

**Cour
Pénale
Internationale**



**International
Criminal
Court**

Original : français

N°.: ICC-01/04-01/06

Date: 20 juillet 2006

LA CHAMBRE D'APPEL

Composée comme suit :

M. le juge Sang-Hyun Song, juge président

M. le juge Philippe Kirsch

M. le juge Georgios M. Pikis

Mme la juge Navi Pillay

M. le juge Erkki Kourula

Greffier :

M. Bruno Cathala

SITUATION EN REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO

AFFAIRE

LE PROCUREUR

c/Thomas Lubanga Dyilo

Public

**Conclusions de la défense en réponse au mémoire d'appel du Procureur du
5 juillet 2006**

Le Bureau du Procureur

M. Luis Moreno Ocampo, Procureur

Mme. Fatou Bensouda, Procureur adjoint

M. Ekkehard Withopf, premier substitut
du Procureur

Le conseil de la défense

Jean Flamme

Assistante judiciaire

Mme. Véronique Pandanzyla

1. Rétroactes

1. La Chambre Préliminaire I a rendu sa « decision establishing general principles governing application to restrict disclosure pursuant to Rule 81 (2) and (4) of the Statue » le 19 mai 2006.
2. Le Procureur a déposé sa “motion for reconsideration and, in the alternative, leave to appeal” le 24 mai 2006.

Le Juge unique a rendu sa décision à ce sujet le 23 juin 2006, a rejeté la demande de reconsidération, et a accordé le droit d’appel pour trois motifs.

3. Le Procureur a déposé son mémoire d’appel le 5 juillet 2006.
4. La défense a déposé sa demande de prorogation du délai de réponse au mémoire d’appel du Procureur le 3 juillet 2006.

La Chambre d’appel a accordé, par sa décision du 11 juillet 2006 une prorogation du délai de réponse de 5 jours.

2. En droit

La défense renvoie expressément à ses « observations sur le système de divulgation en vue de l’audience de confirmation des charges » du 2 mai 2006 et à la jurisprudence qui y est citée, et les considère comme expressément répétées dans la présente procédure d’appel.

2.1. Quant au droit d’appel

5. Il appartient à la Chambre d’Appel d’examiner au préalable la recevabilité de l’appel du Procureur.

L’art. 83.2 du Statut à Rome subordonne la recevabilité d’un appel à la question de savoir si la procédure faisant l’objet de l’appel est viciée au point de porter atteinte à la régularité de la décision ou de la condamnation ou que la décision ou la condamnation faisant l’objet de l’appel est sérieusement entachée d’une erreur de fait ou de droit.

6. La défense fait remarquer que le Procureur n’a soulevé aucune erreur de fait ou de droit dans la décision dont appel.

Il a simplement critiqué cette décision en ce qu'elle établirait des « principes généraux de caractère obligatoire », « qu'il ne conteste pas nécessairement » « mais qui créent un système trop rigide et manquent la « souplesse nécessaire » pour une « application au cas par cas ».¹

Dans la mesure où le Procureur **ne conteste pas** les principes d'interprétation établis par la Chambre Préliminaire I en vue de l'audience de confirmation des charges, il est évident qu'il ne soutient nullement qu'il y aurait erreur de fait ou de droit.

Il faudrait, en plus, que l'erreur invoquée soit **grave**, importante. Elle devrait, en d'autres mots, entraîner un tort important.

Le Procureur devrait donc en plus démontrer que la décision attaquée aurait été différente, sans l'erreur invoquée, et que cela provoque un tort important.

A fortiori le Procureur ne démontre pas ces éléments.

De ce fait son appel doit être déclaré irrecevable et manque de droit.

2.2. En ordre subsidiaire – quant au fond

2.2.1. Premier motif d'appel – critères afin d'autoriser la non-communication de l'identité des témoins avant l'audience de confirmation des charges

2.2.1.1. En ordre principal : quant à la recevabilité de l'appel sur ce point

7. La Chambre Préliminaire I avait déjà décidé sur ce point par sa décision du 15 mai 2006 (par. 101). Le Juge Unique décide en effet que, comme **règle générale**, les déclarations doivent être divulguées à la défense dans leur intégralité. Toute restriction à ceci doit être **autorisée** par le Juge Unique sous la procédure prévue à la règle 81.

La défense constate que le Procureur n'a pas demandé l'autorisation de faire appel de cette décision préalable du 15 mai 2006 qui détermine les principes que le Procureur attaque dans la décision ultérieure du 19 mai 2006, décision unique dont appel.

Le délai tel que déterminé par la règle 155 pour le faire étant écoulé, la décision du 15 mai 2006 est devenue définitive.

¹ Mémoire d'appel du 5 juillet 2006, p.3

L'appel du Procureur contre la décision du 19 mai 2006 n'est donc pas recevable puisqu'à la date du 24 mai 2006, la décision du 15 mai 2006 était devenue définitive.

La Chambre d'Appel ne pourrait donc plus réformer la décision du 19 mai 2005 sur un point au préalable fixé par la décision du 15 mai 2005, sans par ce fait, violer l'autorité et la force de chose jugée de la première décision, ainsi que créer des décisions contradictoires.

L'appel du Procureur est donc irrecevable sur ce point.

2.2.1.2. En ordre subsidiaire : quant au fond

8. C'est à juste titre que la décision dont appel stipule que la non-communication de l'identité des témoins ne peut être autorisée qu'**exceptionnellement**, et au cas où des conditions bien précises sont remplies.

Le Procureur critique cette partie de la décision en ce qu'elle :

- établirait une « présomption de communication »
- mettrait au pied d'égalité l'audience de confirmation des charges avec la phase de procès, seule phase où la crédibilité d'un témoin pourrait être examinée,
- ne permettrait pas d'interprétation cas par cas, individuellement par témoin.

a) « Présomption de communication »

9. Le Procureur semble vouloir mettre en doute le principe, pourtant évident, de l'**exception** que constituent les mesures de protection, dont la non-communication des identités.

Le Procureur semble, ce faisant, oublier que le **principe** de la communication des identités est inscrit et reconnu sous le régime du Statut, notamment à la règle 76 :

« Le Procureur communique à la défense le **nom** des témoins qu'il entend appeler à déposer et une copie de leurs déclarations. »

Le Procureur n'a **jamais** contesté l'applicabilité de cette règle à la phase actuelle de la procédure.

Par ailleurs des mesures de non-communication des identités en application de l'art. 68 du Statut et de la règle 81 doivent être autorisées par la Chambre Préliminaire, comme d'ailleurs reconnu par le Procureur dans ses observations du 6 avril 2006.²

L'art. 68.1 du Statut prévoit, de plus, in fine :

« Ces mesures ne doivent être ni préjudiciables ni contraires aux droits de la défense et aux exigences d'une procès équitable et impartial. »

A l'évidence, il n'est pas possible pour un accusé de se défendre contre du matériel de preuve « expurgé ». Comment pourrait-il, par exemple, contester la crédibilité d'un témoin dont l'identité ainsi que les origines lui restent cachées.³

Il en résulte que les mesures de protection tendent avant tout à une protection contre la divulgation publique, mais ne peuvent être appliquées à l'envers de la défense même. Pour le moins elle doivent être levées au bénéfice de la défense suffisamment tôt, de telle sorte que la défense soit à même de contrôler la crédibilité des preuves concernées.

Le Procureur a d'ailleurs reconnu que des mesures de protection ont pour but d'éviter la divulgation au public des informations protégées.⁴

A l'évidence le principe est donc la divulgation tandis que la non-communication des identités constitue l'exception, reconnue d'ailleurs, par le Procureur au par. 7 de son mémoire d'appel.

Il est par ailleurs tout à fait remarquable de constater que le Procureur, dans son mémoire d'appel, semble vouloir installer une différence entre des témoins « importants » et d'autres témoins.⁵

Le Procureur reconnaît explicitement que « souvent » la défense aura une forte justification de connaître l'identité des premiers.

² Observations du Procureur sur la divulgation, p. 9

³ The argument which has based the rule favourable to the disclosure of the witness identity is stated in case *KOSTOVSKI v / Netherlands* « Si la Défense ne connaît pas l'identité de la personne qu'elle veut interroger, elle peut être ainsi privée des détails qui lui permettraient précisément de démontrer que la personne est partielle, réfractaire ou sujette à caution. Il ne peut être exclu qu'un témoignage ou tout autre déclaration incriminant l'accusé soit délibérément faussé ou tout simplement erroné, ce que la Défense aura les plus grandes difficultés à mettre en lumière si lui font défaut les informations permettant de s'assurer de la bonne foi de la personne ou de mettre en doute sa crédibilité »

(1990) 12 European Human Rights Reports/EHRR 434

⁴ Prosecutor's Observations on Disclosure dd. 6.4.2006 p. 10

⁵ mémoire d'appel du 5 juillet 2006 par. 7

La défense estime que ce qui vaut pour des témoins « importants » vaut, à plus forte raison, également pour les autres témoins.

b) Régime « différent » en vue de l'audience de confirmation des charges

10. La thèse concernée du Procureur est entièrement nouvelle.

Dans ses observations sur la divulgation du 6 avril 2006 le Procureur ne fait nullement la distinction qu'il fait actuellement « pour les besoins de sa cause ».

Le Procureur n'a d'ailleurs jamais, non plus, contesté le principe entériné par la règle 121.1, accordant à l'accusé la jouissance des droits énoncés à l'art. 67 du Statut, dès le stade préliminaire de la procédure.

Ces droits concernent la **plénitude** des droits de la défense dans tout procès mené contre lui, tel que reconnus d'ailleurs dans les Traités internationaux.

11. L'audience de confirmation des charges est une phase essentielle dans le procédure puisque l'objet en est précisément de décider si oui ou non il existe **des preuves suffisantes** donnant des motifs substantiels de croire que la personne a commis chacun des crimes qui lui sont imputés.

La thèse du Procureur tendant à faire dire qu'il ne s'agirait que d'une « formalité » à laquelle ne seraient pas applicables les garanties procédurales dont question manque totalement de droit.

Ces garanties sont, de plus, additionnellement inscrites à l'art. 61. (3), (5) et (6) du Statut.

Puisque l'accusé peut contester les charges et les éléments de preuve produits par le Procureur ainsi que présenter lui-même des éléments de preuve, sans restriction aucune, il n'y a pas lieu d'apporter jurisprudentiellement de restrictions à un article de loi qui est clair.

Agir différemment irait à l'encontre de la présomption d'innocence inscrite à l'art. 66 et aux droits de la défense, inscrits à l'art. 67.

En plus, en prévoyant une intervention juridictionnelle en temps opportun, le Statut de la CPI a voulu corriger l'approche des TPI et permettre d'éviter des

situations où la juridiction pénale, intervenant a posteriori, doit constater des violations des droits de la défense et ordonner des mesures de réparation appropriées.⁶

Ceci est d'ailleurs l'approche dans beaucoup de systèmes de procédure pénale en droit Romano-Germanique.

c) Approche au cas pas cas, individuellement par témoin

12. Il n'est pas clair du tout en quoi les principes établis par la décision attaquée ne pourraient pas être appliqués à chaque témoin, individuellement.

Le Procureur n'a pas concrètement motivé son appel à ce sujet.

2.2.2. Deuxième motif d'appel : le cadre « ratione temporis » de l'instruction

2.2.2.1. En ordre principal : quant à la recevabilité de l'appel sur ce point

13. La Chambre Préliminaire I a, dans la décision dont appel, estimé que, dans le cadre de l'application de l'art. 61 (4) et (9) du Statut, l'instruction doit être clôturée au moment de l'audience de confirmation des charges et renvoie à cet effet à sa décision préalable du 15 mai 2006 (part. 130 et 131).

14. La défense constate que le Procureur n'a pas demandé l'autorisation de faire appel de cette décision préalable du 15 mai 2006 qui détermine les principes que le Procureur attaque dans la décision ultérieure du 19 mai 2006, décision unique dont appel.

Le délai tel que déterminé par la règle 155 pour le faire étant écoulé, la décision du 15 mai 2006 est devenue définitive.

L'appel du Procureur contre la décision du 19 mai 2006 n'est donc pas recevable puisqu'à la date du 24 mai 2006, la décision du 15 mai 2006 était devenue définitive.

La Chambre d'Appel ne pourrait donc plus réformer la décision du 19 mai

⁶ Anne-Marie LA ROSA – Juridictions pénales internationales – la procédure et la preuve, puf 2003 p. 71

2005 sur un point au préalable fixé par la décision du 15 mai 2005, sans par ce fait, violer l'autorité et la force de chose jugée de la première décision, et créer des décisions contradictoires.

L'appel du Procureur est donc irrecevable sur ce point.

2.2.2.2. En ordre subsidiaire : au fond

15. C'est à tort que le Procureur soutient que le Juge Unique aurait fait une interprétation « téléologique » de l'art. 61 du Statut.

Bien au contraire, le Juge Unique s'est limité à la stricte interprétation de l'art. 61 (4), qui est clair :

« Avant l'audience, le Procureur peut poursuivre l'enquête »

Il en résulte, a contrario, que cela ne peut plus se faire après ce moment.

Le Juge unique, dans sa décision du 15 mai 2006 (par. 130), ne constate qu'additionnellement qu'aucune autre disposition du Statut permet au Procureur d'enquêter encore après l'audience de confirmation des charges.

Le fondement juridique de sa décision se trouve toutefois dans la seule interprétation littérale de l'art. 61 (4).

16. Il n'y a par ailleurs, et additionnellement, lieu de faire les remarques suivantes :
17. Parce que la privation de liberté est une chose extrêmement sérieuse sous le Statut, le Procureur a l'obligation de vérifier s'il dispose du matériel de preuve à charge nécessaire avant de le faire, et après avoir évalué les preuves, tant à charge qu'à décharge.
- Dès lors l'art. 54 du Statut impose au Procureur, pour établir la vérité, d'étendre l'enquête à tous les faits et éléments de preuve qui peuvent être utiles pour déterminer s'il y a responsabilité pénale au regard du présent Statut, et, ce faisant, d'enquêter tant à charge qu'à décharge.
- L'art. 54.1 (b) lui impose de prendre les mesures propres à assurer l'efficacité des enquêtes et des poursuites visant des crimes relevant de la compétence de la Cour.

L'art. 58.1 impose au Procureur de vérifier s'il y a suffisamment d'éléments de preuve ou d'autres renseignements pour convaincre la Chambre Préliminaire qu'il y a des motifs raisonnables de croire que cette personne a commis un crime relevant de la compétence de la Cour.

Le Procureur doit donc, afin d'établir cette vérité, enquêter sur tous les éléments incriminatoires et disculpatoires avant de présenter une affaire devant la Chambre Préliminaire.

Si certains éléments ne seraient pas accessibles, le Procureur aurait l'obligation d'épuiser tous les moyens offerts par l'art. 54 et plus spécifiquement l'art. 54.1 (b).

Les soumissions du Procureur semblent indiquer qu'il n'agit pas de la sorte mais demande l'arrestation d'une manière incidente et continue l'enquête plus tard afin de vérifier post factum s'il y a suffisamment d'éléments de preuve.

L'art. 53.2 impose pourtant au Procureur plusieurs critères auxquels doit être répondu en cours d'enquête et avant toutes poursuites.

18. Le Procureur réfère, dans son argumentation, à des exemples de situations dans lesquelles il serait nécessaire de continuer des enquêtes ultérieurement.

La défense fait remarquer que le Procureur fait lui-même ce qu'il reproche au Juge Unique, notamment de procéder par des généralisations.

Le présent litige traite de l'audience de confirmation des charges dans l'affaire le Procureur c/ Thomas Lubanga Dyilo.

Le Procureur n'indique aucunement quels seraient les problèmes concrets rencontrés dans cette affaire, qui justifieraient la mesure demandée.

La demande du Procureur est donc hypothétique et ne peut être accordée dans ces conditions.

Par ailleurs le Procureur s'est présentement désisté du droit d'encore ajouter des charges aux charges existantes.

Il faut donc en conclure qu'il a terminé ses enquêtes et que sa demande est sans fondement aucun.

19. En ordre tout à fait subsidiaire, il y a lieu de faire remarquer qu'en ce qui concerne la remarque (générale et hypothétique) du Procureur qu'il serait

possible que par cause d'un conflit sur le terrain il ne pourrait pas avoir accès à du matériel de preuve qui pourrait devenir accessible plus tard, il faut se référer à l'art. 53.2 (c).

Un élément clé pour la décision d'engager des poursuites sera si le Procureur a pu avoir accès à tout matériel incriminatoire et disculpatoire et si la défense pourra mener des enquêtes telle-même.

Si ces éléments font défaut, il ne pourrait être engagé de poursuites sans violer les principes de base repris à l'art. 67 du Statut notamment le droit d'être jugé *sans retard excessif. Il ne serait, dans ce cas, pas dans l'intérêt de la justice* d'engager des poursuites.

Dans le cas présent le Procureur a déjà émis des doutes quant à la possibilité de continuer des enquêtes et donc quant à la possibilité pour la défense de mener les siennes.

2.2.3. Troisième motif d'appel : procédures « ex parte »

20. La règle 81.2 est claire à ce sujet : « La Chambre entend le Procureur ex parte ».

Il n'est nullement prévu que la demande du Procureur pourrait être faite « ex parte ». Il faut en conclure a contrario qu'elle doit être faite « inter partes ». Le principe de la procédure étant, à l'évidence « inter partes », les exceptions à cette règle doivent être expressément prévues, et interprétées limitativement.

En plus la défense désire référer au principe général de droit international de droits de l'homme que chaque restriction des droits de l'accusé doit être subordonné au principe de proportionnalité, comme précisé par la Chambre d'Appel du TPIY⁷

« *Any restriction of a fundamental right must be in service of « a sufficiently important objective, » and must « impair the right... no more than is necessary to accomplish the objective. »⁸ Similarly, while the International Covenant on*

⁷ "Décision On Interlocutory Appeal Of The Trial Chamber's Decision On The Assignment Of Defense Counsel", Prosecutor v. Milosevic, Appeals Chamber Decision of 1 November 2004, at para. 17

⁸ Elloy De Feitas V. Permanent Secretary of Ministry Of Agriculture, Fisheries, Lands, And Housing, 1 A.C. 69 (1998) (United Kingdom Privy Council) (striking down a restriction on civil servants' right to demonstrate) (citing Zimbabwean, South African, and Canadian jurisprudence); see also e.g. McConnell v. Federal Election Comm'n, 540 U.S. 93 (2003) (United States Supreme Court) (finding that a campaign finance law must not restrict the right to free speech substantially more than the extent necessary to advance the state's interest in preventing electoral corruption); Chassagnou v. France, 29 E.H.R.R. 615 (2000) (European Court of Human Rights) (holding that only "indisputable imperatives" can justify restrictions on a right protected by the European Convention of Human Rights, and even then only if the restrictions are a "necessary" and "proportionate" means of advancing the state objective) (striking down French law requiring rural landowners to make their land available to hunters); Edmonton Journal v; Alberta, 1989 Carswell Alta 198 (Canadian Supreme Court) (holding

Civil and Political Rights allows some restriction of certain civil rights where "necessary to protect national security, public order (order public), public health or morals, or the rights and freedoms of others,"⁹ the United Nations Human Rights Committee has observed that any such restrictions "must conform to the principle of proportionality; ... they must be the least intrusive instrument amongst those which might achieve the desired result; and they must be proportionate to the interest to be protected"¹⁰ And the ICTY itself has been guided by a "general principle of proportionality in assessing defendants' suitability for provisional release, noting that a restriction on the fundamental right to liberty is acceptable only when it is "(1) suitable, (2) necessary and when (3) its degree and scope remain in a reasonable relationship to the envisaged target."¹¹

21. Par ailleurs la défense réfère expressément à son argumentation exposée dans sa motion du 2 mai 2006 concernant les procédures ex parte et la jurisprudence que y est citée, argumentation qu'elle reprend entièrement ici.

22. Il faut également référer au principe général entériné par l'art. 68.5 statuant que des mesures de protection doivent être appliquées d'une manière qui n'est ni préjudiciable ni contraire aux droits de la défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial.

23. Le Procureur avance dans son mémoire d'appel (par. 31) « that there may well be situations in which the specific nature of the evidence concerned, the witness or victim, or the identity or concerns of the information provide may require keeping the fact of the application from the defence to avoid prejudice".

La défense conteste qu'elle pourrait identifier la source d'une information par le seul fait qu'une demande a été faite par le Procureur.

24. Si le Procureur est autorisé, en dehors des cas spécifiquement prévu par les textes, de déposer des demandes d'un façon ex parte, la procédure entière serait secrète et la défense ne connaîtrait même par l'existence de cette procédure, ce qui est contraire à ses droits fondamentaux.

that a statute restricting the publication of information about divorce proceedings must impair the right to freedom of expression no more than strictly necessary to protect personal privacy).

⁹ International Covenant on Civil and Political Rights, Article 12, para. 3

¹⁰ Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies HRI/GENT/1/Rev.6, 12 May 2003, p. 176 ("The application of restrictions in any individual case must ... meet the test of necessity and the requirements of proportionality.")

¹¹ Prosecutor v. Limaj, Case N° It-03-66-AR65, 31 October 2003, para. 13 (three-judge bench of the Appeals Chamber)

PAR CES MOTIFS,

PLAISE A LA CHAMBRE D'APPEL,

Rejeter l'appel du Procureur



Jean Flamme, conseil de la défense

Fait le 20 juillet 2006

À Gand, Belgique