



Original : français

N° : ICC-01/04-01/06

Date : 22 avril 2008

CHOISIR L'INSTANCE

Composée comme suit : M. le juge Adrian Fulford, juge président
Mme la juge Elizabeth Odio Benito
M. le juge René Blattmann

SITUATION EN REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO

AFFAIRE

LE PROCUREUR

c.THOMAS LUBANGA DYILO

Public

**Réponse de la Défense à la « Prosecution's submission on undisclosed documents
containing potentially exculpatory information » datée du 28 mars 2008**

Origine : Equipe de la Défense de M. Thomas Lubanga

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

Le Bureau du Procureur

M. Luis Moreno Ocampo,
Mme Fatou Bensouda,
M. Ekkehard Withopf

Le conseil de la Défense

Mme Catherine Mabilie,
M. Jean-Marie Biju-Duval
M. Marc Desalliers
Mme Caroline Buteau

Les représentants légaux des victimes

a/0001/06 à a/0003/06 et a/0105/06

M. Luc Walley
M. Franck Mulenda
Mme Carine Bapita Buyangandu

Les représentants légaux des demandeurs

Les victimes non représentées

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

Le Bureau du conseil public pour les victimes

Mme Paolina Massida

Le Bureau du conseil public pour la Défense

Les représentants des États

L'amicus curiae

GREFFE

Le Greffier

Mme Silvana Arbia

La Section d'appui à la Défense

L'Unité d'aide aux victimes et aux témoins

La Section de la détention

La Section de la participation des victimes et des réparations

Autres

CONTEXTE

1. Le 28 mars 2008, le Procureur déposait la « *Prosecution's submission on undisclosed documents containing potentially exculpatory information* » (la « Requête »).
2. Dans sa Requête, le Procureur informe la Chambre de première instance de la nature de certains éléments de preuve, obtenus en vertu de l'Article 54-3-e qu'il n'est pas en mesure de divulguer à la Défense.
3. Le 7 avril 2008, le Procureur déposait la « *Prosecution's submission on Article 54-e confidentiality agreements* »¹.
4. Le 16 avril 2008, le Procureur déposait la « *Prosecution's Additional Information on the Undisclosed Evidence* »².
5. Le 16 avril 2008, la Chambre ordonnait à la Défense de déposer toute réponse avant le 22 avril 2008 et ordonnait la tenue d'une conférence de mise en état afin de permettre aux Parties de faire des observations sur les questions suivantes :

i) Quelle interprétation doit être donnée à l'Article 67-2 du Statut et si l'obligation du Procureur à ce stade des procédures est de divulguer « *les éléments de preuve en sa possession ou à sa disposition dont il estime qu'ils disculpent l'accusé ou tendent à le disculper ou à atténuer sa culpabilité, ou sont de nature à entamer la crédibilité des éléments de preuve à charge.* »

¹ ICC-01/04-01/06-1267.

² ICC-01/04-01/06-1281.

ii) Les conséquences de la non divulgation de certains éléments de preuve potentiellement à décharge dues à des conditions imposées par la personne qui a fourni l'information en vertu de l'Article 54-3-e³.

[Notre traduction]

OBSERVATIONS

I – Sur l'interprétation de l'Article 67-2 et son application à l'espèce

i – Obligations du Procureur en matière d'enquêtes à décharge et de divulgation d'éléments à décharge

6. Il résulte de l'Article 54-1-a que le Procureur assume l'entière responsabilité des enquêtes à décharge. Un des fondements de cette obligation tient en particulier au fait que la Défense ne dispose ni des ressources, ni de l'autorité, ni des soutiens institutionnels dont bénéficie le Procureur pour mener ses enquêtes.
7. Ce devoir d'enquêter à décharge a pour corollaire l'obligation générale et absolue incombant au Procureur de divulguer à la Défense les éléments de preuve recueillis au cours de ses enquêtes, et qui sont susceptibles de disculper l'accusé, d'atténuer sa culpabilité (Article 67-2 ou, d'une manière générale, d'être utiles à sa défense (Règle 77).
8. À maintes reprises, le Procureur affirme dans sa Requête que les informations contenues dans les documents concernés ne sont pas de nature à disculper l'accusé et n'ont, par conséquent, pas à être divulguées à la Défense.
9. La Défense est d'avis que l'interprétation faite par le Procureur de son obligation de divulgation prévue à l'Article 67-2 est indûment restrictive et contraire au but poursuivi par les rédacteurs du Statut.

³ ICC-01/04-01/06-1282, par. 4.

10. Le droit de l'accusé d'obtenir les documents à décharge concerne non seulement les documents qui disculpent l'accusé ou tendent à le disculper, mais s'étend aussi aux documents qui sont de nature à atténuer sa culpabilité ou à entamer la crédibilité des éléments de preuve à charge⁴.
11. Le caractère exculpatoire d'un élément de preuve peut concerner tant l'existence même du crime que les formes de responsabilité imputées à l'accusé. Tout élément de nature à mettre en doute l'existence de l'*actus reus* ou de la *mens rea* relativement à l'une des charges retenues contre l'accusé doit être considéré comme exculpatoire. Il en est de même de tout élément de preuve affectant les formes de responsabilité prévues aux Articles 25 et 28.
12. Les éléments de preuve de nature à atténuer la culpabilité de l'accusé doivent être appréciés à la lumière des dispositions de la Règle 145, qui précisent « les facteurs atténuants et les facteurs aggravants » devant être pris en considération lors de la fixation de la peine. Parmi eux figurent « *la nature du comportement illicite et des moyens qui ont servi au crime ; le degré de participation de la personne condamnée ; le degré d'intention ; et les circonstances de temps, de lieu, de manière* ». D'une manière générale, toute circonstance de nature à constituer un « facteur atténuant » au sens de la Règle 145 relève de l'obligation de divulgation prévue à l'Article 67-2.
13. Les « éléments de preuve à charge » visés par l'Article 67-2 et dont la crédibilité peut être affectée ne se limitent pas aux éléments de preuve visant à établir la culpabilité, mais renvoient également à ceux visant à établir l'existence de « facteurs aggravants » au sens de la Règle 145.

ii – Sur la nature des documents visés par la Requête du Procureur

⁴ Article 67-2.

14. La Requête du Procureur concerne des documents obtenus en vertu d'un engagement du Procureur à la confidentialité, soit 292 documents qui n'ont, à ce jour, toujours pas été communiqués à la Défense.
15. Le Procureur informe la Chambre que la majorité des documents concernés lui ont été fournis par l'Organisation des Nations Unies (« ONU ») sous le sceau de la confidentialité.
16. Bien que la Défense soit dans l'impossibilité de consulter les documents visés par la Requête du Procureur, elle est en mesure d'affirmer, au vu des informations fournies par le Procureur que l'ensemble de ces documents relèvent de l'Article 67-2 ou de la Règle 77.
17. La Défense relève notamment les exemples suivants :
 - i. Le Procureur affirme que certains de ces documents contiennent des informations à l'effet que les soldats de l'UPC seraient âgés de 15 ans et plus. Cette information est de nature à disculper l'accusé puisqu'elle nie l'existence d'un élément matériel crucial des crimes reprochés à l'accusé (Éléments des crimes, par. 2 et 3 de l'Article 8-2-b- xxvi et de l'Article 8-e-vii.
 - ii. Certains documents visés par la Requête du Procureur sont de nature à atténuer la preuve à charge, en contredisant des allégations faites par le Procureur dans son *Résumé des éléments de preuve de l'Accusation*⁵, ou des affirmations faites par des témoins du Procureur⁶.

⁵ ICC-01/04-01/06-1089.

⁶ Le Procureur affirme que certains documents concernés par sa Requête contiennent des informations à l'effet que l'UPC avait pour objectif de pacifier l'Ituri (par. 15). Ces informations sont contraires à l'affirmation du Procureur selon laquelle le plan commun de Thomas Lubanga Dyilo et de ses co-auteurs était de renforcer l'effort de guerre de l'UPC/FPLC, afin de combattre, entre autres, le FNI/FRPI (Par exemple : *Résumé des éléments de preuve de l'Accusation*, *Idem*, par. 21, 34.). Le Procureur informe la Chambre que certains documents font référence au fait que l'UPC était un parti politique ouvert à tous les groupes ethniques (par. 15).

- iii. Le Procureur affirme que certains documents semblent appartenir à Thomas Lubanga Dyilo, soit parce qu'il en est l'auteur, celui à qui le document est adressé, ou le destinataire⁷. Rien ne peut justifier le refus de communiquer des documents à l'accusé dont il est lui-même l'auteur (Règle 77) ou dont il connaît le contenu. Par ailleurs, ces documents, en raison de leur objet, sont susceptibles de contenir des éléments utiles à la défense de l'accusé et de nature à le « disculper ou à atténuer sa culpabilité ».
- iv. Le Procureur soutient que les efforts de Thomas Lubanga Dyilo relatifs à la démobilisation d'enfants soldats étaient fictifs⁸. Cette thèse est cependant contredite par certains documents visés par la Requête, qui font état de la volonté de Thomas Lubanga Dyilo de discuter avec la MONUC ou autres organisations internationales à propos d'initiatives de démobilisation⁹.
- v. Une partie importante de la thèse du Procureur consiste à dire que Thomas Lubanga Dyilo avait un contrôle absolu sur l'UPC/FPLC¹⁰. Le Procureur indique cependant que certains documents démontrent que Thomas Lubanga Dyilo n'avait pas le contrôle nécessaire sur les individus qui ont commis les crimes pour lesquels il est accusé¹¹. Le Procureur affirme lui-même que ces éléments de preuve ont le potentiel d'avoir un impact sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé¹².

Cette information contredit l'allégation faite par le Procureur à l'effet que l'UPC est un parti politique essentiellement Hema (*Résumé des éléments de preuve de l'Accusation, Ibid.*, par. 47.).

⁷ Par. 16 de la Requête.

⁸ *Ibid.*, par. 75 et ss.

⁹ Par. 22 de la Requête.

¹⁰ *Ibid.*, ICC-01/04-01/06-1089, par. 59 et ss.

¹¹ Par. 23 de la Requête.

¹² Par. 24 de la Requête.

18. Le Procureur affirme à l'appui de sa Requête que la Défense a déjà été mise en possession d'une quantité suffisante de documents similaires¹³. Le droit fondamental de l'accusé n'est pas d'obtenir un certain nombre d'informations tendant à contredire les charges portées contre lui, mais de recevoir divulgation de la totalité des éléments à décharge ou nécessaires à sa défense.
19. La Chambre constatera en conséquence que l'ensemble des documents visés par le Procureur dans sa Requête relève des obligations de divulgation prévues à l'Article 67-2 et à la Règle 77. Aucun accord de confidentialité ne peut valablement faire obstacle à l'accomplissement de ces obligations.

II – Sur l'interprétation de l'Article 54-3-e et son application à l'espèce

i – Sur l'objet et les limites des accords de confidentialité

- Objet

20. L'Article 54-3-e permet au Procureur de s'engager à maintenir la confidentialité d'un document qui ne sert qu'à obtenir de nouveaux éléments de preuve. Les documents concernés par cet article ne doivent servir qu'à faire avancer les enquêtes du Procureur¹⁴.
21. Il va de soi qu'un accord de confidentialité passé aux termes de l'Article 54-3-e ne peut couvrir, de manière indifférenciée, tous les documents transmis au Procureur par une source quelconque. Cette disposition du Statut établit clairement que la confidentialité ne pourra couvrir que les documents ou renseignements qui lui sont nécessaires pour obtenir des éléments de preuve supplémentaires.

¹³ Par exemple, par. 9, 12, 17 et 18 de la Requête.

¹⁴ Nous référons la Chambre aux arguments développés par la Défense à l'audience du 1^{er} octobre 2007, ICC-01/04-01/06-T-52-FRA, pages 43, ligne 4 et ss.

22. Les accords de confidentialité ne peuvent cependant pas viser les éléments de preuve eux-mêmes. Le mandat du Procureur est de recueillir des éléments de preuve à charge et à décharge afin qu'ils puissent être utilisés par les Parties lors du procès. Il va de soi que le Procureur ne peut passer d'accords de nature à l'exonérer sans motif légitime de ses obligations de divulgation.
23. Dans tous les cas, les accords passés par le Procureur relativement à la confidentialité des informations qui lui sont transmises doivent être strictement délimités et ne peuvent intervenir qu'en cas de stricte nécessité.

- Limites

24. Le droit pour le Procureur de conclure des accords de confidentialité a nécessairement pour limite les droits fondamentaux de l'accusé¹⁵. Il en résulte que ces accords ne peuvent en aucun cas avoir pour objet, ou pour effet, de faire échec aux obligations de divulgation prévues à l'Article 67-2 et à la Règle 77.
25. De la même manière, le devoir du Procureur « d'établir la vérité »¹⁶ lui interdit de conclure des accords ayant pour objet ou pour effet de soustraire à la connaissance des Juges et des Parties des éléments de preuve utiles à la manifestation de la vérité.

ii – Sur les accords de confidentialité visés par la Requête

26. Le Procureur fait état, dans ses procédures, de deux types d'accords de confidentialité : les accords passés avec l'Organisation des Nations Unies (« ONU »), et les autres accords, pour lesquels il ne fournit aucun détail.

- Accords de confidentialité passés avec les Nations Unies

¹⁵ Article 54-3-d.

¹⁶ Article 54-1-a.

27. Le Procureur a soumis, en annexe de sa procédure ICC-01/04-01/06-1267, les accords passés entre l'ONU et la Cour pénale internationale (la « Cour ») qui justifient, selon lui, la confidentialité des documents visés par sa demande de non divulgation d'éléments de preuve.
28. Il s'agit plus précisément d'un accord général de coopération intervenu entre la Cour et l'ONU (le « *Relationship agreement* »), ainsi que d'un protocole d'accord intervenu entre la Cour et l'ONU concernant la coopération entre la MONUC et la Cour (le « *Memorandum of agreement* »).
29. Ces accords font état d'une volonté des parties d'établir une collaboration et une coopération leur permettant d'assumer efficacement leurs responsabilités respectives¹⁷. Les parties établissent clairement qu'elles devront respecter leurs statut et mandat respectifs¹⁸.
30. Il est par ailleurs clairement indiqué que le *Memorandum of agreement* doit être en tout point conforme au *Relationship agreement*, et qu'en cas de divergence entre les deux accords, c'est ce dernier qui doit prévaloir¹⁹.
31. La possibilité pour le Procureur de conclure des accords de confidentialité relativement aux informations fournies par l'ONU est prévue à l'Article 18-3 du *Relationship agreement*. Elle est cependant soumise à la même restriction que celle prévue à l'Article 54-3-e, à l'effet que les documents soumis à la confidentialité ne peuvent servir qu'à obtenir de nouveaux éléments de preuve.
32. Les parties au *Memorandum of agreement* vont cependant beaucoup plus loin que la limite imposée par le Statut et le *Relationship agreement*, puisqu'elles

¹⁷ Voir notamment l'Article 3 du *Relationship agreement*, et l'Article 2 du *Memorandum of agreement*.

¹⁸ Article 2, *Relationship agreement*.

¹⁹ Article 2, par. 3, *Memorandum of agreement*.

soumettent à cette obligation de confidentialité la totalité des documents transmis par la MONUC au Procureur²⁰.

33. Or, le Procureur ne peut d'aucune façon s'engager à ne pas divulguer des documents à décharge.
34. Les accords visant la coopération d'une organisation intergouvernementale ne doivent pas être contraires au Statut (Article 54-3-d). Or, le fait de s'engager à l'avance à ne divulguer aucun document va clairement à l'encontre du droit fondamental de l'accusé d'obtenir divulgation de tous les éléments visés à l'Article 67-2 et à la Règle 77. Il s'en suit qu'en concluant le *Memorandum of agreement* avec l'ONU, le Procureur a manifestement excédé son mandat. De la même manière, l'ONU ne pouvait ignorer qu'un tel accord était manifestement contraire aux dispositions du Statut.

- Autres accords de confidentialité

35. Le Procureur suggère que les accords de confidentialité eux-mêmes sont confidentiels et ne peuvent être communiqués ni à la Chambre, ni à la Défense. Or, non seulement cette affirmation ne repose sur aucune base légale, mais la Chambre doit avoir la possibilité de trancher sur la validité de chacune des accords de confidentialité passés par le Procureur avec ses sources.

iii – Sur le pouvoir de contrôle de la Chambre

- Communication des accords

36. Le Procureur doit, au strict minimum, divulguer les accords de confidentialité passés avec les individus ou organisations lui transmettant des renseignements ou éléments de preuve. La Chambre doit être en mesure

²⁰ Article 10, par. 6, *Memorandum of agreement*.

d'apprécier la légalité de ces accords, et s'assurer qu'ils n'entraînent pas une violation des droits fondamentaux de l'accusé.

- Communication des éléments de preuve

37. La Chambre doit avoir accès aux éléments de preuve concernés afin d'être en mesure d'établir si leur confidentialité est justifiée. Or, non seulement le Procureur ne transmet pas ces documents à la Chambre, mais il n'expose aucun motif pouvant justifier une restriction de divulgation.
38. Le Procureur s'est plutôt contenté d'annexer à sa demande des exemples de documents afin d'illustrer ses affirmations. Ces annexes ne sont d'aucune utilité pour la Chambre qui est en droit d'exiger la communication par le Procureur des documents visés par la Requête.

- Appréciation du caractère légitime de la non divulgation au titre de l'Article 54-3-e

39. La Chambre, investie de la responsabilité d'assurer le caractère équitable de la procédure, dispose du pouvoir d'écarter tout accord de confidentialité ayant pour effet d'affecter les droits de la défense garantis par l'Article 67-2 et la Règle 77.

III – Sur les conséquences de la non divulgation

40. La Chambre a déjà indiqué que si « *l'Accusation a en sa possession des éléments à décharge qu'elle ne peut communiquer et qui sont susceptibles d'influencer sensiblement la décision des juges sur l'innocence ou la culpabilité, elle sera tenue de retirer toutes les charges sur lesquelles les éléments à décharge non communiqués ont une incidence* »²¹.

²¹ ICC-01/04-01/06-1019-tFRA, par. 28.

41. Sur la base des informations données par le Procureur, il apparaît que les documents visés dans la Requête du Procureur sont de nature à influencer sur la décision relative à la culpabilité ou à l'innocence de l'accusé.
42. En conséquence, la Défense estime qu'à défaut de divulgation, toutes les charges portées contre l'accusé devront être retirées.

PAR CES MOTIFS, PLAISE À LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE I :

REJETER la Requête du Procureur ;

CONSTATER l'illégalité du *Memorandum of agreement* conclu entre le Procureur et l'ONU au regard des dispositions du Statut et du Règlement de procédure et de preuve.

CONSTATER que l'ensemble des documents visés par cette Requête devait être divulgué avant le 14 décembre 2007, ou à tout le moins avant le 28 mars 2008 ;

ORDONNER au Procureur de divulguer à la Chambre et à la Défense la totalité des documents visés par la Requête, y compris les accords de confidentialité ;

Le cas échéant, ORDONNER au Procureur de retirer toutes les charges sur lesquelles les éléments à décharge non communiqués ont une incidence ;

DIRE et JUGER qu'à défaut de divulgation immédiate, les charges retenues contre l'accusé devront être retirées.



Catherine d. Mabil, Avocate à la Cour

Fait le 22 avril 2008

À La Haye, Pays-Bas