emporte de sérieuses implications quant « à leurs obligations en tant qu'État hôte et de signataire de

[169] *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-3077 OA 12, Urgent Request for Directions (15 juillet 2011) (CPI, Pays-Bas), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int>.

[170] *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-3080 OA 12, Prosecution's Response to the Government of the Kingdom of Netherlands « Urgent Request for Directions » (ICC-01/04-01/07-3077) (20 juillet 2011) (CPI, Procureur), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int>.

[171] *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2768, Application for Leave to Appeal the Trial Chamber's « Decision on the request by DRC-D01-WWWW-0019 for special protective measures relating to his asylum application » (ICC-01/04-01/06-2766-Conf) dated 4 July 2011 (13 juillet 2011) (CPI, Pays-Bas), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int>. Ce document a été reclassifié « public » le 2 septembre 2011.

[172] La RDC a soumis une lettre qui a été considérée comme une demande d'interjeter appel par la Chambre I : *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2770-Conf, Registry transmission of observations received from the DRC authorities in relation to document ICC-01/04-01/06-2766-Conf (14 juillet 2011) (CPI, Greffe) (document notifié le 15 juillet 2011) en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int> mentionnée par la Chambre I dans *Affaire Lubanga*, Décision concernant deux demandes d'autorisation d'interjeter appel de la décision relative à la requête de DRC-D01-WWWW-0019 (4 août 2011) aux para 4-5, notes 9-10 (CPI, Chambre I), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int> [Décision concernant deux demandes d'interjeter appel]. Il est à noter que l'Accusation, quant à elle, s'est abstenue de déposer une telle demande l'ayant déjà fait dans l'Affaire *Katanga et Ngudjolo Chui*. Toutefois, elle souligne son appui à celle déposée par les Pays-Bas. (*Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2775, Prosecution's Response to the Kingdom of the Netherlands' « Application for Leave to Appeal the Trial Chamber's'Decision on the request be DRC-D01-WWWW-0019 for special protective measures relating to his asylum application' (ICC-01/04-01/06-2766-Conf) dated 4 July 2011 » (19 juillet 2011) (CPI, Procureur), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int>. Ce document a été reclassifié « public » le 2 septembre 2011. Suivant ces écritures, le Conseil de permanence a présenté des observations en faisant valoir que la demande d'interjeter appel des Pays-Bas ne pouvait être valable (*Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2774, Observations du témoin DRC-D01-WWWW-0019 sur la demande d'autorisation d'appel du Royaume des Pays-Bas contre la Décision ICC-01/04-01/06-2766-Conf du 4 juillet 2011 (Norme 65-3 du *Règlement* de la Cour) (18 juillet 2011) (CPI, Conseil de Permanence), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int> . Ce document a été reclassifié « public » le 2 septembre 2011.

[173] Décision concernant deux demandes d'interjeter appel, *supra* note 172 au para 14.

[174] *Ibid*, au para 23.

différents traités relatifs aux droits de l'homme »[175].

Elle conclut que

> l'autorisation d'interjeter appel à titre interlocutoire devrait être accordée en vertu de l'article 64-6-f dès lors que l'on peut soutenir qu'une décision force un État partie à opérer un arbitrage entre des obligations en apparence contradictoires, d'une part envers la CPI et d'autre part envers des personnes placées sous la garde de la Cour et ayant demandé à cet État de statuer sur des craintes quant au respect de leur droits fondamentaux.[176]

Suivant cette décision, le Gouvernement des Pays-Bas s'est enquis, tout comme dans l'affaire *Katanga et Ngudjolo Chui*, de la procédure à suivre auprès de la Chambre d'appel.[177]

Le 26 août 2011, cette dernière a répondu à toutes les demandes d'instruction, à la fois dans l'affaire *Lubanga* et dans l'affaire *Katanga et Ngudjolo Chui*.

La confidentialité de la décision rendue dans l'affaire *Lubanga* ne nous permet pas d'en connaître le raisonnement. Par ailleurs, la Chambre I a mentionné, dans l'une de ses ordonnances publiques, que « la Chambre d'appel a considéré que la Chambre de première instance avait outrepassé sa compétence et, partant, que l'autorisation d'interjeter appel de la Décision du 4 juillet 2011 n'avait pas été accordée à bon droit »[178].

Grâce à la publicité de celle rendue dans l'affaire *Katanga et Ngudjolo Chui* il nous a été possible d'en suivre les développements.

C'est le Président de la Cour pénale internationale, le Juge Sang-Hyun Song, qui a été désigné pour répondre à ces demandes[179] sans précédent. Il a opté pour une interprétation restrictive des possibilités d'appel prévues au *Statut* et à son *Règlement*.

Le droit dont dispose la Chambre d'appel de se prononcer sur toutes questions est délimité en cinq articles du *Statut*, chacun visant une situation bien particulière. Outre les trois articles clés rédigés sous le Chapitre VIII (« Appel et

---

175 *Ibid*, au para 18.

176 *Ibid*, au para 23.

177 *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2788-Conf, Urgent Request for Directions (17 août 2011) (CPI, Pays-Bas), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int>, citée par la Chambre I dans *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2821-Corr-tFRA, Rectificatif à l'Ordonnance autorisant la présentation d'observations (18 novembre 2011) au para 3, note 5 (CPI, Chambre I) en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int>.

178 *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2821-Corr-tFRA, Rectificatif à l'Ordonnance autorisant la présentation d'observations (18 novembre 2011) au para 3, note 6 (CPI, Chambre I), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int>, se référant à *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2799-Conf-tFRA, Décision relative à la Demande urgente d'instruction présentée par le Royaume des Pays-Bas le 17 août 2011 (26 août 2011) au para 8 (CPI, Chambre d'appel), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int>.

179 *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-3093, Decision on the Presiding Judge of the Appeals Chamber for the proceedings with respect to the "Urgent Request for Directions" of the Kingdom of the Netherlands (9 août 2011) (CPI, Chambre d'appel), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int>.

révision »)[180], l'article 42(8) édicte qu'elle tranche toutes questions relatives à la récusation du Procureur ou du Procureur adjoint et l'article 110 concerne l'examen de la question d'une réduction de peine[181].

Il est clair que ces possibilités sont les seules prévues par les rédacteurs du *Statut* et qu'aucune équivoque ne se cache derrière le libellé de ces articles. D'ailleurs, la Chambre d'appel indique expressément : « *its jurisdiction is clearly and exhaustively defined in the Statute and Rules of Procedure and Evidence* […] »[182] et ajoute qu'elle considère que la demande d'instruction de l'État néerlandais : « *lacks any foundation in the Court's legal instruments and asks the Appeal Chamber to go beyond and outside the scope of its authority* »[183].

Cette décision succincte, mais discursive, n'avait certainement pas été anticipée par la Chambre II qui énonçait, dans sa décision rejetant les demandes d'autorisation d'appel :

> Elle ne peut, dès lors, autoriser ou refuser d'autoriser de tels appels dont elle estime, sous réserve de leur recevabilité, qu'ils peuvent être portés directement devant la Chambre d'appel sans son autorisation.[184] [Nos soulignements]

En s'interdisant de se prononcer sur cette question suivant la décision de la Chambre II et en renversant celle de la Chambre I, la Chambre d'appel a ainsi octroyé un statut définitif aux deux décisions des Chambres de première instance sur le contentieux d'asile.

Dorénavant, elles font donc autorité et sont enracinées dans l'histoire du développement jurisprudentiel de la Cour pénale internationale. Clairement, la responsabilité des autorités néerlandaises au regard de l'évaluation des demandes d'asile est devenue inévitable. Malgré leur réticence évidente à entamer les procédures[185], le tribunal de district de La Haye (Antenne d'Amsterdam) a ordonné au Ministre de l'immigration et de l'asile de rendre une décision conformément à la *Loi néerlandaise sur les étrangers* (*Loi sur les étrangers*) [186] d'ici la fin juin 2012 pour les

---

[180] Dans ce chapitre on y retrouve l'article 81 qui concerne l'appel d'une décision sur la culpabilité ou la peine, l'article 82 qui traite des autres décisions prévoyant des scénarios bien précis notamment d'une décision sur la compétence ou la recevabilité ou bien sur la mise en liberté d'une personne faisant l'objet d'une enquête ou de poursuite. Finalement, nous y retrouvons l'article 84 qui vise la révision d'une décision sur la culpabilité ou la peine.

[181] *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-3132, Decision on the « Urgent Request for Directions » of the Kingdom of the Netherlands of 15 July 2011 (26 août 2011) au para 6 (CPI, Chambre d'appel), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int>.

[182] *Ibid*.

[183] *Ibid*, au para 7.

[184] Décision relative à trois demandes d'autorisation d'interjeter appel, *supra* note 166 au para 9.

[185] Voir à cet égard : *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2816, Request for leave to submit *Amicus Curiae* Observations by Mr. Schüller and Mr. Sluiter, Counsel in Dutch asylum proceedings of witness 19 (with annexes) (1 novembre 2011) au para 11-13 (CPI, Conseils représentant du témoin 19) [Requête de présenter des observations] et Observations des Conseils représentant du témoin 19 du 23 novembre 2011, *supra* note 131 aux para 5-10.

[186] *Vreemdelingenwet* (Pays-Bas), 26 732, 2000, (entrée en vigueur : 1 avril 2001) [*Loi sur les étrangers*]. Voir la décision rendue par le tribunal de district de La Haye : *Eiser en de minister voor Immigratie en*

témoins 228, 236 et 350[187].

Concernant du témoin 19, les procédures ont évolué d'une manière totalement différente. La Chambre I a, le 1er septembre 2011, ordonné le retour de ce dernier en RDC[188]. Fondant sa décision sur deux notes verbales envoyées par les autorités néerlandaises où elles précisent : « [t]*he position of the Netherlands has consistently been that the witness is to remain in custody of the Court during the asylum procedure* »[189]. La Chambre est ainsi venue à la conclusion que le témoin 19 s'est vu offrir une possibilité véritable de présenter sa demande d'asile. En plus, la Chambre précise qu'il : « appart[enait aux autorités néerlandaises] de se prononcer sur la nécessité de placer le témoin sous leur contrôle en vue de mener à bien toute procédure nationale qui serait en cours »[190]. Ainsi, dès que le témoin sera en état de voyager[191], le Greffe organisera son retour en RDC à moins que les autorités

---

Asiel, Rechtbank's Gravenhage, Sector bestuursrecht, Zittinghoudende te Amsterdam, (28 december 2011) LJN : BU9492, en ligne : de Rechtspraak <http://www.rechtspraak.nl> au para 9.9 [Décision du tribunal de district de La Haye] : Le tribunal a recentré l'état du droit en infirmant les prétentions du Ministre de l'immigration et de l'asile qui arguait que la *Loi sur les étrangers* ne pouvait être applicable dans le cas des demandes déposées par les détenus congolais :«[…] *there are neither grounds in national law nor in the legislation relating to the International Criminal Court that lead to the conclusion that regarding the assessment of the asylum requests the Dutch Aliens Act is not applicable*.» (Traduction non-officielle effectuée par madame Sharon Beijer titulaire d'un Master en droit international et européen (LL.M.) et d'un Master en droit pénal néerlandais (LL.M.) à VU University Amsterdam). Cette décision a été citée et le dispositif a été résumé dans *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/01-04/07-3224, Urgent Request for Convening a Status Conference on the Detention of Witnesses DRC-D02-P236, DRC-D02-P-0228, and DRC-D02-P-0350 (Regulation 30 of the Regulations of the Court) (30 janvier 2012) au para 9, note 7 (CPI, Conseils représentants les témoins détenus et Conseil de permanence) en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int> [Demande urgente de la tenue d'une conférence de mise en état]. Le Conseil de permanence et les Conseils représentants des témoins détenus y ont également indiqué que cette décision est finale depuis le 25 janvier 2012 puisqu'aucune procédure d'appel n'a été déposée par les autorités néerlandaises.

187 Décision du tribunal de district de La Haye, *supra* note 186 aux para 9.10 et Disposition. Concernant le délai fixé par la Cour au 28 juin 2012 pour rendre la décision sur le contentieux d'asile, les Conseils représentants des témoins détenus ont tenu à mentionner qu'il n'est pas exclu que la décision ne soit pas rendue pour cette date si les autorités néerlandaises considèrent le dossier excessivement complexe : Demande urgente de la tenue d'une Conférence de mise en état, *supra* note 186, note 9.

188 *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2804-Red, Redacted Order on the Request for Reconsideration of Order ICC-01/04-01/06-2785-Conf (1er septembre 2011, version expurgée publiée le 25 octobre 2011) au para 14 (CPI, Chambre I), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int>. [Ordonnance du 1er septembre 2011] Elle a confirmé définitivement cette ordonnance le 15 décembre 2011 : *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2835, Décision faisant suite aux observations présentées par les conseils représentant le témoin 19 de la Défense dans le cadre de la procédure de demande d'asile engagée devant les autorités néerlandaises (15 décembre 2011) (CPI, Chambre I), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int> [Décision du 15 décembre 2011].

189 *Affaire Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2801-Anx2, Annex 2 (30 août 2011) (CPI, Chambre I), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int> [Notes verbales des Pays-Bas du 26 août 2011]. Cette annexe a été reclassifiée « public » le 12 septembre 2011 mentionnées par la Chambre dans Ordonnance du 1er septembre 2011, *supra* note 188 aux para 12 à 14 Au paragraphe 12 de l'Ordonnance du 1er septembre 2011 la Chambre indique que les Pays-Bas: « *[do] not intend to defer the transfer of defense Witness 19 back to the DRC and it has declined to consult with the registry on the transfer of custodyto the Host state* […] ».

190 Décision du 15 décembre 2011, *supra* note 188 au para 19.

191 *Ibid*, au para 19.

néerlandaises souhaitent placer le témoin sous leur contrôle[192]. Nous ne nous attardons point sur le fondement et le raisonnement de cette décision mais plutôt sur les procédures d'asile toujours en cours pour les témoins 228, 236 et 350.

L'analyse des multiples obligations nationales et internationales qui devront être respectées lors de l'évaluation desdites demandes débute par les articles 93 et 94 de la Constitution du Royaume des Pays-Bas[193] (Constitution). Ces derniers permettent d'une part, la mise en œuvre immédiate des dispositions de traités internationaux au niveau national, et d'autre part, leur attribuent une autorité supérieure aux règles statutaires en cas de conflit et ce, dès lors qu'ils sont publiés par acte parlementaire[194].

À la lecture de ces articles, il est clair que les détenus congolais peuvent invoquer – et que les autorités nationales compétentes sont tenues d'appliquer – plusieurs instruments internationaux qui concernent l'obtention du statut de réfugié et le droit à une protection internationale, notamment l'article 1 de la *Convention relative au statut des réfugiés* (Critères applicables pour l'obtention du statut de réfugié), les articles 3 (Interdiction de la torture) et 13 (Droit à un recours effectif) de la *CEDH*[195], la *Directive sur la qualification du statut de réfugié*[196] découlant du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*[197] et enfin le principe de non-refoulement[198]. En plus de ce principe relevant de la coutume internationale et de ces

---

192 *Ibid*, au para 18. Il est à noter que le 27 octobre 2011, le tribunal de district de La Haye (Antenne de Rotterdam) avait été saisi par les Conseils représentant du témoin 19 pour qu'il statut sur la détention du témoin 19 : *[Expurgé] c Ministre de l'immigration et de l'asile*, Tribunal de's-Gravenhage, section du contentieux administratif, formation collégiale de la chambre des étrangers (Antenne de Rotterdam), (27 octobre 2011) N° d'ordre : AWB 11/31019, V-nummer : 275.812.4753. Cette décision a été traduite en français et annexée à Requête de présenter des observations, *supra* note 185. Le tribunal de district de La Haye a jugé ne pas être compétent sur la question de la détention du témoin 19. Cette décision a été portée en appel par les Conseils du témoin au Conseil d'État en date du 1er novembre 2011: Observations des Conseils représentant du témoin 19 du 23 novembre 2011, *supra* note 131 au para 9.

193 Pays-Bas, Ministry of the Interior and Kingdom Relations, Constitutional Affairs and Legislation Department, *The Constitution of the Kingdom of the Netherlands 2002*, Pays-Bas, en ligne : Nations Unies, Refworld <http://www.unhcr.org/refworld/> [*Constitution*]. Voir article 93: « *Provisions of treaties and of resolutions by international institutions which may be binding on all persons by virtue of their contents shall become binding after they have been published* » et article 94 : « *Statutory regulations in force within the Kingdom shall not be applicable if such application is in conflict with provisions of treaties that are binding on all persons or of resolutions by international institutions* ».

194 *Constitution*, art 95 : « *Rules regarding the publication of treaties and decisions by international institutions shall be laid down by Act of Parliement* ».

195 Pour reprendre les mots employés par les Conseils représentants des témoins détenus dans une écriture déposée à la CPI : la Convention européenne des droit de l'homme « *forms the back bone of the Common European Asylum System* » dans Demande urgente de la tenue d'une conférence de mise en état, *supra* note 186 au para 11.

196 CE, Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted, [2004], JO, L 304/13. [Directive].

197 CE, *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée)*, [2010], JO, C83/172. Ayant ratifié ce traité étant tenus par son article 288, les Pays-Bas sont ainsi liés par la Directive qui établit les normes minimales de qualification des nationaux provenant de pays en voie de développement et des apatrides comme réfugiés ou encore comme une personne requérant une protection internationale.

traités, dont les ratifications[199] ont été dûment publiées par acte parlementaire[200], la *Loi sur les étrangers* fait expressément référence aux dispositions des instruments internationaux qui nous intéressent soit l'article 1(A) de la *Convention relative au statut des réfugiés*[201] ainsi que l'article 3 de la *CEDH*[202].

Au vu de ce qui précède, nous pouvons en déduire que si les autorités néerlandaises accèdent aux demandes des détenus congolais et ce, suite à une évaluation rigoureuse sur le fondement des instruments susmentionnés, l'obtention d'un permis de résidence pour une période fixe sur la base de l'article 29(1) de la *Loi sur les étrangers* serait dès lors envisageable.

***

La présente démontre que les situations atypiques, dont les Chambres sont saisies, contribuent à clarifier l'interprétation du *Statut* et à préciser la manière dont il doit être appliqué.

Quoique la tâche fût particulièrement ardue considérant les échanges tantôt publics, tantôt confidentiels, cet article relève les résultats surprenants qui ont suivi les deux saisines du Conseil de permanence, elles-mêmes découlant de la simple demande de transfèrement de quatre détenus en vue de leur comparution à titre de témoin.

Se gardant de se prononcer sur les pratiques internes et sur le respect ou la méconnaissance des droits de l'homme internationalement reconnus par la RDC, puisque cette question ne relève tout simplement pas du champ de compétence de la CPI,

198 Voir à cet effet *Convention contre la torture*, *supra* note 120 à l'art 3 et *Convention relative au statut des réfugiés*, *supra* note 115 à l'art 33.

199 Le Royaume des Pays-Bas a ratifié la *Convention relative au statut des réfugiés* le 3 mai 1956 : « Chapitre V : Réfugiés et apatrides, 2. Convention relative au Statut de réfugié » (30 septembre 2012), en ligne : Collection des traités des Nations Unies <http://treaties.un.org/>. Quant à la ratification de la CEDH, elle a eu lieu le 31 août 1954 : Conseil de l'Europe, « Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales » (30 septembre 2012), Bureau des Traités, en ligne : <http://conventions.coe.int/>. Enfin, le Royaume des Pays-Bas a ratifié le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne par la *Rijkswet van 17 december 1992, houdende goedkeuring van het op 7 februari 1992 te Maastricht tot stand gekomen Verdrag betreffende de Europese Unie, met Protocollen, en een Overeenkomst betreffende de sociale politiek tussen de Lidstaten van de EG, met uitzondering van het Verenigd Koninkrijk.*

200 La ratification de la *Convention relative au statut des réfugiés* a été publiée dans le *Tractatenblad* de 1954, 88, et celle de la CEDH dans le *Tractatenblad* de 1951, 154.

201 Voir à cet effet l'article 1(k) de la *Loi sur les étrangers*, *supra* note 186 où la *Convention relative au statut des réfugiés* y est définie: « *the Convention on Refugees : the 1951 Geneva Convention relating to the Status of Refugees (Trb. 1954, 88) as amended by the New York Protocol of 1967 (Trb. 1967, 76)* » et l'article 1(l) où elle y est référée pour la définition du terme « réfugié »: « *refugee under the terms of the Convention : an alien who is a refugee within the meaning of the Convention on Refugees and to whom its provisions are applicable* ». Voir également l'article 27(1)(a) :«*A residence permit for a fixed period as referred to in section 26 may be issued to an alien : (a) who is a refugee under the terms of the Convention*».

202 Voir à cet effet l'article 29(1)b) de la *Loi sur les étrangers*, *supra* note 186 qui stipule : « *A residence permit for a fixed period as referred to in section 26 may be issued to an alien : (...) (b) who makes a plausible case that he or she has well-founded reasons for believing that if he is expelled he will run a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment* ».

ces deux décisions sont ainsi porteuses de davantage de légitimité et de crédibilité.

S'il est vrai qu'au niveau purement juridique la déclaration de l'inapplicabilité de tout article du *Statut* et ce, au regard du respect de l'article 21(3) est, depuis peu, possible, plusieurs obstacles juridiques subsistent.

En effet, puisque les témoins 350, 236 et 228 ne relèvent plus de la CPI depuis le 24 août 2011[203], il est donc à se demander s'ils doivent être remis en liberté comme le prescrit l'article 26 de la *Convention relative au statut des réfugiés* ou s'ils doivent demeurer détenus. Si l'on opte pour ce dernier scénario, il faut dès lors déterminer qui a la responsabilité d'assurer leur garde. Le silence du *Statut* à cet égard a placé les juges de la Chambre II dans une position délicate où ils ont judicieusement décidé d'entreprendre un processus de consultation avec les autorités néerlandaises et congolaises pour rechercher la solution adéquate à ce vide juridique[204]. Pourtant, le 4 octobre 2011, les démarches du Greffe sont toujours restées infructueuses; les autorités néerlandaises ont clairement indiqué leur refus de transférer les détenus en territoire néerlandais jusqu'à ce que la décision finale quant à leur demande d'asile soit rendue[205] et les autorités congolaises insistent quant à leur retour en RDC[206]. Cette détention au quartier pénitentiaire de la CPI, dépourvue de fondement juridique, fait à juste titre l'objet de contestations de la part du le Conseil de permanence et des Conseils représentant des trois détenus[207].

Autant de questions, et bien d'autres restent sans réponses jusqu'à présent, plus particulièrement celle de l'issue du contentieux d'asile devant les autorités néerlandaises. Cette étape ultime, quoiqu'elle ne relève point des prérogatives de la Cour pénale internationale, dépendra exclusivement de l'examen que l'État néerlandais en fera au regard du droit international et de sa législation nationale; le mandat des juges de la Cour n'étant circonscrit qu'à l'octroi du droit d'exercer leur demande d'asile et non de l'accorder.

---

[203] En effet, dans la Décision du 24 août 2011 sur la situation sécuritaire des trois témoins, *supra* note 109 au paragraphe 14, la Chambre II considère s'être acquittée de ses obligations découlant de l'article 68 du Statut tel que nous l'avons mentionné plus haut. Ainsi, aucune disposition législative ne justifie leur maintien sous sa garde. La Chambre I est arrivée à ce même raisonnement à l'égard du témoin 19 en date du 4 juillet 2011, bien avant la Chambre II : Décision concernant DRC-D01-WWWW-0019, *supra* note 5 au para 88.

[204] Cette question a été soulevée dans l'*Affaire Katanga et Ngudjolo Chui* dans la Décision DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228, *supra* note 45, au para 85 et dans la Décision du 24 août 2011 sur la situation sécuritaire des trois témoins, *supra* note 109 aux para 14-17. Pendant le déroulement de ces consultations, la Chambre II a établi que les témoins détenus demeureront sous sa garde.

[205] *Affaire Katanga et Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-3158, Rapport du Greffe soumis en vertu de la décision ICC-01/04-01/07-3128 (16 septembre 2011) au para 4 (CPI, Greffe), en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int>. Ce document a été reclassifié « public » le 23 septembre 2011.Il renvoie aux notes verbales des Pays-Bas du 26 août 2011, *supra* note 189. Celles-ci avaient été initialement envoyées dans le cadre des procédures concernant du témoin 19.

[206] Demande urgente de la tenue d'une Conférence de mise en état, *supra* note 186 au para 4.

[207] *Ibid*, au para 6.