



Original : **anglais**

N° : ICC-01/04-01/06

Date : 7 décembre 2006

LA CHAMBRE PRÉLIMINAIRE I

Composée comme suit : M. le juge Claude Jorda, juge président
Mme la juge Akua Kuenyehia
Mme la juge Sylvia Steiner

Greffier : M. Bruno Cathala

**SITUATION EN REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO
AFFAIRE
LE PROCUREUR c. THOMAS LUBANGA DYILO**

Public

**Mémoire de la Défense concernant les points de droit qu'elle a soulevés
lors de l'audience de confirmation des charges**

Le Bureau du Procureur

M. Luis Moreno-Ocampo, Procureur
Mme Fatou Bensouda, procureur adjoint
M. Ekkehard Withopf, premier substitut
du Procureur

Les représentants légaux des victimes

Me Luc Walley, Me Franck Mulenda
Mme Carine Bapita Buyangandu

Le conseil de la Défense

Me Jean Flamme
Mme Véronique Pandanzyla
M. Geoff Roberts

**Le Bureau du conseil public pour la
Défense**

Mme Melinda Taylor

1. La Défense dépose le présent mémoire en exécution de la Décision de la Chambre préliminaire¹. La première partie, relative aux questions de droit, est rédigée en anglais ; les observations de la Défense sur les éléments de preuve produits à l'audience de confirmation des charges sont, quant à elles, présentées en français.

I – Droit applicable

A – Le principe de la légalité

2. Comme indiqué à l'audience de confirmation des charges, le 24 novembre 2006, les dispositions du Statut de Rome doivent être interprétées à la lumière des normes impératives de droit international, et notamment du principe de la légalité, selon lequel toutes les lois doivent satisfaire aux exigences de spécificité, de sécurité, de reconnaissance du caractère criminel des actes visés et de prévisibilité². En effet, « [TRADUCTION] au moins depuis Fuller, nul ne peut nier que les lois doivent être générales, publiques, prospectives, claires et cohérentes³ ».
3. La Défense reconnaît que, de par sa nature même, le droit international ne saurait demeurer immuable. Cependant, elle estime qu'il existe une distinction nette entre, d'un côté, le développement progressif du droit vers une codification des comportements perçus comme engageant une responsabilité pénale individuelle et, de l'autre, la promulgation de nouvelles lois sans rapport avec des comportements dont l'auteur aurait pu prévoir qu'ils engageraient sa responsabilité pénale individuelle⁴.
4. Comme indiqué lors de l'audience de confirmation des charges, les tribunaux ad hoc ont transposé les exigences de légalité au plan international et, ce faisant, se sont concentrés sur la question de savoir si le caractère criminel d'un comportement constitutif d'une infraction pouvait être reconnu comme tel par l'accusé et être prévisible pour celui-ci⁵.

¹ Décision relative au calendrier et au déroulement de l'audience de confirmation des charges, 7 novembre, ICC-01/04-01/06-678-tFR.

² Voir les pages 11 et 12, citant l'affaire *Le Procureur c/ Vasiljevic*, Jugement du 29 novembre 2002, par. 193, <http://www.un.org/ictv/vasiljevic/trialc/jugement/index.htm>, et Procès des criminels de guerre devant les tribunaux militaires de Nuremberg en vertu de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle (« affaire des otages »), Vol. 11, p. 1240. Voir également l'affaire *Le Procureur c/ Ojdanic*, Décision de la Chambre d'appel du 21 mai 2003, par. 37 et 38.

³ G. Fletcher et J. Ohlin, 'Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005, p. 539 à 561, note de bas de page 2. Voir l'article 22-2 du Statut de Rome. Voir également l'affaire *Veeber c. Estonie*, requête n° 45771/99, Arrêt du 21 janvier 2003, par. 31, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=veeber%20%7C%20c.%20%7C%20estonia&sessionid=9698232&skin=hudoc-fr> et l'affaire *Kokkinakis c. Grèce*, requête n° 14307/88, Arrêt du 25 mai 1993, par. 40, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Kokkinakis%20%7C%20c.%20%7C%20Gr%E8ce&sessionid=9698232&skin=hudoc-fr>

⁴ Voir M. Shahabuddeen, 'Does the Principle of Legality Stand in the Way of Progressive Development of the Law?', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2 (2004), p. 1007 à 1017, <http://jicj.oxfordjournals.org/cgi/reprint/2/4/1007.pdf>.

⁵ Voir p. 12 et 13 de la transcription anglaise (sauf mention contraire, toutes les références à la transcription dans les sections A et B du présent document concernent la transcription anglaise du 24 novembre 2006), dans lesquelles est citée l'affaire *Le Procureur c. Furundzija*, Jugement du 10 décembre 1998,

Sur ce point, la Défense fait valoir qu'il existe une distinction entre la question de savoir si, dans l'abstrait, la Cour est compétente pour connaître d'une certaine infraction en vertu du Statut, et l'obligation pour elle de s'assurer que les exigences de légalité sont remplies dans le cas particulier d'une personne donnée. À ce sujet, la Défense fait observer que, dans son rapport portant proposition de Statut pour le Tribunal spécial pour la Sierra Leone⁶, le Secrétaire général de l'ONU a reconnu l'importance absolue du principe de la légalité. S'agissant de la proposition relative au délit de recrutement d'enfants soldats, le Secrétaire général a remarqué que « la reconnaissance de ce délit en droit coutumier comme crime de guerre engageant la responsabilité pénale individuelle de l'accusé n'est pas clairement établie⁷ ». Il a par conséquent évité de donner une définition plutôt administrative impliquant l'acte « consistant à inscrire son nom sur une liste et [...] devenir officiellement membre des forces armées » et préféré définir les limites du délit en conformité avec un comportement clairement reconnu comme criminel en Sierra Leone, à savoir l'enlèvement, le recrutement forcé et (et non « ou ») la transformation d'un enfant en enfant combattant.

5. La Défense estime que le fait que le Conseil de sécurité ait décidé par la suite de fonder le texte du Statut de ce Tribunal spécial sur la disposition correspondante du Statut de Rome n'enlève rien à la force de l'argument du Secrétaire général concernant les limites du délit en question. Il est à noter que dans une décision prise à la majorité, la Chambre d'appel s'est prononcée sur la question de savoir si le délit en question existait en droit international coutumier⁸ mais ne s'est pas penchée sur celle de savoir si le principe de la légalité imposait aux juges de définir les limites du délit telles que fixées dans le Statut, de façon à s'assurer que l'accusé pouvait prévoir que le comportement constitutif de l'infraction était criminel ; ce faisant, elle a ainsi laissé au Tribunal le soin de trancher cette question dans une décision ultérieure⁹.

<http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/jugement/index.htm> et la jurisprudence du TPIR, qui s'est fondée sur le droit rwandais pour définir le cadre des devoirs exprès de l'accusé : affaire *Le Procureur c. Mpambara*, Jugement du 11 septembre 2006, « [TRADUCTION] un accusé doit connaître la portée de son obligation pour être en mesure de contester ce qui lui est reproché », par. 32. Voir également l'affaire *Le Procureur c/ Hadzihasanovic*, Décision du 12 novembre 2002 : « [l']accent mis sur le comportement et non sur une description précise de l'infraction en droit matériel est de la plus haute importance », par. 62, <http://www.un.org/icty/hadzihas/trialc/decision-f/021112f.htm>.

⁶ Rapport du Secrétaire général sur l'établissement d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone, 4 octobre 2000, S/2000/915.

⁷ Au par. 18.

⁸ Affaire *Le Procureur c. Norman*, *Decision on Interlocutory Appeal Concerning Lack of Jurisdiction (Child Soldiers)*, 28 mai 2004, <http://www.sc-sl.org/CDF-decisions.html>. Conformément au Règlement de procédure et de preuve, cette décision a été prise par la Chambre d'appel siégeant en formation de quatre juges seulement. Cette décision a également fait l'objet d'une opinion très fortement dissidente du juge Robertson.

⁹ Sur ce point, la Défense fait observer qu'en raison de pressions politiques, le Statut du Tribunal spécial prévoit la responsabilité pénale des enfants âgés de moins de 15 ans (voir par. 35 du Rapport du Secrétaire général). Cependant, bien qu'une telle disposition existe, l'Accusation n'a encore lancé aucun acte d'accusation contre des

6. La Défense fait donc valoir que les principes énoncés ci-dessus imposent à la Chambre de vérifier avant tout si le crime énoncé à l'article 8-2-e-vii pouvait être suffisamment reconnu comme tel par Thomas Lubanga Dyilo. Ensuite, en définissant les limites du crime énoncé à l'article 8-2-e-vii, la Chambre devrait procéder à une interprétation stricte et précise, tenant compte de l'exigence selon laquelle Thomas Lubanga Dyilo aurait dû être en mesure de prévoir que le comportement constitutif du crime pouvait engager sa responsabilité pénale individuelle.
7. Il a été indiqué à l'audience de confirmation des charges qu'au cours de la période correspondant aux charges, la région de l'Ituri était dirigée par différentes formations politiques et militaires et, à certains moments, elle était contrôlée et administrée par des forces liées à des gouvernements étrangers¹⁰. Par conséquent, l'applicabilité en Ituri des traités internationaux ratifiés par le Gouvernement intérimaire de Kinshasa, de même que la connaissance de ces lois par les habitants de cette région, n'étaient pas assurées.
8. S'agissant de la forme du document de notification des charges, la Défense a soutenu que l'implication d'éléments étrangers, comme les UPDF, pouvait transformer le conflit en Ituri en un conflit armé international¹¹. La Chambre préliminaire a reconnu cette possibilité dans sa décision relative à la délivrance du mandat d'arrêt¹² et au cours de l'audience du 2 février 2006¹³, lors de laquelle elle a fait expressément référence aux conclusions rendues par la Cour internationale de justice dans l'affaire opposant la RDC à l'Ouganda.
9. Les conclusions de la Cour internationale de justice revêtent une grande importance pour la question qui nous occupe¹⁴. En effet, sur la base des éléments apportés par la RDC, cette Cour a estimé qu'il existait des preuves suffisantes pour déterminer « que l'Ouganda avait établi et exerçait son autorité en Ituri [une nouvelle province créée en juin 1999 par le commandant des forces ougandaises en RDC] en tant que puissance occupante¹⁵ ». La Cour a par conséquent conclu que l'influence de l'Ouganda s'est poursuivie jusqu'au

personnes âgées de moins de 15 ans. Il est donc clair que le simple texte du Statut ne correspond pas toujours à la réalité des procédures judiciaires ou en matière de poursuites devant le Tribunal.

¹⁰ Transcription anglaise, p. 15.

¹¹ Transcription anglaise, p. 66.

¹² Au par. 85.

¹³ Transcription anglaise, p. 30.

¹⁴ Arrêt du 19 décembre 2005, <http://www.icj-cij.org/cijwww/cdocket/cco/ccoframe.htm>.

¹⁵ Concrètement, la RDC a affirmé devant la Cour que « les actes d'administration accomplis par l'Ouganda dans cette province se sont poursuivis jusqu'au retrait des troupes ougandaises. À l'appui de cette information, la RDC [a] indiqu[é] que le colonel Muzoora, des UPDF, exerça *de facto* les fonctions de gouverneur de la province entre janvier et mai 2001, et que "deux au moins des cinq gouverneurs qui ont succédé à Mme Lotsove jusqu'en 2003 ont été démis de leur fonctions par les autorités militaires ougandaises, parfois sous la menace des armes". La RDC [a] affirm[é] que les autorités ougandaises étaient directement impliquées "dans la vie politique des régions occupées" et, citant le quotidien ougandais *New Vision*, que "l'Ouganda est allé jusqu'à superviser les élections locales" », par. 168.

retrait de ses troupes le 2 juin 2003. Elle a également été saisie d'une affaire similaire concernant la présence du Rwanda dans la région mais n'a pas encore rendu son arrêt au fond à ce sujet. En déterminant quel droit devrait s'appliquer aux hostilités durant l'occupation, la Cour s'est uniquement fondée sur des traités qui avaient été ratifiés par les deux parties ou qui pourraient être clairement considérés comme étant représentatifs du droit international coutumier¹⁶.

10. En vertu de l'article 64 de la Quatrième Convention de Genève¹⁷, « la législation pénale du territoire occupé demeurera en vigueur ». Selon la Défense, cela implique que c'est la législation en vigueur au début de l'occupation qui demeure en vigueur, et non pas les lois adoptées par la suite. De plus, conformément aux dispositions du Règlement de La Haye concernant les lois de l'occupation, la puissance occupante est uniquement tenue d'appliquer les lois qui étaient en vigueur avant le début de l'occupation. En outre, toute loi pénale édictée par la puissance occupante durant l'occupation ne reste en vigueur après l'occupation que si elle a été expressément ratifiée par l'autorité souveraine, une fois celle-ci rétablie¹⁸.

11. Sur ce point et dans une situation similaire, la Mission intérimaire des Nations Unies au Kosovo, chargée en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies de l'administration du territoire du Kosovo, a déclaré que bien que le Kosovo fasse toujours partie du territoire souverain de la Serbie, le droit applicable au Kosovo était celui en vigueur avant que la Serbie ne l'annexe de manière anticonstitutionnelle le 22 mars 1989, tel que complété par les lois et règlements promulgués par le Représentant spécial du Secrétaire général. Ainsi, les lois édictées par la Serbie n'auraient aucun effet juridique vis-à-vis des obligations juridiques des personnes au Kosovo¹⁹. De même, la Mission des Nations Unies établie pour administrer le Timor oriental avant que ce territoire ne devienne indépendant était autorisée à édicter de nouvelles lois ou à suspendre ou abroger des lois existantes : il était donc implicite que toute loi promulguée par l'Indonésie durant cette période intérimaire n'aurait aucun effet²⁰.

¹⁶ Voir par. 217 de l'Arrêt.

¹⁷ http://www.ohchr.org/french/law/personnes_civiles.htm.

¹⁸ Y. Dinstein, automne 2004, *Legislation Under Article 43 of the Hague Regulations: Belligerent Occupation and Peacebuilding*, <http://www.hpcr.org/pdfs/OccasionalPaper1.pdf> (en anglais).

¹⁹ Article 1.1 *On the Law Applicable in Kosovo*, UNMIK/REG/1999/24, 12 décembre 1999, http://www.unmikonline.org/regulations/unmikgazette/02english/E1999regs/RE1999_24.htm.

²⁰ S/RES/1272 (1999), 25 octobre 1999, <http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/312/78/pdf/N9931278.pdf?OpenElement>. De même, concernant les conflits possibles entre le droit de l'Allemagne de l'est et celui de l'Allemagne de l'ouest, le Traité d'unification (*Einigungsvertrag*) du 31 août 1990, lu en conjonction avec la loi sur le traité d'unification (*Einigungsvertragsgesetz*) du 23 septembre 1990, précise dans les dispositions transitoires du code pénal [sections 315 à 315-c de la loi concernant l'introduction du code pénal (*Einführungsgesetz in das Strafgesetzbuch*)] que le droit applicable est en principe celui de l'endroit où le délit a été commis (*Tatortrecht*). Cela signifie que pour les délits commis par des citoyens de la RDA sur le territoire de

12. Concernant la pratique suivie en RDC quant aux traités internationaux signés par plusieurs parties au cours du conflit, la Défense fait référence à la Résolution DIC/CEF/04 dans laquelle il est indiqué que tout traité relatif aux ressources économiques ayant été ratifié lors du conflit de 1996-1997 et de celui de 1998 devrait être soumis au Parlement pour qu'il détermine s'il est toujours valide²¹.
13. On peut considérer qu'au cours de la période visée dans le document de notification des charges, la région de l'Ituri était sous le contrôle de l'Ouganda, du Rwanda ou de la MONUC à différents moments. La Défense estime en outre que le pouvoir du gouvernement basé à Kinshasa de représenter la RDC n'a été reconnu qu'à la suite de la promulgation de la Constitution de transition le 4 avril 2003.
14. L'Accord de Luanda, signé en septembre 2002, reconnaît qu'à l'époque, l'Ituri n'était pas soumise aux lois promulguées à Kinshasa et, partant, qu'après le retrait des troupes ougandaises, il serait nécessaire d'instaurer un mécanisme visant à établir les structures administrative, politique et juridique de la région²². Les termes de cet accord de paix reconnaissent également que Kinshasa estimait que sa souveraineté ne s'exerçait pas en Ituri à l'époque²³.
15. D'ailleurs, le Statut de Rome n'est entré en vigueur à l'égard de l'Ouganda que le 1^{er} septembre 2002²⁴ et le Rwanda ne l'a pas ratifié. En outre, l'article 65 de la Quatrième Convention de Genève dispose que si la puissance occupante souhaite adopter de nouvelles dispositions pénales, celles-ci n'entreront en vigueur qu'après avoir été publiées et portées à la connaissance de la population, dans la langue de celle-ci. L'Accusation n'a

RDA, le droit applicable est en principe celui de la RDA. Conformément à l'article 2-3 du code pénal, le droit de la RFA ne s'applique que s'il est plus indulgent que celui de la RDA. Voir Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne, Requêtes n^{os} 34044/96, 35532/97 et 44801/98, Arrêt du 22 mars 2001, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=kessler%20%7C%20c.%20%7C%20allemagne&sessionid=9698773&skin=hudoc-fr>.

²¹ Cette résolution, qui a été signée à Sun City en avril 2002, a été annexée à l'acte final du dialogue intercongolais, <http://www.reliefweb.int/library/documents/2003/ic-drc-2apr.pdf>.

²² Accord entre les gouvernements de la République démocratique du Congo et de la République de l'Ouganda sur le retrait des troupes ougandaises de la République démocratique du Congo, la coopération et la normalisation des relations bilatérales entre les deux pays, http://www.usip.org/library/pa/drc_uganda/drc_uganda_09062002.html (en anglais).

NDT : pour la version française, consulter le lien suivant : <http://www.congolite.com/doc1.htm>.

²³ L'article 2-1 de l'Accord de paix renvoie à la nécessité de « travailler en vue de restaurer la dignité et la souveraineté de la République Démocratique du Congo et œuvrer étroitement dans le sens de répondre aux préoccupations sécuritaires de l'Ouganda ». Voir également l'« Accord global et inclusif sur la transition en République démocratique du Congo : Dialogue intercongolais, Négociations politiques sur le processus de paix et sur la transition en RDC », signé à Pretoria le 16 décembre 2002, qui visait à asseoir par anticipation la légitimité des institutions étatiques, <http://www.reliefweb.int/rw/RWB.NSF/db900SID/MHII-65G8B8?OpenDocument> (en anglais).

NDT : pour la version française, consulter le lien suivant : <http://www.congolite.com/doc8.htm>.

²⁴ L'Ouganda a déposé son instrument de ratification le 14 juin 2002. Aux termes de l'article 126-2 du Statut de Rome, « [à] l'égard de chaque État qui ratifie, accepte ou approuve le présent Statut ou y adhère après le dépôt du soixantième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, le Statut entre en vigueur le premier jour du mois suivant le soixantième jour après le dépôt par cet État de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion ».

ni allégué ni établi que l'Ouganda avait porté la ratification du Statut de Rome à la connaissance du public dans le territoire occupé, ou publié ses dispositions dans la langue de la population.

16. La Défense rappelle que lors de l'audience de confirmation des charges, elle a fait valoir que même après la fin de l'occupation, le Gouvernement de la RDC n'a fait aucun effort pour faire savoir aux Ituriens qu'il avait entre-temps ratifié des lois portant sur la conscription et l'enrôlement d'enfants soldats, engageant la responsabilité pénale individuelle²⁵. À cet égard, le fait que l'Accusation invoque une prétendue rencontre entre Thomas Lubanga Dyilo et un étudiant en droit à la fin de 2003 ne fait que confirmer qu'avant ce moment, Thomas Lubanga Dyilo n'était pas au courant des dispositions du Statut de Rome.
17. S'agissant de la ligne adoptée par la MONUC et l'Organisation des Nations Unies, la Défense renvoie à ses observations concernant les lacunes constatées dans les informations fournies par Mme Peduto, en particulier au sujet de la résolution 1460 du Conseil de sécurité²⁶. S'agissant de l'importance accordée dans la résolution 1460 à la responsabilité individuelle en cas de conscription dans les forces armées nationales, la Défense fait valoir qu'il convient de l'interpréter compte tenu de l'avis de l'Organisation des Nations Unies et de la CIJ selon lesquelles le conflit en Ituri pourrait être qualifié de conflit armé international. Comme nous l'avons signalé à l'audience, le paragraphe 2-b-xxvi de l'article 8, c'est-à-dire la disposition correspondante en cas de conflit armé international, limite la responsabilité aux forces armées nationales²⁷.
18. La Défense fait observer que les crimes visés au paragraphe 2-e-vii de l'article 8 ne sont constitués que dans le « cadre établi du droit international²⁸ ». La Défense avance donc que les limites de l'infraction pénale devraient être définies de façon à établir une nette

²⁵ Transcription anglaise, p. 14 et 15.

²⁶ Transcription anglaise, p. 26 et 27.

²⁷ « [TRADUCTION] Il semblerait que seul le recrutement dans les forces armées nationales est considéré comme un crime dans le contexte des conflits armés internationaux. Ne sont pas visées par cette infraction les personnes qui procèdent à la conscription ou à l'enrôlement d'enfants de moins de 15 ans dans d'autres groupes militaires, tels que les guérillas, les mouvements de résistance ainsi que toutes les autres formes d'"armées privées". M. Happold, Child Soldiers in International Law (Manchester University Press, 2005), p. 134 et 135.

²⁸ Voir M. Bothe, (« Crimes de guerre ») pour qui l'infraction se rapportant aux enfants soldats était un « nouveau crime », dont la définition « allait [...] au-delà de l'article 77-2 du Protocole additionnel I, et qui, s'agissant de l'élément moral (*mens rea*), contient une norme qui « n'est pas conforme à l'article 30 du Statut » (p. 416), The Rome Statute of the International Criminal Court, Vol. 1 (in Cassese-Gaeta-Jones, Oxford University Press, 2002). Ainsi qu'il a été indiqué à l'audience de confirmation des charges (transcription anglaise, p. 28), plusieurs gouvernements avaient émis des réserves concernant cette disposition, et les États-Unis avaient exprimé l'opinion selon laquelle ladite disposition « [TRADUCTION] relevait davantage des droits de l'homme que du droit pénal ». M. Happold, Child Soldiers in International Law, *ibid.*, p. 128.

distinction entre les comportements qui engagent la responsabilité pénale et ceux qui sont autorisés en droit national et international²⁹.

19. À ce propos, la Défense affirme qu'il convient d'établir une nette distinction entre les obligations découlant des droits de l'homme, les comportements engageant la responsabilité pénale individuelle et la responsabilité dûment attribuée à un État. S'agissant de cette dernière, il a été observé que « [TRADUCTION] dans le cadre de poursuites pénales engagées devant la CPI, seul l'individu est puni. Seul l'accusé purge la peine d'emprisonnement. C'est pourquoi nous préconisons vivement l'observation des principes fondamentaux du droit pénal qui garantissent que les accusés ne soient punis qu'à raison de crimes dont ils sont personnellement responsables, par opposition aux crimes commis par les États. Pour ces crimes, c'est l'État dans son ensemble qui est responsable en dernier ressort³⁰ ».
20. La Défense considère que c'est principalement à l'État que reviennent les responsabilités en matière de conscription et d'utilisation d'enfants soldats, dans la mesure où il doit prendre « toutes les mesures possibles dans la pratique pour empêcher l'enrôlement et l'utilisation de ces personnes, notamment les mesures d'ordre juridique voulues pour interdire et sanctionner pénalement ces pratiques³¹ ». Il convient par conséquent d'évaluer la responsabilité d'acteurs individuels suivant que l'État avait ou non pris les mesures voulues pour sanctionner pénalement les pratiques en cause ainsi que toutes les mesures possibles pour instaurer un environnement stable et une infrastructure adaptée aux fins de la démobilisation des enfants soldats.
21. En outre, ainsi qu'il a été exposé au cours de l'audience de confirmation des charges³², la ligne adoptée par le Conseil de sécurité vis-à-vis des acteurs non étatiques ne met pas l'accent sur la responsabilité pénale individuelle pour s'intéresser plutôt à l'importance d'un dialogue ouvert et de la mise en œuvre progressive du processus de démobilisation. L'accent placé sur la mise en œuvre progressive de la démobilisation trouve un écho dans

²⁹ À cet égard, la Commission interaméricaine précisait dans son rapport sur le terrorisme et les droits de l'homme que les dispositions pénales relatives au terrorisme devraient être classées par catégories et rédigées en des termes précis et univoques définissant de façon restrictive le crime punissable, en proposant une définition claire du comportement répréhensible qui établisse ses éléments et les facteurs qui le distinguent des comportements qui ne tombent pas sous le coup de la loi ou qui sont passibles d'autres peines. Rapport sur le terrorisme et les droits de l'homme, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc.5 rev.1 corr., 22 octobre 2002, « Recommendations », paragraphe 10-a, <http://www.cidh.org/Terrorism/Eng/part.s.htm> (en anglais).

³⁰ G. Fletcher et J. Ohlin, *Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case*, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3 (2005), p. 539 à 561, à la page 543.

³¹ Article 4-2, Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, et concernant la participation des enfants aux conflits armés, http://www.unhchr.ch/french/html/menu2/6/protocolchild_fr.htm.

³² Transcription anglaise, p. 25 à 28.

les dispositions de certains traités et rapports³³. C'est bien logique, puisque seuls les États – par opposition aux particuliers – disposent des ressources nécessaires pour garantir comme il se doit la démobilisation d'enfants susceptibles d'avoir subi des traumatismes et/ou de représenter un danger pour eux-mêmes et pour autrui.

22. À ce propos, la Défense fait valoir que le fait de ne pas procéder à la démobilisation ne relève pas en soi du crime visé au paragraphe 2-e-vii de l'article 8, qui se rapporte aux actes individuels de conscription ou d'enrôlement, ou au fait de faire participer activement des enfants à des hostilités. De fait, si le crime visé au paragraphe 2-e-vii de l'article 8 pouvait être constitué par l'infraction continue consistant à disposer d'enfants soldats, alors la seconde branche de l'alternative (le fait de les faire participer activement à des hostilités) serait superflue.
23. Cela instaurerait également une infraction engageant la responsabilité en l'absence de faute. En ce sens, ainsi qu'il a été fait observer à l'audience³⁴, pareille interprétation du crime pourrait se révéler extrêmement pernicieuse pour la protection des enfants : si la simple admission du fait qu'il existe des enfants soldats constituait un crime, aucune force armée ne l'admettrait ni ne chercherait à obtenir de l'aide en vue de la mise en œuvre de programmes de démobilisation. Cela signifierait également que si un groupe rebelle renversait un gouvernement utilisant des enfants soldats, et que les membres de ce groupe prenaient donc nominalement la tête du gouvernement, ils verraient leur responsabilité pénale automatiquement engagée, et ce, en violation manifeste de l'article 30 du Statut de Rome.
24. La Défense fait par ailleurs valoir qu'il existe une nette différence entre les éléments constitutifs de certains crimes visés dans le Statut de Rome – qui pourraient être interprétés comme des infractions continues³⁵ – et les éléments constitutifs des crimes visés au paragraphe 2-e-vii de l'article 8, qui sont définis en des termes distincts. À cet égard, la Défense souligne qu'aux termes de l'article 22-2, la définition d'un crime ne peut être étendue par analogie et qu'en cas d'ambiguïté, elle est interprétée en faveur de la Défense.

³³ Voir le commentaire du CICR sur le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, qui renvoie à l'obligation qui y est définie comme une « [TRADUCTION] obligation morale, et non juridique, en vertu du droit international », D. Helle, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 30 septembre 2000, N° 839, p. 797 à 809, <http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/57JQQE> (en anglais), cité à la page 25 de la transcription anglaise.

³⁴ Transcription anglaise, p. 28.

³⁵ Voir la note de bas de page 25 des *Éléments des crimes* se rapportant à l'article 7-1-i relatif à la disparition forcée, qui affirme expressément que le terme « détenir » inclut l'auteur qui a maintenu une détention existante. Voir également la description de la détention illégale, au paragraphe 1, « l'auteur a détenu ou maintenu en détention [...] ».

25. Ainsi qu'elle l'a affirmé à l'audience, la Défense fait valoir que les limites de l'infraction doivent également être fixées en vue d'exclure tout comportement licite³⁶ et, sous réserve d'obligations contraires pendant les conflits armés, tout comportement propre à protéger les intérêts des enfants³⁷. À ce propos, la Défense allègue que le fait que l'Accusation se fonde sur des facteurs sur lesquels l'auteur du crime n'a aucune prise pour plaider le vice de consentement n'est pas conforme à l'article 30, selon lequel le comportement et ses conséquences doivent être imputables à l'auteur³⁸ ; l'Accusation cherche également à étendre la définition du crime par analogie³⁹.
26. La Défense soutient également que le principe de prévisibilité, conjugué à l'exigence imposée à la Cour de n'exercer sa compétence qu'à l'égard des crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale, doit jouer sur la détermination des limites à donner au sens des termes « conscription » et « enrôlement ». À cet égard, la Défense avance que l'acte d'enrôlement ne correspond pas en soi à un quelconque comportement déterminant dont Thomas Lubanga Dyilo aurait pu prévoir qu'il engagerait sa responsabilité pénale individuelle. Le crime d'enrôlement n'est prévu ni dans les Protocoles additionnels I et II aux Conventions de Genève, ni dans le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant⁴⁰.

³⁶ La Défense souhaiterait saisir cette occasion pour corriger une référence inexacte. À l'audience, la Défense a fait valoir que selon les Principes du Cap, on « [TRADUCTION] ne devrait pas exiger des enfants qu'ils rendent leurs armes avant le processus de démobilisation » (transcription anglaise, p. 19). En réalité, ce principe est tiré d'un rapport élaboré par le Représentant spécial du Secrétaire général pour les enfants et les conflits armés, qui précise qu'« [i]l faut que les critères d'admission des enfants associés à des forces ou groupes armés soient suffisamment larges et qu'ils se fondent sur les Principes du Cap. On ne devrait pas exiger des enfants qu'ils rendent leurs armes pour les autoriser à participer aux programmes de désarmement, démobilisation et réinsertion [...] » (Intégration des pratiques optimales dans les programmes de désarmement, de démobilisation et de réinsertion des enfants), <http://www.un.org/children/conflict/french/ddrforchildren86.html>.

³⁷ À cet égard, la Défense s'est notamment fondée sur l'article 5 du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, qui prévoit qu'« [a]ucune des dispositions du présent Protocole ne peut être interprétée comme empêchant l'application de dispositions de la législation d'un État Partie, d'instruments internationaux et du droit international humanitaire plus propices à la réalisation des droits de l'enfant » ; Rapport de l'UNICEF du 20 novembre 2001 remis au Conseil de sécurité, http://www.unicef.org/french/media/media_10383.html (en anglais), (transcription anglaise, p. 20, ligne 12) ; et T. Bennett, *Using Children in Armed Conflict: A Legitimate African Tradition? Criminalising Recruitment of Child Soldiers*, décembre 1998, <http://www.iss.co.za/Pubs/Monographs/No32/Criminalising.html> (en anglais), (transcription anglaise, p. 20, lignes 18 à 22). Voir également les pages 22 et suivantes des transcriptions concernant la définition de la participation active par rapport à la participation directe. À ce propos, la Défense note que le terme « participation active » n'apparaît dans aucun instrument international s'agissant de l'utilisation d'enfants soldats dans le cadre d'hostilités.

³⁸ À cet égard, la Défense fait valoir le TPIY a invoqué le vice de consentement dû à des facteurs environnementaux dans des situations dans lesquelles l'auteur était responsable des facteurs frappant le consentement de nullité. Voir l'Arrêt *Kunarac* du 12 juin 2002, par. 132, <http://www.un.org/icty/kunarac/appeal/jugement/kun-aj020612f.pdf>.

³⁹ À cet égard, les Éléments des crimes précisent clairement les cas où le consentement ne peut être invoqué comme moyen de défense (voir la note de bas de page 46 concernant la mutilation) ou lorsque le consentement peut être vicié par des facteurs externes (voir la note de bas de page 51 concernant le viol).

⁴⁰ L'article 2 prévoit que les États parties prennent des mesures afin de veiller à ce que les enfants ne fassent pas l'objet d'un « enrôlement obligatoire » dans les forces armées, http://www.unhcr.ch/french/html/menu2/6/protocolchild_fr.htm.

27. Pour définir les limites de ce crime au Tribunal spécial et composer avec l'exigence de légalité, le juge Robertson a exprimé l'avis selon lequel l'*actus reus* se centrerait sur « [TRADUCTION] l'utilisation de la force physique ou de menaces dans le but de recruter des enfants et que l'élément moral (*mens rea*) exige l'intention de les faire participer à des opérations risquant de mettre leur vie en péril⁴¹ ». La Défense fait observer que les mandats d'arrêt délivrés par la Chambre préliminaire II dans la situation en Ouganda renvoient également à l'enrôlement « à travers [l']enlèvement », en tant qu'acte constitutif d'un crime de guerre au sens du paragraphe 2-e-vii de l'article 8⁴².
28. Enfin, la Défense note que les tribunaux de la RDC ont effectivement pris acte des répercussions qu'ont eues les facteurs susmentionnés sur le principe de la légalité. En mars 2006, Jean-Pierre Biyoyo, de la 10^e région militaire, a été condamné à cinq ans de prison pour arrestation arbitraire et détention illégale d'enfants dans le Sud-Kivu en 2004. Étant donné que l'infraction consistant à procéder à la conscription et à l'enrôlement d'enfants soldats ou à les faire participer à des hostilités ne tombait pas sous le coup de la loi en RDC à l'époque, les accusations ont été formulées de façon à limiter la responsabilité pénale aux comportements qui pourraient être considérés comme engageant la responsabilité pénale individuelle au regard du droit applicable⁴³.

B – Formes de responsabilité

29. En vertu de l'article 67-1 du Statut, Thomas Lubanga Dyilo a droit à être informé dans le plus court délai de la nature et de la cause des charges portées contre lui. On entend par « nature des charges » la qualification juridique précise de l'infraction, et par « cause des charges » les faits sur lesquels celles-ci sont fondées⁴⁴. S'agissant de la cause des charges, l'Accusation doit énoncer tous les faits essentiels, lesquels, dans la mesure du possible, doivent comprendre l'identité des victimes⁴⁵, le lieu des faits et la date approximative à

⁴¹ *Le Procureur c. Norman*, Opinion du 4 mai 2004, par. 4, *ibid*.

⁴² Voir, entre autres, le chef cinq du mandat d'arrêt de Joseph Kony délivré le 8 juillet 2005, tel que modifié le 27 septembre 2005, ICC-02/04-01/05-53, http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-02-04-01-05-53_French.pdf.

⁴³ Rapport d'Amnesty International sur la RDC, 11 octobre 2006, <http://web.amnesty.org/library/index/fraafr620172006>.

⁴⁴ L'Accusation devrait connaître son dossier avant de se présenter au procès. Il est inacceptable que l'Accusation passe sous silence dans l'acte d'accusation des points essentiels de son dossier afin de pouvoir peaufiner son argumentaire au fur et à mesure que les éléments de preuve sont dévoilés : *Le Procureur c/ Kupreskic*, Arrêt, 23 octobre 2001, par. 92, <http://www.un.org/icty/kupreskic/appeal/jugement/index.htm>.

⁴⁵ Voir Chambre d'appel, *Le Procureur c/ Kupreskic* : « Dans la mesure où l'identité de la victime constitue pour l'accusé une information précieuse pour la préparation de sa défense, l'Accusation doit la lui révéler si elle est en mesure de le faire », par. 90, <http://www.un.org/icty/kupreskic/appeal/jugement/index.htm>. La jurisprudence du TPIR reconnaît que la protection des témoins ne peut pas être invoquée par le Procureur comme une raison valide de ne pas inclure l'identité de victimes dans l'acte d'accusation : *Le Procureur c. Ntagerura*, 25 février 2004, Jugement et sentence, note de bas de page 41 : « Il va de soi que la protection des témoins ne peut être utilisée comme prétexte pour empêcher l'accusé de bien préparer sa défense », citant *Le Procureur c. Gacumbitsi*, affaire n° ICTR-2001-64-I, Décision relative à la requête du Procureur en prescription de mesures de protection des victimes et des témoins (Chambre de première instance), 20 mai 2003, par. 11 [« La protection des témoins ne doit pas servir à empêcher (...) l'accusé de mener à bien sa défense. »].

laquelle ils se sont déroulés⁴⁶ et les moyens par lesquels l'infraction a été commise. Les informations qui sont préjudiciables sans être pertinentes doivent être écartées⁴⁷.

30. Lors de l'audience de confirmation des charges, la Défense a fait valoir que la manière dont l'Accusation a présenté sa cause s'agissant des formes de responsabilité a fortement limité le droit de la Défense d'être informée dans le plus court délai de la nature, de la cause et de la teneur des charges, ainsi que la possibilité pour elle de contester la cause de l'Accusation au cours de ladite audience⁴⁸.
31. La Défense a fait valoir en particulier que toutes les informations essentielles relatives à la nature et à la cause des charges doivent figurer dans le document de notification des charges⁴⁹ et non dans des documents ou écritures annexes⁵⁰. À cet égard, la Défense a fait référence, entre autres, aux graves vices suivants : le caractère ambigu⁵¹, contradictoire⁵²

⁴⁶ [TRADUCTION] « Il se pourrait, bien évidemment, que l'accusation soit dans l'impossibilité de se montrer plus précise parce que les déclarations de témoins en sa possession ne le lui permettent pas. À l'impossible, nul n'est tenu, mais dans certains cas, la question se posera de savoir s'il est juste, pour l'accusé, d'avoir à répondre à une accusation aussi vague. L'incapacité du Procureur à fournir les renseignements nécessaires pourrait, en soi, démontrer l'existence d'un parti pris contre l'accusé suffisamment grave pour rendre nécessairement injuste tout procès organisé sur la base d'une telle accusation. Que les témoins ne puissent fournir les informations nécessaires limiterait nécessairement la valeur de leur déposition. De fait, en l'absence de ces renseignements, la Défense en serait effectivement réduite à nier les accusations en bloc. Elle serait ainsi dans l'impossibilité de présenter un alibi valable ou de contre-interroger les témoins en se référant au contexte, comme elle aurait pu le faire si elle avait eu connaissance du moment précis, des circonstances du crime ou d'autres événements. » *Le Procureur c/ Krnojelac*, Décision relative à l'exception préjudicielle de la Défense pour vices de forme de l'acte d'accusation, 24 février 1999, par. 40, <http://www.un.org/icty/krnojelac/trialc2/decision-e/902247325494.htm>.

⁴⁷ *Le Procureur c/ Stanicic*, *Decision on Defence Motions Regarding Defects in Second Amended Indictment* (Décision relative aux exceptions préjudicielles présentées par la Défense pour vices de forme du deuxième acte d'accusation modifié), 12 avril 2006, par. 12 et 17, <http://www.un.org/icty/simatovic/trialc/decision-e/060412.htm> (en anglais).

⁴⁸ La Défense sait que dans sa décision relative au mandat d'arrêt, datée du 10 février 2006, la Chambre a conclu qu'étant donné que l'article 58-1 du Statut fait référence à « un crime », plutôt qu'à un crime spécifique, il lui était permis de délivrer un mandat d'arrêt même si elle n'était pas d'accord avec la qualification juridique du comportement en question (par. 16). Pour sa part, la Défense affirme que l'article 61 définit expressément une procédure obligatoire à suivre dans le cas où la Chambre conclut que les éléments de preuve n'appuient pas la charge, telle que formulée par le Procureur : la Chambre doit refuser de confirmer la charge ou ajourner la procédure et ordonner au Procureur de modifier la charge (voir la page 31 de la transcription anglaise).

⁴⁹ Voir *Le Procureur c. Ntagerura*, Jugement et sentence : « Bien que l'article 20.4.a) du Statut n'exige pas que la nature et les motifs de l'accusation soient communiqués à l'accusé sous telle ou telle forme particulière, il ressort clairement du Statut et du Règlement que ces informations devraient figurer dans l'acte d'accusation qui est le seul document de mise en accusation qu'ils prévoient. », 25 février 2004, par. 29 (consultable sur le site Internet du TPIR).

⁵⁰ Voir *Le Procureur c/ Brdjanin et Talic*, Décision relative à la requête aux fins de rejeter l'acte d'accusation, 5 octobre 1999 : la Chambre a conclu que s'agissant de la confirmation de l'acte d'accusation, « au moment de décider si, au vu des présomptions, il y a lieu d'engager des poursuites en application de l'article 19.1) du Statut, les éléments justificatifs ne sauraient être utilisés pour combler d'éventuelles lacunes dans l'exposé des faits matériels dans l'acte d'accusation », par. 13, <http://www.un.org/icty/brdjanin/trialc/decision-f/91005IN211372.htm>. Les arguments de la Défense exposés aux lignes 12 à 19 de la page 33 de la transcription anglaise étaient fondés, entre autres, sur l'affaire *Le Procureur c/ Krnojelac*, 24 février 1999, par. 15, <http://www.un.org/icty/krnojelac/trialc2/decision-e/902247325494.htm> (en anglais).

⁵¹ La Défense a affirmé que l'Accusation était tenue de décrire clairement et séparément quel comportement et quels actes étaient chacune des formes de responsabilité qu'elle entend invoquer (page 33 de la transcription anglaise) : voir *Le Procureur c/ Strugar*, décision du 28 juin 2002, par. 19, <http://www.un.org/icty/strugar/trialc1/decision-e/04165925.htm> ; *Le Procureur c. Ntagerura*, décision du 25 février 2004, par. 38 ; et *Le Procureur c. Semanza*, Jugement et sentence, 15 mai 2003, par. 59.

et vague des arguments relatifs aux formes de responsabilité que le Procureur entendait invoquer ; le fait que le Procureur n'a pas invoqué, dans le document de notification des charges, la théorie du but commun ou de la perpétration indirecte en tant que faits essentiels⁵³ ; le fait qu'il n'a pas exposé, ni dans le document de notification des charges ni à l'audience de confirmation des charges, les faits ou le comportement qui étayeraient la théorie du but commun⁵⁴ ; le fait qu'il n'a pas identifié les coauteurs ou les auteurs indirects avec une précision suffisante pour permettre à la Défense de s'assurer que ceux-ci partageaient la même intention⁵⁵ et de déterminer si le degré de leur contribution aux actes reprochés suffit à pouvoir les qualifier de coauteurs ; et enfin le fait qu'il n'a pas clairement précisé dans le document de notification des charges s'il entendait poursuivre le suspect pour avoir personnellement commis les actes en question⁵⁶. Ces lacunes dans l'argumentation du Procureur ne sont pas simplement d'ordre technique : tant au TPIY qu'au TPIR, la Chambre d'appel a récemment annulé des déclarations de culpabilité au motif que l'acte d'accusation présentait la forme de responsabilité alléguée en termes ambigus ou de façon insuffisamment précise⁵⁷, et a souligné que la nécessité de faire

⁵² Comme il a été dit lors de l'audience de confirmation des charges, le Procureur ne peut pas simultanément se fonder sur les faits essentiels invoqués dans le document de notification des charges pour appuyer à la fois la thèse du but commun et celle de la coperpétration dans la mesure où elles ne sont pas compatibles (page 37 de la transcription anglaise, citant l'opinion individuelle du juge Shahubudeen jointe à l'arrêt *Gacumbitsi*, par. 50).

⁵³ Voir *Le Procureur c/ Blagoje Simic*, Arrêt, 28 novembre 2006, par. 21 et 22, (en anglais).

⁵⁴ L'article 25-3-d énonce deux formes différentes de responsabilité : le point i) signifie que la personne doit avoir partagé l'intention du groupe de commettre un crime spécifique tombant sous le coup du Statut de la CPI, tandis que le point ii) semble correspondre à l'élément moral (*mens rea*) associé au fait d'aider et d'encourager. L'Accusation n'a pas précisé sur lequel de ces deux points de l'article 25-3-d elle se fonderait, ni identifié le groupe de personnes qui partageaient les mêmes buts criminels communs. À ce propos, la Défense fait valoir qu'il est inacceptable de faire référence de manière aussi large à l'ensemble de l'UPC/FPLC car cela ne lui permet pas de savoir précisément quels membres de l'UPC/FPLC partageaient le même but criminel commun que celui qui a été attribué à Thomas Lubanga Dyilo. La Défense a fait référence au jugement rendu dans l'affaire *Limaj*, 30 novembre 2005, par. 666, <http://www.un.org/icty/limaj/trialc/judgement/index.htm> (en anglais).

Voir aussi le jugement rendu le 27 septembre 2006 dans l'affaire *Le Procureur c/ Krajisnik* : « [TRADUCTION] Il est toutefois évident qu'à lui seul, un but commun ne suffit pas toujours à désigner un groupe, dans la mesure où il peut arriver que des groupes distincts et indépendants partagent des objectifs identiques. En fait, c'est plutôt l'interaction ou la coopération entre des personnes – le fait qu'elles agissent ensemble –, en plus d'être animées par un but commun, qui fait qu'elles constituent un groupe. Il convient de démontrer que les personnes impliquées dans une entreprise criminelle agissent ensemble ou de concert lors de la mise en œuvre du but commun pour pouvoir leur faire partager la responsabilité des crimes commis dans le cadre de l'entreprise criminelle commune », par. 884, citant l'arrêt rendu dans l'affaire *Stakic*, par 69, <http://www.un.org/icty/krajisnik/trialc/judgement/kra-jud060927e.pdf> (en anglais).

⁵⁵ La Défense affirme que la notion de participants opportunistes s'applique également au concept de coperpétration et que les actes de ces personnes ne peuvent pas être attribués à d'autres : voir *Le Procureur c/ Limaj*, Arrêt, 30 novembre 2005, par. 668, <http://www.un.org/icty/limaj/trialc/judgement/index.htm> (en anglais).

⁵⁶ Voir *Le Procureur c/ Kvocka*, Arrêt, 25 février 2005, par. 28, <http://www.un.org/icty/kvocka/appeal/judgement/index.htm>. Voir aussi *Le Procureur c/ Blagoje Simic*, Arrêt, 28 novembre 2006, par. 22 (en anglais) : « [TRADUCTION] Lorsque l'Accusation invoque la "commission" au sens de l'article 7.1) de l'un des crimes visés par le Statut, elle doit préciser si ce terme doit être entendu comme signifiant la commission par l'accusé en personne ou la participation à une entreprise criminelle commune, ou les deux. »

⁵⁷ Voir *Le Procureur c/ Blagoje Simic*, arrêt, annulant la déclaration de culpabilité fondée sur la thèse de l'entreprise criminelle commune et soulignant que « [TRADUCTION] le vice qui entache l'acte d'accusation en

preuve de précision était d'autant plus impérieuse que l'on invoquait des formes de responsabilité nouvelles⁵⁸.

32. La Défense ayant fait valoir qu'elle n'avait pas été dûment notifiée des charges avant l'audience de confirmation, c'est clairement à l'Accusation qu'il revient de prouver que le fait de ne pas avoir invoqué les formes de responsabilité de façon suffisamment claire et détaillée n'a pas affecté de façon substantielle la préparation de la Défense⁵⁹.

33. S'agissant des éléments des formes de responsabilité évoqués par le Procureur lors de l'audience de confirmation des charges, la Défense n'a pas affirmé que la copéparation ou la perpétration indirecte en tant que telles n'étaient pas inscrites dans le Statut. Par contre, elle a fait observer que le Procureur semblait invoquer la théorie du contrôle exercé conjointement sur l'acte (élaborée par Claus Roxin), que cette forme de responsabilité allait au delà des conditions sans ambiguïté associées à la copéparation et à la perpétration indirecte dans le Statut, et qu'elle n'est reconnue ni par le droit international coutumier⁶⁰ ni par les principes généraux du droit inspirés des différents systèmes juridiques du monde⁶¹.

34. A cet égard, la Défense a indiqué que la notion de contrôle exercé conjointement sur l'acte avait été essentiellement élaborée par des théoriciens allemands⁶². La Défense fait observer en particulier que les théories de Roxin reposent pour une large part sur les notions de hiérarchie et de respect des ordres reçus et qu'elles ont été élaborées pour répondre au type de criminalité systémique qui prévalait en Allemagne durant la Deuxième Guerre mondiale (comme l'illustre l'affaire *Eichmann*) et sous le régime communiste qu'a connu la RDA. Cette forme de responsabilité s'appuie par conséquent

l'espèce n'est pas mineur, et touche même aux garanties importantes qu'un acte d'accusation doit fournir à un accusé, notamment en l'informant des faits qu'on lui reproche », par. 74.

⁵⁸ Arrêt rendu dans l'affaire *Le Procureur c. Gacumbitsi*, 7 juillet 2006, par. 172, cité aux pages 34 et 35 de la transcription anglaise.

⁵⁹ Voir les pages 29 et 30 de la transcription anglaise, et *Le Procureur c/ Blagoje Simic*, Arrêt, par. 25.

⁶⁰ La Chambre d'appel et la Chambre de première instance III ont toutes les deux rejeté les théories de Roxin au motif qu'elles n'étaient pas appuyées par le droit international coutumier. Voir *Decision on Ojdanic's Motion Challenging Jurisdiction: Indirect Co-Perpetration* datée du 22 mars 2006, par. 7, <http://www.un.org/icty/milutino87/trialc/decision-e/060322.htm>, ainsi que l'arrêt rendu dans l'affaire *Le Procureur c/ Stakic*, 22 mars 2006, par. 62, <http://www.un.org/icty/stakic/appeal/judgement/index.htm> (en anglais). Il est important de signaler que les deux chambres ont souligné que leurs décisions découlaient de la façon dont les formes de responsabilité étaient interprétées et appliquées, et non des formes de responsabilité invoquées elles-mêmes.

⁶¹ Sur ce point, la Défense fait observer que les conclusions rendues dans l'arrêt *Videla*, cité à l'appui de l'application en droit interne des théories de Roxin, ont en fait été annulées par la Cour suprême argentine. Celle-ci a rejeté la thèse du contrôle commun exercé sur le crime en arguant qu'elle n'avait même pas été acceptée en Allemagne et qu'elle aboutirait à des décisions inéquitables. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Arrêt, affaire 13/84, 30 décembre 1986, <http://www.nuncamas.org/juicios/juicios.htm> (en espagnol).

⁶² Page 44, lignes 14 à 22 de la transcription anglaise.

sur des aspects culturels spécifiques⁶³ pour créer une présomption intrinsèque en matière d'administration de la preuve, à savoir que, du fait de la position qu'elle occupe, une personne est nécessairement animée de l'intention requise (*mens rea*) et peut voir engagée sa responsabilité pour l'élément matériel (*actus reus*) commis par tout participant « fongible » à l'entreprise commune.

35. Une telle approche irait à l'encontre du droit fondamental de ne pas se voir imposer le renversement de la charge de la preuve ou la charge de la réfutation⁶⁴, et à l'encontre également de l'obligation faite au Procureur de prouver les éléments de l'intention requise chez l'auteur au sens de l'article 30 du Statut. En outre, cette forme large de responsabilité est incompatible avec le principe de responsabilité pénale individuelle énoncé à l'article 25 du Statut et élaboré en vertu du corpus juridique relatif aux droits de l'homme⁶⁵. Elle semble par ailleurs associer la responsabilité du supérieur hiérarchique et le fait d'ordonner ou de solliciter la perpétration d'un crime⁶⁶, créant ainsi une forme de responsabilité qui serait strictement limitée aux supérieurs hiérarchiques⁶⁷.
36. La Défense a fait valoir par ailleurs que les faits essentiels exposés dans le document de notification des charges ne sauraient prouver l'élément matériel ou l'élément moral requis pour établir l'une quelconque des formes de responsabilité invoquées par le Procureur. En

⁶³ Sur ce point, un universitaire a fait observer qu'il était fondamentalement injuste de sanctionner pénalement des gardes-frontières est-allemands pour avoir obéi aux ordres de supérieurs hiérarchiques parce que « [TRADUCTION] la tradition allemande de respect de la loi faisait lourdement porter sur les personnes qui souhaitaient désobéir à des lois injustes la charge de se justifier » (p. 159). L'auteur poursuit en analysant davantage la tradition allemande d'obéissance à quiconque exerce une autorité et son incidence sur la théorie du droit allemande (p. 159 à 163), G. Moens, "The German Borderguard Cases: Natural Law and the Duty to Disobey Immoral Laws", *Jurisprudence of Liberty* (S. Ratnapala et G. Moens, dir. pub.), Sydney, Butterworths, 1995, p. 146 à 164, <http://www.usyd.edu.au/lec/subjects/jurisprudence/German%20Borderguard%20Case%20Article.pdf>.

⁶⁴ Article 67-1-h du Statut.

⁶⁵ À la page 43, lignes 20 à 23, la Défense a cité l'arrêt rendu par la Chambre d'appel du TPIR dans l'affaire *Bagilishema*, par. 43 ; à la page 52, lignes 8 à 13, la Défense a cité Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Law* (1992), p. 356 [cité au paragraphe 17 de l'opinion individuelle du juge Hunt dans l'affaire *Le Procureur c/ Ojdanic, Decision on Dragoljub Ojdanic's Motion Challenging Jurisdiction – Joint Criminal Enterprise* (Arrêt relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par Dragoljub Ojdanic, Entreprise criminelle commune), 21 mai 2003] ; à la page 52, lignes 15 à 22, la Défense a cité Y. Sandoz, C. Swinarski et B. Zimmerman, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, Martinus Nijhoff, 1987, par. 4761 à 1470.

⁶⁶ Notamment, dans la décision susmentionnée relative à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par Dragoljub Ojdanic (coaction indirecte), la Chambre de première instance a fait observer que l'élément moral associé à la thèse de la coaction indirecte ne satisfaisait pas à la norme requise pour un auteur, mais semblait reposer sur un élément moral moindre, celui de l'« intention indirecte » associée dans la jurisprudence d'appel au fait de « planifier », d'« inciter à commettre » ou d'« ordonner » un crime (par. 38), <http://www.un.org/icty/milutinovic87/trialc/decision-e/060322.htm> (en anglais).

⁶⁷ Voir le jugement rendu dans *Le Procureur c/ Mpambara*, 11 septembre 2006, par. 39, concernant la nécessité d'établir une distinction entre le devoir d'empêcher autrui de commettre des crimes ou de punir, et les éléments nécessaires pour qualifier quelqu'un d'auteur. La Chambre a vivement critiqué le fait que l'Accusation avait essayé d'invoquer la position de l'accusé et ses omissions (le fait de ne pas avoir empêché le comportement criminel d'autres personnes) pour établir sa responsabilité en tant qu'auteur des crimes (voir les paragraphes 36 à 39), <http://69.94.11.53/default.htm>. Voir également l'Arrêt *Blaskic*, 29 juillet 2004, par. 22 à 47, <http://www.un.org/icty/blaskic/appeal/jugement/bla-aj040729f.pdf>.

ce qui concerne l'élément matériel, la Défense a souligné que dans le cas de la copérpétration, plus les « auteurs présumés » sont nombreux, plus la possibilité est grande que, s'agissant des personnes en question, cet élément ne réponde pas au critère requis pour établir la copérpétration, à savoir qu'il constitue la condition *sine qua non* de l'infraction⁶⁸. En outre, plus la relation entre la personne visée et celle ayant personnellement commis l'infraction est éloignée, plus la forme de responsabilité se rapprocherait soit de l'association de malfaiteurs⁶⁹ soit de la culpabilité par association⁷⁰. En ce qui concerne l'élément moral, la Défense a fait valoir que le simple fait que l'auteur ait eu connaissance des crimes commis ne saurait être assimilée à une intention délictueuse⁷¹.

C – Niveau de la preuve

37. Aux termes de l'article 67, la Chambre préliminaire ne confirme l'acte d'accusation que « s'il existe des preuves suffisantes donnant des motifs substantiels de croire que la personne a commis chacun des crimes qui lui sont imputés ». Lors de l'audience de confirmation des charges, la Défense a fourni son explication de ce critère⁷². Dans ses conclusions orales, l'Accusation a contesté cette interprétation, en prétendant qu'elle

⁶⁸ La Défense fait également observer que, selon la théorie de la copérpétration, tous les coauteurs d'une infraction en portent la même responsabilité. Ainsi, à moins que le Procureur ne mette en accusation toutes les personnes mentionnées comme des coauteurs dans le document de notification des charges, on pourrait soutenir que sa décision de poursuivre Thomas Lubanga Dyilo est arbitraire et potentiellement discriminatoire. Voir *Le Procureur c/ Delalic*, Arrêt du 20 février 2001, concernant l'obligation du Bureau du Procureur de respecter le principe d'égalité entre les personnes dans le cadre de sa politique de mise en accusation et la prohibition de toute discrimination à cet égard, <http://www.un.org/icty/celebici/appeal/jugement/del-010220.pdf>. Voir aussi la page 23 de la transcription anglaise, 23 novembre 2006.

⁶⁹ Dans le sens où la personne est mise en accusation au seul motif qu'elle était animée de l'intention générale de commettre une infraction, que l'on puisse ou non établir un lien entre elle et la perpétration effective d'une infraction spécifique. Voir les pages 52 et 53 de la transcription anglaise, où la Défense faisait référence aux conclusions de la Chambre d'appel du TPIY dans l'arrêt relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par Dragoljub Ojdanic, *Entreprise criminelle commune (Decision on Dragoljub Ojdanic's Motion Challenging Jurisdiction - Joint Criminal Enterprise)*, 21 mai 2003, par. 23 et 26, et l'arrêt rendu dans l'affaire *Kvocka*, 28 février 2005, par. 91.

⁷⁰ Page 59 de la transcription anglaise, citant le jugement rendu dans l'affaire *Le Procureur c/ Kordic et Cerkez*, 26 février 2001, par. 219, <http://www.un.org/icty/kordic/trialc/jugement/kor-010226f.pdf>.

⁷¹ La Défense a cité l'arrêt *Krstic*, par. 121, <http://www.un.org/icty/krstic/Appeal/jugement/krs-aj040419f.pdf>. Voir aussi *Le Procureur c. Mpambara*, au paragraphe 14, concernant les conditions requises pour les crimes commis en groupe : « [TRADUCTION] Le simple fait d'avoir connaissance du but criminel d'autrui ne suffit pas : l'accusé doit avoir souhaité que ses actes aboutissent au crime. L'élément moral n'est, en ce sens, pas différent lorsque l'accusé a commis le crime seul. » La Défense fait également observer que le libellé univoque de l'article 23-3-d du Statut n'élargit pas la théorie du but commun à la "troisième catégorie" de l'entreprise criminelle commune. Sur ce point, voir G. Fletcher et J. Ohlin, "Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3 (2005), p. 539 à 556, et jurisprudence citée dans cet article, p. 549 et 550.

⁷² Voir les lignes 4 à 14 de la page 6 de la transcription anglaise de l'audience du 22 novembre 2006 : « [TRADUCTION] si un procès doit se tenir sur la base de ces éléments de preuve, une chambre (une future chambre de première instance) pourrait conclure à la culpabilité, compte tenu des objections contenant la crédibilité, l'authenticité, ainsi que des éléments de preuve présentés par la Défense au procès. [...] Ce n'est que si elle est convaincue qu'une future chambre pourrait conclure à la culpabilité sur la base de ces preuves que la présente chambre devrait confirmer les charges portées par l'Accusation ».

revenait à retenir un critère identique à celui de la condamnation « au-delà de tout doute raisonnable », seulement applicable à la fin d'un procès⁷³.

38. Tout d'abord, la Défense fait observer que le critère doit être plus strict que celui auquel doivent répondre les éléments de preuve pour que la Chambre préliminaire délivre un mandat d'arrêt en application de l'article 58-1. Dans sa décision de délivrance d'un mandat d'arrêt en l'espèce, la Chambre préliminaire a expliqué qu'à ce stade, elle devait déterminer si « elle [était] intimement convaincue qu'il a été satisfait aux critères inscrits dans l'article 58-1 du Statut, à savoir l'existence de "motifs raisonnables de croire" et l'apparence de nécessité⁷⁴ ». Partant, il ne fait aucun doute que les éléments de preuve doivent atteindre un niveau beaucoup plus élevé lorsque la Chambre préliminaire doit effectivement décider de confirmer ou non l'acte d'accusation.
39. La Défense soutient que les éléments de preuve présentés par l'Accusation doivent atteindre le niveau suivant : y a-t-il « suffisamment d'éléments de preuve pour qu'un [juge], ayant reçu des directives appropriées, puisse raisonnablement conclure à la culpabilité » ? Ce critère est issu du principe de la tenue d'audiences relatives à l'incarcération (*committal hearings*), caractéristiques des pays de *common law*⁷⁵. Dans ce système, les juges siégeant au sein de la *Magistrates Court* déterminent s'il y a suffisamment de preuves pour qu'un jury puisse raisonnablement conclure à la culpabilité⁷⁶. Si c'est le cas, la personne est renvoyée en jugement. Par conséquent, la Défense fait valoir que c'est bien ce critère qui est retenu lorsqu'on a recours à cette procédure au niveau national, où le juge se livre à un examen approfondi des preuves.
40. La Chambre préliminaire n'a pas à décider qu'une future chambre de première instance conclurait à coup sûr à la culpabilité, mais qu'elle « pourrait » simplement le faire. Cette interprétation est étayée par le critère retenu par les tribunaux ad hoc dans leur interprétation de l'article 98 *bis*⁷⁷ de leur règlement de procédure et de preuve. Selon cette disposition, une chambre doit prononcer l'acquittement de tout chef d'accusation pour lequel il n'y a pas d'éléments de preuve susceptibles de justifier une condamnation. Ce critère a été interprété comme revenant à se demander « s'il existe des moyens de preuve

⁷³ Voir les lignes 5 à 20 de la page 8 de la transcription anglaise de l'audience du 28 novembre 2006.

⁷⁴ Voir Décision relative à la Requête du Procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt en vertu de l'article 58, du 10 février 2006, ICC-01/04-01/06-8-US-Corr, rendue publique le 17 mars 2006 en application de la décision ICC-01/04-01/06-37, paragraphe 14.

⁷⁵ Voir *United States of America v. Ferras, United States of America v. Latty*, 2006 SCC 33, disponibles sur <http://scc.lexum.umontreal.ca/fr/2006/2006csc33/2006csc33.html>.

⁷⁶ Voir le *Criminal Procedure and Investigations Act 1996*, Chapitre 25, Annexe 1, paragraphe 4, disponible sur <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1996/96025--q.htm#sch1>.

⁷⁷ Article 98 *bis* du Règlement de procédure et de preuve du TPIR et du TPIY, mais article 98 du Règlement de procédure et de preuve du Tribunal spécial pour la Sierra Leone.

au vu desquels (s'ils sont admis) un juge du fond [...] *pourrait* être convaincu au-delà du doute raisonnable que l'accusé est coupable du chef d'accusation précis en cause⁷⁸ ».

41. À la différence de la procédure prévue à l'article 98 *bis* susmentionné, la Chambre préliminaire doit ici tenir compte des preuves présentées par la Défense et des contestations de celle-ci quant à la crédibilité et la valeur probante des moyens à charge. En vertu de l'article 61-6-c du Statut de Rome, la personne peut contester les éléments de preuve produits par le Procureur et également présenter des éléments de preuve à l'audience de confirmation des charges⁷⁹. Ce droit serait dénué de sens, si pour décider de confirmer ou non l'acte d'accusation, la Chambre préliminaire n'était pas obligée de tenir compte des éléments à décharge ou des contestations relatives aux moyens à charge.

D – Charge de la preuve

42. À l'audience, la Défense a explicitement fait observer que la charge de la preuve incombait indéniablement à l'Accusation⁸⁰. La personne est présumée innocente, conformément à l'article 66 du Statut. Il revient à l'Accusation de prouver qu'il existe des preuves suffisantes au sens de l'article 61-7 du Statut et la personne a le droit de « [n]e pas se voir imposer le renversement du fardeau de la preuve ni la charge de la réfutation⁸¹ ». La Défense n'a pas l'obligation de réfuter celles des allégations de l'Accusation qui ne sont pas étayées par des preuves suffisantes.
43. Dans ce contexte, la Défense souligne que, même lorsqu'elle n'a pas explicitement contesté une allégation avancée par l'Accusation dans le document de notification des charges, cette dernière reste strictement tenue d'en apporter la preuve. Si l'Accusation présente des preuves insuffisantes, cet élément n'est pas prouvé à la hauteur de la norme définie ci-dessus, même si la Défense n'a pas produit de preuves concrètes du contraire⁸². La Défense conteste par conséquent les propos de l'Accusation selon lesquels elle aurait admis certaines allégations, telles que l'existence d'un conflit armé ne présentant pas un

⁷⁸ Voir *Le Procureur c/ Goran Jelusic*, affaire n° IT-95-10-A, Arrêt, 5 juillet 2001 (« l'Arrêt Jelusic »), paragraphe 37, <http://www.un.org/icty/jelusic/appeal/jugement/jel-aj010705f.pdf>, confirmant *Le Procureur c/ Delalic*, affaire n° IT-96-21-A, Arrêt du 20 février 2001, <http://www.un.org/icty/celebici/appeal/jugement/del-010220.pdf>. La procédure inscrite à l'article 98 *bis* est devenue orale mais les mêmes principes et critères s'appliquent. Voir *Le Procureur c/ Oric*, affaire n° IT-03-68-T, 8 juin 2005 : la Chambre de première instance a affirmé que « [TRADUCTION] la dernière modification apportée à l'article 98 *bis* ne modifie aucunement les critères d'examen auxquels la Chambre de première instance devra avoir recours en appliquant l'article 98 *bis* », <http://www.un.org/icty/transe68/050608IT.htm>.

⁷⁹ Voir également la règle 121-6 qui précise la procédure relative à la présentation d'éléments de preuve par la Défense.

⁸⁰ Voir les lignes 19 et 20 de la page 9 de la transcription anglaise de l'audience du 22 novembre 2006, et la ligne 10 de la page 90 de la transcription anglaise de l'audience du 28 novembre 2006.

⁸¹ Article 67-1-i.

⁸² La Défense se réfère ici au passé de Thomas Lubanga, à l'existence d'un conflit armé, à la connaissance qu'avait Thomas Lubanga de l'existence du conflit armé. En ce qui concerne l'existence d'un conflit armé pendant toute la période couverte par l'acte d'accusation, la Défense renvoie à ses conclusions du 24 novembre.

caractère international ou les informations générales sur Thomas Lubanga⁸³. Même lorsque la Défense n'a pas explicitement contesté une allégation à charge, l'Accusation demeure strictement tenue de la prouver et elle ne saurait invoquer une présomption de consentement de la Défense.

44. À cet égard, la Défense ajoute que si l'Accusation prétend que certains documents prouvent que les agissements de M. Lubanga doivent être compris d'une certaine manière et que la Défense prétend qu'ils doivent être interprétés autrement, la Chambre préliminaire doit retenir les conclusions les plus favorables à M. Lubanga⁸⁴.
45. Cette charge de la preuve implique aussi que l'Accusation a l'obligation, à ce stade, de prouver l'authenticité et la fiabilité de ses pièces à conviction. Si elle ne se conforme pas à cette obligation en ne produisant pas suffisamment de preuves concernant la filière de conservation et de transmission des documents sur lesquels elle entend se fonder, ces documents ne doivent alors pas être admis.
46. La charge de la preuve s'applique également à chaque élément de chaque crime⁸⁵ allégué par l'Accusation, ainsi qu'à chaque élément de preuve à l'appui de chaque élément de chaque crime⁸⁶.
47. En ce qui concerne la méthode d'évaluation des documents, la Défense fait valoir qu'il convient de procéder au cas par cas pour déterminer l'admissibilité des éléments de preuve et le poids à leur accorder. Il convient ensuite d'examiner les documents cités par l'Accusation à l'appui de chacune des allégations du document de notification des charges en conjonction les uns des autres. En effet, la Défense estime qu'après avoir évalué les preuves en conjonction les uns des autres, la Chambre préliminaire aboutira à la

⁸³ Transcription anglaise de l'audience du 28 novembre 2006, page 11, lignes 3 à 11.

⁸⁴ La Chambre doit déterminer si « [TRADUCTION] une interprétation raisonnable des éléments de preuve admis permet de parvenir à une conclusion autre que la culpabilité de l'accusé. Les ambiguïtés ou doutes ont été interprétés en faveur de l'Accusé conformément au principe *in dubio pro reo* ». *Le Procureur c/ Halilovic*, affaire n° IT-01-48-T, Jugement, 16 novembre 2005, paragraphe 12, http://www.un.org/icty/halilovic/trialc/judgement/tcj_051116e.pdf, citant *Le Procureur c/ Dusko Tadic*, affaire n° IT-94-1-A, Décision relative à la requête de l'appelant aux fins de prorogation de délai et d'admission de moyens de preuve supplémentaires du 15 octobre 1998, déposée le 16 octobre 1998, paragraphe 73 : « [...] en cas de doute surgissant lors de l'application de ces critères, il sera statué au bénéfice de l'Appelant, selon le principe *in dubio pro reo* », <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-f/81015EX35317.htm> et au TPIR, *Le Procureur c/ Jean-Paul Akayesu*, affaire n° ICTR-96-4-T, Jugement, 2 septembre 1998, paragraphe 319 : « [...] les principes généraux du droit veulent qu'en matière pénale, la version la plus favorable à l'accusé soit retenue ». Voir également R. May et M. Wierda, *Trends in International Criminal Evidence: Nuremberg, Tokyo, The Hague and Arusha*, COLUM. J. TRANSAT'L L., Vol. 37, p. 725, à la page 754 (1999) (citant des décisions dans l'affaire *Flick* du Tribunal militaire international de Nuremberg).

⁸⁵ Page 7, lignes 15 à 17 de la transcription anglaise de l'audience du 22 novembre 2006 : « [TRADUCTION] des motifs substantiels de croire que la personne a commis les crimes doivent être présentés à l'appui de chaque élément de chacun des crimes reprochés par l'Accusation au suspect ».

⁸⁶ Page 9, ligne 23 à page 10, ligne 3 de la transcription anglaise de l'audience du 28 novembre 2006 : « [TRADUCTION] l'évaluation des éléments de preuve en vue de déterminer s'il y a ou non des motifs substantiels de croire, eh bien cette évaluation doit se faire sur la totalité des preuves, l'ensemble complet des preuves, je le répète, l'ensemble complet des preuves, et non pas, comme le suggère la Défense, les preuves prises isolément ».

conclusion que les contradictions entre les différents éléments de preuve montrent que les preuves produites n'étaient pas les charges.

48. Cela étant, la Défense soutient qu'il ne sera possible de déterminer le poids à accorder aux éléments de preuve qu'après avoir statué sur leur admissibilité conformément à l'article 69-4. Par conséquent, la question en suspens de l'admissibilité des documents obtenus en violation de l'article 69-7⁸⁷ doit être tranchée avant que la Chambre préliminaire n'évalue les éléments de preuve.

E – Admissibilité et valeur probante des éléments de preuve

49. Comme la Défense l'a souligné à l'audience, la Chambre préliminaire a autorisé le recours à des résumés dans sa décision du 15 septembre 2006⁸⁸. La Défense se réfère également au libellé de l'article 61-5, qui dispose que le Procureur « peut se fonder sur des éléments de preuve sous forme de documents ou de résumés ». Elle fait cependant valoir que cela ne règle pas la question de savoir si ces résumés ont suffisamment de poids en tant que preuves pour étayer les charges alléguées par l'Accusation. La Chambre préliminaire serait tout à fait fondée à décider de n'accorder que peu de poids ou un poids insuffisant à ces résumés, et ce, sans se contredire.
50. La Chambre a proposé à l'Accusation diverses options quant à la façon de présenter ses preuves, notamment la possibilité de se mettre en rapport avec les témoins pour leur demander s'ils accepteraient que leur identité et leurs déclarations soient intégralement communiquées à la Défense⁸⁹. L'Accusation a décidé de se fonder sur des résumés pour toutes ces déclarations de témoins⁹⁰. C'est donc un choix de l'Accusation, qui devra en assumer les conséquences. La Défense a le droit de contester la crédibilité des auteurs de ces déclarations et la valeur probante des résumés.
51. En ce qui concerne l'admissibilité des documents présentés lors de l'audience de confirmation des charges, la Défense renvoie à sa requête originale⁹¹, à ses observations

⁸⁷ ICC-01/04-01/06-674-Conf.

⁸⁸ Voir la Première décision relative aux requêtes et aux requêtes modifiées aux fins d'expurgations introduites par l'Accusation en vertu de la règle 81 du Règlement de procédure et de preuve du 15 septembre 2006, ICC-01/04-01/06-437-tFR. Cette décision fait actuellement l'objet d'un appel. Voir *Defence Appeal Brief in Relation to First Decision on the Prosecution Requests and Amended Requests for Redactions under Rule 81*, 10 octobre 2006, ICC-01/04-01/06-546.

⁸⁹ Voir la page 10 de la décision ci-dessus, où l'Accusation se voit offrir plusieurs options : i) retirer les déclarations et les documents y afférents de l'inventaire des preuves de l'Accusation ; ii) donner à la Chambre l'assurance que les témoins concernés ont accepté que leurs déclarations non expurgées soient communiquées à la Défense ; ou iii) demander l'autorisation de se fonder sur les résumés de ces déclarations de témoins.

⁹⁰ Voir la requête présentée par le Procureur aux fins de prorogation de délai (*Request for Extension of Time*) du 22 septembre 2006, ICC-01/04-01/06-458, paragraphe 5 : « [TRADUCTION] L'Accusation a décidé de fournir des résumés d'éléments de preuve pour toutes les déclarations de témoins ».

⁹¹ Requête aux fins d'exclusion des éléments de preuve obtenus en violation de l'article 69-7 du Statut (*Request to exclude evidence obtained in violation of article 69(7) of the Statute*), 7 novembre 2006, ICC-01/04-01/06-674-Conf.

orales sur la question⁹² et à sa demande d'autorisation de formuler une réplique à la réponse de l'Accusation⁹³. La Défense souhaite souligner que la décision de la Cour d'appel à Kisangani est une décision définitive dans un procès pénal puisqu'aucun appel n'a été introduit par l'accusé dans les délais impartis⁹⁴. La question de la perquisition et de la saisie illégales réellement en cause était sans rapport avec la « partie civile », qui n'a pas le droit de retarder l'application de la décision puisqu'elle n'est pas une partie principale à la procédure pénale⁹⁵. En tout état de cause, la Défense soutient que rien dans le dossier ne prouve que la décision n'a pas été notifiée à la « partie civile » et, partant, que l'illégalité de la saisie rend inadmissibles les documents en question.

52. En ce qui concerne l'authenticité, la Défense rappelle qu'elle a fait observer que la Chambre devait déclarer inadmissible, aux fins de l'audience de confirmation des charges, toute pièce dont la filière de conservation et de transmission n'a été aucunement précisée⁹⁶.

III – Mesure sollicitée

53. Par conséquent, la Défense demande à la Chambre préliminaire de refuser de confirmer les charges portées contre Thomas Lubanga Dyilo et d'ordonner sa libération immédiate et sans condition.

⁹² Voir notamment la transcription anglaise de l'audience du 10 novembre 2006, pages 22 à 26.

⁹³ Requête aux fins d'autorisation de formuler des répliques à la réponse complémentaire de l'Accusation (*Request for Leave to Reply to Prosecution's Further Response*), 24 novembre 2006, ICC-01/04-01/06-729.

⁹⁴ L'article 69 du décret du 6 août 1959 reconnaît que la victime a le droit de s'associer aux poursuites pénales afin de défendre ses intérêts, mais l'infraction doit être établie avant que toute réparation ne soit octroyée. La décision rendue par la Cour d'appel de Kisangani le 16 mars 2006 est devenue définitive après qu'aucun appel n'a été introduit ni par le Ministère public dans un délai de 3 mois (article 47-2 de la loi n° 82-017 du 30 mars 1982), ni par l'accusé dans un délai de 40 jours (article 47-1 de la même loi).

⁹⁵ Voir article 102-2 du décret du 6 août 1959 sur la procédure pénale.

⁹⁶ Voir la transcription anglaise de l'audience du 22 novembre 2006, page 11, lignes 8 à 11.

/signé/

Me Jean Flamme, conseil de la Défense de Thomas Lubanga Dyilo

Fait le 6 décembre 2006

À La Haye (Pays-Bas)