



Original : français

N° : ICC-01/04-01/07

Date : 1^{er} Avril 2008

LA CHAMBRE PRÉLIMINAIRE I

Composée comme suit : Mme la juge Sylvia Steiner, juge unique

**SITUATION EN REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO
AFFAIRE
LE PROCUREUR
c/Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui**

Public

**Observations de la Défense ayant trait au Témoin 12 décédé
en réponse à celles du Procureur
en prévision de l'audience de Confirmation des charges**

Origine : Equipe de Défense de Mathieu Ngudjolo composée comme suit :

Me Jean-Pierre Kilenda Kakengi Basila

Me Maryse Alié

Mlle Aurélie G. Roche

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

Le Bureau du Procureur

Mr. Luis Moreno-Ocampo
Mme Fatou Bensouda

Le conseil de la Défense

Me David Hooper
Mr. Goran Sluiter

Les représentants légaux des victimes

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 Massidda

Le Bureau du conseil public pour la Défense

Me Xavier-Jean Keïta
Mme Melinda Taylor

Les représentants des États

L'amicus curiae

GREFFE

Le Greffier

Bruno Cathala

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

I. PROCEDURE

1. En date du 6 juillet 2007, un mandat d'arrêt a été délivré par la Chambre Préliminaire I de la Cour Pénale Internationale à l'encontre de Monsieur Mathieu Ngudjolo.¹
2. Le 7 février 2008, la Chambre Préliminaire I a rendu une décision levant les scellés sur le mandat d'arrêt délivré contre Monsieur Mathieu Ngudjolo.²
3. Le 7 février 2008, la Chambre Préliminaire a fixé la date de l'audience de première comparution de Mathieu Ngudjolo au 11 février 2008.³
4. Le 12 février 2008, la Défense de Mathieu Ngudjolo a déposé une requête en vue d'obtenir la prorogation des délais lui permettant de déposer l'ensemble du dossier pouvant justifier l'exception d'irrecevabilité de la procédure soutenue à l'audience préliminaire du 11 février 2008.⁴
5. Le 18 février 2008, la Défense de Mathieu Ngudjolo a soumis à la Chambre Préliminaire I ses observations concernant la question de la jonction de procédures entre l'affaire de son client et celle de Germain Katanga, en application de la requête orale présentée par la Chambre Préliminaire I lors de l'audience du 12 février 2008.⁵
6. Le 25 février 2008 a eu lieu l'enregistrement de la désignation de Maître Kilenda Kakengi Basila Jean-Pierre en sa qualité de conseil permanent.⁶

¹ 'Mandat d'arrêt à l'encontre de Mathieu Ngudjolo Chui', Chambre Préliminaire I, 6 Juillet 2007, ICC-01/04-02/07-1.

² 'Decision to Unseal the Warrant of Arrest Against Mathieu Ngudjolo Chui', Chambre Préliminaire I, 7 Février 2008, ICC-01/04-02/07-10.

³ 'Décision fixant la date de la première comparution de Mathieu Ngudjolo Chui au 11 février 2008 et autorisant la prise de photographies lors de cette audience', Chambre Préliminaire I, 7 Février 2008, ICC-01/04-02/07-14.

⁴ 'Requête en vue d'obtenir la prorogation des délais permettant à la Défense de déposer l'ensemble du dossier pouvant justifier l'exception d'irrecevabilité de la procédure', Chambre Préliminaire I, 12 Février 2008, ICC-01/04-02/07-20.

⁵ 'Observations de la Défense concernant la question de la jonction de procédures entre l'affaire Mathieu Ngudjolo et l'affaire Germain Katanga, en application de la requête orale présentée par la Chambre Préliminaire I lors de l'audience du 12 février 2008', Chambre Préliminaire I, 18 Février 2008, ICC-01/04-02/07-29.

⁶ 'Enregistrement de la désignation de maître Jean Pierre Kilenda Kakengi Basila par M. Mathieu Ngudjolo Chui comme conseil et de la déclaration d'acceptation du mandat par le conseil', Chambre Préliminaire I, 25 Février 2008, ICC-01/04-02/07-42.

7. En date du 10 mars 2008, la Chambre Préliminaire a rendu une décision ordonnant la jonction des causes Katanga et Ngudjolo au motif prétendu de leur participation criminelle commune aux faits décrits dans leur mandat d'arrêt respectif.⁷
8. Le même jour, la Chambre Préliminaire a rendu une décision établissant un calendrier dans la nouvelle affaire jointe. La Défense, pour M. Ngudjolo, devait pour le 28 mars 2008 soumettre les demandes de reconsidération ou d'autorisation d'interjeter appel des décisions rendues dans l'affaire *Procureur c/ Germain Katanga*.⁸
9. Le 13 mars 2008, la Chambre Préliminaire I a révoqué la mesure de ségrégation qui frappait les deux suspects Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo et qui interdisait toute communication généralement quelconque entre eux.⁹
10. Le 20 mars 2008, la Chambre Préliminaire a soumis à la Défense les observations du Procureur relativement au Témoin 12 décédé en vue de l'audience de confirmation des charges conformément au prescrit des Articles 61 et 69 du Statut de Rome ('Statut').¹⁰
11. La Défense soutient qu'un tel témoignage ne peut être admis contre Monsieur Mathieu Ngudjolo car il est de nature à affecter de manière sérieuse son droit à un procès équitable en ruinant son droit au contre-interrogatoire.

⁷ 'Decision on the Joinder of the Cases against Germain KATANGA and Mathieu NGUDJOLO CHUI', Chambre Préliminaire I, 10 Mars 2008, ICC-01-04-01-07-257.

⁸ 'Decision Establishing a Calendar in the Case against Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui', Chambre Préliminaire I, 10 mars 2008, ICC-01-04-01-07-259.

⁹ 'Decision revoking the prohibition of contact and communication between Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui', Chambre Préliminaire I, 14 Mars 2008, N° ICC-01/04-01/07- 322.

¹⁰ 'Prosecution's observations regarding Admission for the Confirmation Hearing of the Transcripts of Interview of Deceased Witness 12 pursuant to Articles 61 and 69 of the Statute', Chambre Préliminaire I, 20 Mars 2008, ICC-01/04-01/07-335-Conf.

II. EN DROIT

Remarque liminaire

12. Le présent acte est rédigé sans préjudice de l'irrecevabilité au stade du procès de la déposition effectuée par le Témoin 12. En effet, vu un certain nombre de facteurs objectifs dont notamment : le délai trop court imparti à la défense pour l'analyse complète des documents et transcriptions remises par l'Accusation, le manque de ressources humaines, l'absence de transmission de l'intégralité du dossier à charge de Monsieur Ngudjolo, le manque de temps pour rassembler des informations quant aux circonstances de l'interview, les informations quant à un accord éventuel entre l'Accusation et le témoin sur l'absence de poursuites à son égard et l'incertitude quant aux charges qui seront *in fine* retenues ou non contre Monsieur Ngudjolo suite à la confirmation, la défense est dans l'impossibilité d'évaluer le préjudice que pourrait causer ledit témoignage et partant, de faire valoir la totalité de ses arguments au présent stade de la procédure.
13. Si, dès l'examen des arguments présentés à l'étape préliminaire, il n'était pas fait droit par la Cour à l'irrecevabilité du Témoin 12, la Défense de Monsieur Mathieu NGUGJOLO se réserve donc le droit de soulever l'irrecevabilité de ladite déposition à la lumière de la confirmation de l'ensemble des charges qui pèseront ou non contre lui.

I. Quant à la possibilité pour le Procureur de se baser, au stade de la confirmation des charges, sur des documents ou résumés sans être obligé d'appeler les témoins à déposer oralement

14. Le Procureur voudrait se fonder sur les dépositions du Témoin 12 en vue de solliciter le renvoi en jugement de Mathieu Ngudjolo. Il est vrai que des témoins décédés ont pu via un support écrit être déclaré recevable. Dans l'affaire *Milutinovic*, le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie avait précisé concernant la recevabilité du témoignage d'une personne décédée: "*(a) the circumstances in which the statement was made and recorded, in particular (i) whether the statement was given under oath; or (ii) whether the statement was signed by the witness with an accompanying acknowledgement that the statement is true to the best of his or her recollection; and whether the statement was taken with the assistance of an interpreter duly qualified and approved by the Registry of the Tribunal; (b) whether the statement has been subject to cross-examination; (c) whether the statement, in particular an unsworn statement that has never been subject to cross-examination, relates to events about which there is other evidence; and d) other additional factors, such as the absence of manifest or obvious inconsistencies in the statement*".¹¹ Force est de constater que les conditions de recevabilité envisagée par cette décision ne sont nullement remplies par le Témoin 12.

15. Déclarer recevable la déposition du Témoin 12 est contraire à l'équité de la procédure pénale garantie par les textes régionaux et internationaux des droits de l'Homme. Ainsi en est-il de l'Article 10 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme ; de l'Article 14 (1) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; de l'Article 6(1) de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales ; de l'Article 8(1) de la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme et, enfin, de l'Article

¹¹ *Procureur c/ Milutinovic et al.*, 'Decision on Prosecution motion for admission of evidence pursuant to rule 92 quarter, Chambre de Première Instance, 16 Février 2007, IT-05-87, para. 7. Voir <http://www.un.org/icty/milutino87/trialc/decision-e/070216.pdf>.

7(1) b de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, textes largement repris par l'article 67 du Statut de Rome.

Violation de l'Article 56 du Statut de Rome ('Statut') et de la Règle 68 du Règlement de procédure et de preuve ('RPP')

16. De manière préalable, il faut souligner que ni l'Article 56 du Statut, ni la Règle 68 du RPP qui précise notamment que les témoignages préalablement enregistrés ou leur transcription sont recevables pour autant que la Défense ait eu la possibilité d'interroger ledit témoin durant l'enregistrement n'ont été respectés. Ainsi, votre Juridiction ne peut déclarer recevable une déposition qui *prima facie* serait rejetée au stade du procès.

Les témoins ne sont pas obligatoirement appelés à déposer lors du procès : « ratio legis » et conséquences

17. L'Article 61 (5) du Statut stipule : *"À l'audience, le Procureur étaye chacune des charges avec des éléments de preuve suffisants pour établir l'existence de motifs substantiels de croire que la personne a commis le crime qui lui est imputé. Il peut se fonder sur des éléments de preuve sous forme de documents ou de résumés et n'est pas tenu de faire comparaître les témoins qui doivent déposer au procès"*. La "ratio legis" de cette disposition n'est pas de faire des économies procédurales au détriment des droits de la Défense voire même des possibilités offertes à l'accusation. Au contraire, l'Article 61 (5) vise surtout à ne pas alourdir inutilement la procédure de confirmation des charges. C'est en ce sens qu'il a été expliqué dans un document informel relatif à la réduction de la longueur des procédures que, au stade de la confirmation des charges : *"Thorough scrutiny of the charges brought by Prosecution including, if necessary, the rejection of insufficiently substantiated charges could substantially contribute to more*

streamlined, and consequently less time consuming trial proceedings".¹² Ainsi, lors de l'examen des charges le rejet du Témoin 12 aidera à rationaliser positivement le temps dévolu pour le procès. En effet, on peut raisonnablement affirmer que ce témoignage risque d'être rejeté au stade du procès en raison des réserves qu'il importe d'émettre vis-à-vis d'un témoin décédé et du manque de valeur probante de son témoignage puisque non soumis à la contre-interrogation.

18. Contre-interroger un témoin à charge, c'est-à-dire hostile, c'est lui poser directement des questions et non des questions isolées sur l'ensemble des faits sur lesquels il a fait ses dépositions. Cet exercice participe véritablement de la procédure pénale qui est une méthode dialectique de la découverte de la vérité et fait partie intégrante du droit à un procès équitable comme il l'a été souligné par la jurisprudence du TPIY ¹³ et expressément reconnu par l'Article 67 (1) (e) du Statut.
19. Monsieur Mathieu Ngudjolo, étant donné la gravité des charges qui pèsent sur lui, n'entend nullement se délester de son droit au contre-interrogatoire en vue d'établir son innocence à la suite d'une procédure pénale qu'il veut respectueuse autant de ses droits que de ceux de toutes les autres parties impliquées.
20. Aucun témoignage ne peut contourner les règles d'admissibilité au point d'éclipser toute demande de contre-interrogatoire qui serait formulée par l'une des parties qui est en droit de contester la teneur des dépositions qui ont été faites à son encontre. Un témoin décédé, même assermenté, n'a pas nécessairement dit la vérité pour qu'il soit interdit de faire l'économie de toute contestation à même de prouver le contraire des dépositions qui ont été faites sans possibilité aucune de contradiction. C'est en contre-interrogeant le

¹² ICC Informal Expert Paper, *Measures available to the International Criminal Court to reduce the length of proceedings*, para 49, voir http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/length_of_proceedings.pdf.

¹³ *Prosecutor v. Milosevic*, 'Decision on Prosecution Request to Have Written Statements Admitted under Rule 92bis', Chambre de Première Instance, 21 March 2002, IT-02-54, para 25, voir <http://www.un.org/icty/milosevic/trialc/decision-f/020321-2.htm>.

témoin que l'on peut mettre en lumière ses contradictions et peut être même ses altérations de la vérité.

21. Par ailleurs, il convient de souligner que le corollaire de l'Article 61 (5) du Statut est que, s'il le souhaite, le Procureur devrait être à même d'appeler les témoins, démarche impossible à rencontrer en l'espèce.
22. S'il est vrai, comme le rapporte l'Accusation, que la confirmation des charges ne peut relever d'un procès avant le procès¹⁴, il n'en reste pas moins que chaque élément doit être examiné avec circonspection par la Chambre Préliminaire. Comme l'a souligné Gauthier de Béco, *"In order to establish 'substantial grounds to believe' that the arrested person has committed the crimes, attention must be paid to the purpose of the confirmation hearing, which is to ensure that there is sufficient evidence to go to trial, as suggested by the Prosecutor."*¹⁵ Selon cet auteur, les éléments à charge doivent être suffisants pour mener potentiellement au procès. Bien que le seuil d'appréciation d'un élément de preuve soit moindre au stade de la confirmation qu'au stade du procès,¹⁶ il faut que les éléments à charge puissent concrètement être ultérieurement transformés en preuve pour pouvoir être recevables au moment de la confirmation des charges, *quod non*. En effet, d'une part en raison du non respect de l'Article 56 du Statut et de la Règle 68 du Règlement de procédure et de preuve et d'autre part, parce qu'il est difficilement envisageable de déclarer recevable le témoignage d'une personne décédée qui ne peut être confirmé et dont on ignore les circonstances de l'interrogatoire et de la déposition.¹⁷

¹⁴ ICC-01/04-01/07-335, 20 Mars 2008, para. 7.

¹⁵ G. DE BECO, *'The confirmation of charges before the international criminal court: Evaluation and first application'*, 2007, International Criminal Law Review, p. 469.

¹⁶ Voir *Procureur c/ Thomas Lubanga Dyilo*, 'Judgment on the appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Second Decision on the Prosecution Requests and Amended Requests for Redactions under Rule 81"', 14 Décembre 2006', ICC-01/04-01/06-774, para. 47.

¹⁷ Cfr infra.

23. Vu ces éléments, il importe peu, contrairement à ce qui est avancé par le Procureur dans sa note d'observation¹⁸, que l'accusation ait fait ou non état de ses intentions quant à sa volonté, depuis la demande de mandat d'arrêt, de se reposer sur le Témoin 12 ou quant à sa décision de ne pas appeler ce témoin à comparaître devant la Cour.

Les documents et autres supports relatifs au Témoin 12 ne remplissent pas *in casu* les conditions requises pour fonder la recevabilité de la déposition

24. Il est essentiel de constater que l'Article 61 (5) ne doit pas être interprété de manière restrictive dans la mesure où, notamment, elle ne peut pas être lue de manière isolée. Il y a lieu notamment de se référer à l'Article 69 (2) et (4), applicable à l'audience de confirmation des charges comme il est précisé à la Règle 122 (9) du RPP.

25. Le principe général posé par l'Article 69 (2) du Statut se lit comme suit : "*la Cour peut se prononcer sur la pertinence et l'admissibilité de tout élément de preuve conformément au Règlement de procédure et de preuve, en tenant compte notamment de la valeur probante de cet élément de preuve et de la possibilité qu'il nuise à l'équité du procès ou à une évaluation équitable de la déposition d'un témoin*". Or, présenter *in casu* de tels écrits est irrecevable en raison de la violation du droit à un procès équitable et plus particulièrement du principe du contradictoire en privant la possibilité de contre-interroger le témoin, et d'évaluer formellement sa déposition et par voie de conséquence, la valeur probante de cette dernière.

26. Ainsi que l'a écrit non sans pertinence Luc Dufresne, Avocat au barreau du Québec : "*L'objectif d'un contre-interrogatoire peut être de détruire la crédibilité du témoin, d'obtenir des clarifications sur un point particulier ou de faire ressortir une faiblesse de la version donnée lors de l'interrogatoire, voire une contradiction. Si un témoignage à charge comporte des zones d'ombre ou des imprécisions, l'avocat de la défense pourra, parfois, par un contre-interrogatoire efficace du témoin, jeter un doute*

¹⁸ ICC-01/04-01/07-335, 20 Mars 2008, para. 8.

sur la fiabilité de sa version des faits. Le droit de la défense « d'interroger...les témoins à charge » (c'est-à-dire de les contre-interroger) est consacré comme un élément essentiel du procès équitable par l'article 6°3d de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans de nombreux pays d'Amérique, d'Asie et d'Afrique, le même principe est appliqué¹⁹.

27. Poursuivant sa réflexion, cet Avocat écrit davantage : « Dans un arrêt de la Cour supérieure du Canada (R.C. Osolin) rendu en 1993, on peut lire ces quelques lignes : « Le contre-interrogatoire a une importance incontestable. Il remplit un rôle essentiel dans le processus qui permet de déterminer si un témoin est digne de foi. Même lorsqu'il vise le témoin le plus honnête qui soit, il peut permettre de jauger la fragilité des témoignages. Il peut servir, par exemple, à montrer le handicap visuel ou auditif d'un témoin. Il peut permettre d'établir que les conditions météorologiques pertinentes ont pu limiter la capacité d'observation d'un témoin, ou que des médicaments pris par le témoin ont pu avoir un effet sur sa vision ou son ouïe. Son importance ne peut être mise en doute. C'est le moyen par excellence d'établir la vérité et d'établir la véracité. Il faut autoriser le contre-interrogatoire pour que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière. La possibilité de contre-interroger les témoins constitue un élément fondamental du procès équitable auquel l'accusé a droit. Il s'agit d'un principe ancien et bien établi qui est lié de près à la présomption d'innocence²⁰. »

28. Au stade procédural actuel, Mathieu Ngudjolo est un suspect qui jouit jusqu'à preuve du contraire de la présomption d'innocence, droit légalement consacré et reconnu par tous les textes régionaux et internationaux protecteurs des droits de l'Homme²¹ et par l'Article 66 du Statut.

¹⁹ DUFRESNE, 'Interrogatoire et contre-interrogatoire, clés d'un procès pénal équitable', in Le FIGARO.FR. 28 Mars 2008 Texte du 15/10/2007, voir

http://www.lefigaro.fr/debats/20060405.FIG000000153_interrogatoire_et_contre_interrogatoire_cles_d_un_procès_penal_equitable.html.

²⁰ DUFRESNE, Ibidem.

²¹ Article 11 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, 10 décembre 1948 (Résolution 217 A(II)) : « Toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées. » Article 14 (2) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966 : « Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité

29. S'il est permis à l'Accusation d'user de toutes les ressources en sa possession (*actori incumbit probatio*) en vue d'établir la culpabilité du suspect, il est tout autant admis que celui-ci recourt à tous les canaux légaux et procéduraux pour prouver son innocence.
30. Dans cet ordre de préoccupation, le suspect a le droit de contre-interroger le témoin dont il estime la déposition non fiable, non crédible, non sérieuse et de nature à nuire à ses intérêts. Ce droit qui est consubstantiel à son droit à la présomption d'innocence lui est reconnu par l'Article 67 (1) (e) du Statut.
31. Or, n'étant plus de ce monde, le Témoin 12 ne peut être valablement soumis à un contre-interrogatoire qui aurait permis de démontrer l'inanité de ses dépositions en ce qui concerne les faits imputés à Mathieu Ngudjolo qui dans le cas d'espèce ne plaide pas coupable. L'épreuve du contre-interrogatoire aurait permis de faire toute la lumière sur les faits qui sont mis à charge de Mathieu Ngudjolo. En l'absence d'un contre-interrogatoire, les dépositions du Témoin 12 ne peuvent être tenues pour crédibles.
32. L'absence d'un contre-interrogatoire du Témoin 12 sape donc à la base l'équité du procès tant elle va complètement désarmer Mathieu Ngudjolo qui a suffisamment à redire sur les dépositions qui ont été faites. C'est pour cette raison qu'il est en droit de penser qu'admettre un tel témoignage serait sacrifier l'équité du procès et la saine administration de la justice.

ait été légalement établie. » Article 14 (3) e) : « Toute personne accusée d'une infraction pénale a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes : A interroger ou faire interroger les témoins à charge et à obtenir la comparution des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge. » Les mêmes dispositions sont reprises par l'article 6 (2) de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales : « Toute personne accusée d'une infraction pénale est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie » et 6(3) d : « Tout accusé a droit notamment à interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la comparution et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge. » L'article 8 (2) de la Convention Américaine relative aux droits de l'homme, O.A.S., Treaty Series N° 36, 1144 U.N.T.S., 123 entrée en vigueur le 18 juillet 1978 : « Toute personne accusée d'un délit est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie ». « Pendant l'instance, elle a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes : « f) droit pour la défense d'interroger les témoins comparaisant à l'audience et d'obtenir la comparution, comme témoins, d'autres personnes qui peuvent faire la lumière sur les faits de la cause. ».

33. Partant, un témoignage ne peut être recevable pour confirmer les charges que dans la mesure où il ne pourra confirmer sa déposition soit oralement soit par écrit durant la phase du procès.
34. En outre, le témoignage n'a pas été recueilli sous la foi du serment. Bien que celui-ci ne soit pas une garantie *per se* de sa fiabilité ou de sa valeur probante, force est de constater que cette garantie minimale n'est pas offerte par la déposition du Témoin 12.
35. Le Procureur fait valoir à l'appui de son raisonnement que la transcription de l'interview du témoin 12 est fiable et que si le Juge unique qui va statuer en l'espèce le souhaite, il a la possibilité de vérifier l'enregistrement vidéo-filmé, en enregistrement qui s'est déroulé conformément à l'Article 55 (2) du Statut et à la Règle 112 du RPP. Sur ce point, l'accusation perd de vue qu'il s'agit là d'une question formelle (s'apparentant davantage au caractère correct de la transcription plutôt qu'à une fiabilité en soi) et que sur le fond, le Témoin 12 ne pouvant plus être contre-interrogé, il sera impossible à la Défense de vérifier les circonstances de la déposition du témoin, et partant de procéder à une évaluation équitable dudit témoignage conformément à l'Article 69 (2) du Statut.²²
36. Or, ces circonstances sont pour le moins préoccupantes dans la mesure où ayant vraisemblablement été interrogé en tant que suspect puisqu'il a été fait application de l'Article 55 (2) du Statut et de la Règle 112 du RPP. A cet égard, l'affaire *Martic* apporte un éclairage plus que pertinent : “[witness MM-079] testified that after his lawyer had suggested that he contact the Tribunal to seek assistance with his asylum, he was interviewed by the Prosecution, and that he was subsequently informed that the Prosecution had written a letter to the authorities of the state where he currently lives to ask that he be allowed to stay there until he finishes testifying at the Tribunal”.²³ Dans le cas d'espèce, l'Accusation avait elle-

²² Cfr. *infra* considération sur l'absence de consentement du témoin.

²³ *Procureur c/ Martic*, Jugement de la Chambre Première Instance, 12 Juin 2007, IT-95-11, para 37. Voir <http://www.un.org/icty/martic/trialc/judgement/mar-tcjud070612e.pdf>.

même précisé que “*the evidence of Witness MM-079 should be “scrutinized with care” since “he said that he hoped to receive the assistance of the OTP to remain in the country where he is relocated”*”²⁴. *Mutatis mutandis*, cette jurisprudence devrait guider votre Juridiction à constater l’irrecevabilité du Témoin 12 dès la phase préliminaire du procès pénal. En effet, le témoin 12 s’était vu offrir la possibilité d’une admission au programme de protection et relocation de la Cour. Par conséquent, vu cette importante compensation, la crédibilité de ses propos peut largement être mise en doute et mener à écarter des débats les transcriptions et vidéo-films y relatifs.

37. A considérer que le Témoin 12 fasse initialement partie des suspects, la question de la renonciation à l’assistance d’un avocat se pose de manière cruciale. Ainsi, le Témoin 12 avait-il pleine connaissance de ses droits notamment celui de ne pas s’auto-incriminer ? Comment pouvait-il être pleinement informé de ses droits alors qu’il ne savait pas à quoi ni à qui (suspect ou témoin) se rapportait sa déposition ? La réponse est plus qu’ambiguë. Partant, sous réserve pour la Défense de disposer de l’ensemble des informations relevantes, ni l’information quant aux droits de la personne interrogée, ni les circonstances de la renonciation à l’assistance d’un avocat, ni l’état d’esprit dans lequel elle a été donnée ne sont vérifiables. Ici aussi, ce n’est que par le biais du contre-interrogatoire que votre Juridiction pouvait se forger une opinion éclairée.

38. Par ailleurs, sachant que le témoin faisait partie des suspects et donc des co-auteurs au même titre que Monsieur Ngudjolo, il est primordial pour votre Juridiction d’évaluer si le Témoin 12 tend à prouver les actes ou le comportement de Monsieur Ngudjolo ou encore d’autres co-auteurs et partant, est *quasi de facto* irrecevable. Notons qu’à ce stade la Défense est hautement préjudiciée par le fait qu’elle ne connaît pas encore l’identité de toutes les personnes suspectées de figurer parmi les co-auteurs. Quoi qu’il en

²⁴ Ibid.

soit, la Chambre d'Appel du Tribunal International pour l'ex-Yougoslavie a clairement établi, dans son arrêt *Galic*, ce que signifie les actes ou comportements d'un accusé :

“10. Thus, Rule 92bis(A) excludes any written statement which goes to proof of any act or conduct of the accused upon which the prosecution relies to establish —
(a) that the accused committed (that is, that he personally physically perpetrated) any of the crimes charged himself, or
(b) that he planned, instigated or ordered the crimes charged, or
(c) that he otherwise aided and abetted those who actually did commit the crimes in their planning, preparation or execution of those crimes, or
(d) that he was a superior to those who actually did commit the crimes, or
(e) that he knew or had reason to know that those crimes were about to be or had been committed by his subordinates, or
(f) that he failed to take reasonable steps to prevent such acts or to punish those who carried out those acts.

Where the prosecution case is that the accused participated in a joint criminal enterprise, and is therefore liable for the acts of others in that joint criminal enterprise, Rule 92bis(A) excludes also any written statement which goes to proof of any act or conduct of the accused upon which the prosecution relies to establish —
(g) that he had participated in that joint criminal enterprise, or
(h) that he shared with the person who actually did commit the crimes charged the requisite intent for those crimes.

Those are the “acts and conduct of the accused as charged in the indictment”, not the acts and conduct of others for which the accused is charged in the indictment with responsibility.

11. The “conduct” of an accused person necessarily includes his relevant state of mind, so that a written statement which goes to proof of any act or conduct of the accused upon which the prosecution relies to establish that state of mind is not admissible under Rule 92bis. In order to establish that state of mind, however, the prosecution may rely upon the acts and conduct of others which have been proved by Rule 92bis statements. An easy example would be proof, in relation to Article 5 of the Tribunal’s Statute, of the knowledge by the accused that his acts fitted into a pattern of widespread or systematic attacks directed against a civilian population. Such knowledge may be inferred from evidence of such a pattern of attacks (proved by Rule 92bis statements) that he must have known that his own acts (proved by oral evidence) fitted into that pattern. The “conduct” of an accused person may also in the appropriate case include his omission to act.

(...)

13. The fact that the written statement goes to proof of the acts and conduct of a subordinate of the accused or of some other person for whose acts and conduct the

accused is charged with responsibility does, however, remain relevant to the Trial Chamber's decision under Rule 92bis. That is because such a decision also involves a further determination as to whether the maker of the statement should appear for cross-examination. The proximity to the accused of the acts and conduct which are described in the written statement is relevant to this further determination. Moreover, that proximity would also be relevant to the exercise of the Trial Chamber's discretion in deciding whether the evidence should be admitted in written form at all.

Where the evidence is so pivotal to the prosecution case, and where the person whose acts and conduct the written statement describes is so proximate to the accused, the Trial Chamber may decide that it would not be fair to the accused to permit the evidence to be given in written form. An easy example of where the exercise of that discretion would lead to the rejection of a written statement would be where the acts and conduct of a person other than the accused described in the written statement occurred in the presence of the accused". ²⁵

39. Ainsi, l'admissibilité de la déposition du Témoin 12 cause un préjudice certain à la Défense dès lors même qu'il n'est pas possible de procéder à un contre-interrogatoire, que l'on peut raisonnablement mettre son contenu en doute vu le statut de suspect du témoin et que l'on peut relever le non-respect des procédures telles que définies à l'Article 56 du Statut et la Règle 68 du Règlement. A l'évidence, ledit préjudice qui l'emporte sur la valeur probante que pourrait éventuellement revêtir ledit témoignage. Rappelons par ailleurs que le Procureur lui-même dans sa note d'observations admet que le Témoin 12 ne savait pas que sa déposition serait utilisée contre Monsieur Ngudjolo. Contre-interroger ce témoin relevait donc d'un impératif et fonde l'irrecevabilité de la pièce querellée.

40. En outre, il faut relever que concernant l'utilisation de modes de preuve telle l'utilisation de résumé, la Chambre d'appel dans l'affaire *Lubanga* a clairement rappelé, en faisant référence à la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme²⁶ : " Il conviendra de statuer au cas par cas, en tenant également compte de la nature particulière de l'audience de confirmation des charges. Dans des cas comme celui qui nous occupe, la Chambre préliminaire devra notamment garder à

²⁵ Procureur c/Galic, '[Decision on Prosecution motion for admission of evidence pursuant to rule 92 quater](http://www.un.org/icty/milutino87/trialc/decision-e/070216.pdf)', 16 February 2007, Chambre de Première Instance, IT-98-29, para. 7, <http://www.un.org/icty/milutino87/trialc/decision-e/070216.pdf>.

²⁶ *Doorson c. Pays-Bas*, N°20524/92, ECHR.

l'esprit que la capacité de la Défense de contester les éléments de preuve produits par le Procureur à l'audience de confirmation des charges est amoindrie non seulement par le recours à des témoins anonymes mais également par l'utilisation de résumés sans communication préalable à la Défense des déclarations de témoins et autres documents originaux correspondants".²⁷ In casu, l'impossibilité pour la Défense d'être dûment éclairée sur les conditions et circonstances de l'audition nuit manifestement aux normes gouvernant le procès équitable.

41. En outre, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a également rappelé dans de nombreux arrêts que l'impossibilité de contre-interroger un témoin était contraire à l'article 6 de la CEDH. Dans l'arrêt *Luca contre Italie*, la Cour n'a pas manqué de rappeler sa jurisprudence: "[...] comme la Cour l'a précisé à plusieurs reprises (voir, entre autres, les arrêts *Isgrò c. Italie* du 19 février 1991, série A n° 194-A, p. 12, § 34, et *Lüdi précité*, p. 21, § 47), dans certaines circonstances il peut s'avérer nécessaire, pour les autorités judiciaires, d'avoir recours à des dépositions remontant à la phase de l'instruction préparatoire, notamment lors du refus de les réitérer en public par crainte des conséquences pour la sécurité de l'auteur des dépositions, ce qui peut être le cas dans le cadre de procès visant les agissements d'organisations mafieuses. Si l'accusé a eu une occasion adéquate et suffisante de contester pareilles dépositions, au moment où elles sont faites ou plus tard, leur utilisation ne se heurte pas en soi à l'article 6 §§ 1 et 3 d). Il s'ensuit, cependant, que les droits de la défense sont restreints de manière incompatible avec les garanties de l'article 6 lorsqu'une condamnation se fonde, uniquement ou dans une mesure déterminante, sur des dépositions faites par une personne que l'accusé n'a pu interroger ou faire interroger ni au stade de l'instruction ni pendant les débats ()".²⁸

²⁷ *Procureur c/ Thomas Lubanga Dyilo*, 'Arrêt relatif à l'appel interjeté par Thomas Lubanga Dyilo contre la décision de la Chambre préliminaire I intitulée « Première décision relative aux requêtes et aux requêtes modifiées aux fins d'expurgations introduites par l'Accusation en vert de la règle 81 du Règlement de procédure et de preuve »', Chambre d'Appel, 14 Décembre 2006, ICC-01/04-01/06-773, para 51.

²⁸ *Lucà v. Italy*, no. 33354/96 (Sect. 1) (bil.), ECHR 2001-II – (27.2.01). Voir également les arrêts *Unterpertinger c. Autriche* du 24 novembre 1986, série A n° 110, pp. 14-15, §§ 31-33, *Saïdi c. France* du 20 septembre 1993, série A n° 261-C, pp. 56-57, para 43-44, et *Van Mechelen et autres précités*, p. 712, para 55; voir aussi *Dorigo c. Italie*, requête n° 33286/96, rapport de la Commission du 9 septembre 1998, para 43, non publié, et, sur cette même affaire, Résolution du Comité des Ministres DH (99) 258 du 15 avril 1999.

42. La jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* va dans le même sens. Ainsi, dans l'affaire *Prlic*, la Chambre d'Appel a précisé: *"In the normal course of events, during the proceedings those judges will hear evidence on the individuals questioned and, by the end of the trial, they will therefore be able – and required – to put the questioning in context in order to assess it in light of the rest of the information received. This does not happen with witness statements, which are based on evidence proffered by an individual about whom the trier of fact knows little, even considering the possibility that he be called for cross-examination."*²⁹ Sur cette base on peut conclure qu'une déclaration peut avoir une valeur probante si réduite qu'elle doit être déclarée irrecevable.

43. La Chambre d'Appel du TPIY a par ailleurs refusé, dans l'affaire *Kordic*, d'admettre la déclaration d'un témoin décédé interrogé par un enquêteur de la poursuite et non soumise à un contre-interrogatoire.³⁰

44. Le préjudice que subirait Mathieu Ngudjolo, si les dépositions du Témoin 12 étaient prises en considération, est considérable d'autant qu'il risque de répondre des faits qu'il n'a pu contester alors même que la crédibilité de ce témoin est sujette à caution puisque émaillée de diverses contradictions et imprécisions. Par voie de conséquence, votre Juridiction ne peut que constater que le préjudice pour les droits de la Défense l'emporte sur la valeur probante que pourrait revêtir le témoignage puisque la Défense ne peut interroger le témoin.

45. Le décès du Témoin 12 ôte à Mathieu Ngudjolo l'occasion de le contre-interroger sur divers points de ses dépositions. Pour la bonne administration de la justice, ce témoignage doit être écarté des débats à tous les niveaux de la procédure.

²⁹ *Procureur c/ Prlic et al.*, 'Decision on Appeals against Decision Admitting Transcript of Jadranko Prlic's Questioning into Evidence', Chambre d'Appel, 23 Novembre 2007, IT 04-74-AR. 73.6, para 46, voir <http://www.un.org/icty/prlic/appeal/decision-e/071123.pdf>.

³⁰ *Procureur c/ Kordic et Cerkez*, 'Décision relative à l'appel concernant la déclaration d'un témoin décédé', Chambre d'Appel, 21 juillet 2000, IT-95-14/2, voir <http://www.un.org/icty/kordic/appeal/decision-f/00721EV313609.htm>.

II. Quant à l'irrecevabilité de la déposition en raison d'une part de l'absence du consentement explicite du témoin 12 sur l'utilisation de son témoignage contre KATANGA et NGUDJOLO et d'autre part de la connaissance qu'il avait que son témoignage serait utilisé dans le cadre de la procédure pénale devant la Cour

46. L'accusation estime que l'absence de consentement explicite du Témoin 12 quant à l'utilisation de son témoignage en justice contre Messieurs Ngudjolo et Katanga, n'étant pas requise par les dispositions du Statut et du Règlement de procédure et de preuve, ne frappe pas sa déposition d'irrecevabilité.
47. Tant la jurisprudence que la doctrine affirment que le consentement est requis pour la validité d'un témoignage.³¹ Ainsi bien que l'Article 64 (6) b du Statut, précise que la Chambre de première instance a le pouvoir "*d'ordonner la comparution des témoins et leur audition [...]*", cette disposition doit néanmoins être mise en relation avec l'Article 93 (1) du Statut qui exige des Etats Parties de collaborer en prenant les "*mesures propres à faciliter la comparution volontaire devant la Cour de personnes déposant comme témoins ou experts*".
48. Le consentement du témoin est à l'évidence à envisager en lien étroit avec l'évaluation que l'on doit lui donner d'opérer entre témoigner et les risques qu'il encourt ainsi que ses proches en acceptant de témoigner. Il y a donc lieu d'examiner la problématique du consentement non spécifiquement donné par le témoin (simple connaissance de ce que son témoignage pourrait être utilisé en justice) à la lumière de l'Article 68 (1) du Statut et de la Règle 86 du RPP.
49. Pour procéder à un tel examen, il convient notamment de se référer à la décision de confirmation des charges prise par la Chambre Préliminaire dans l'affaire *Lubanga*. Ladite Chambre a estimé que: "*la première et la plus importante mesure imposée par l'article 68-1 du Statut et par la règle 86 du Règlement est*

³¹ Lire notamment L.N. SADAT, 'Redefining Universal Jurisdiction', 2001 35(2) *New England Law Review* 241 at 254; K. AMBOS, 'The Right of Non-Self-Incrimination of Witnesses Before the ICC', 15 (2002) *Leiden Journal of International Law* 155 at 171; G. SLUITER, *International Criminal Adjudication and the Collection of Evidence: Obligations of States*, Antwerpen, Oxford, New York: Intersentia, 2002, p. 254.

d'informer chaque témoin potentiel du fait qu'une partie entend, aux fins de l'audience de confirmation des charges dans le cadre d'une affaire spécifique, se fonder sur sa déclaration, sur le rapport établi dans le cadre de son audition ou sur la transcription de ladite audition. En conséquence, si, comme c'est le cas en l'espèce s'agissant des témoins DRC-OTP-WWWW-0033, DRC-OTP-WWWW-0035 et DRC-OTP-WWWW-0037, cette information n'a pas été donnée aux témoins en question afin d'assurer adéquatement leur protection, la Chambre considère que leurs déclarations, les transcriptions de leur audition ou les rapports établis dans le cadre de leur audition doivent être déclarés inadmissibles aux fins de l'audience de confirmation des charges. Par conséquent, la Chambre ne réexaminera en aucun cas les parties des requêtes introduites par l'Accusation en vertu de la règle 81 qui portent sur ces trois témoins³²". Ainsi, dans la mesure où le témoin 12 ignorait que son témoignage serait utilisé dans une affaire spécifique, *in casu* contre Messieurs Ngudjolo et Katanga, et partant n'a pu peser les risques sécuritaires que lui et ses proches encouraient, son témoignage doit être écarté des débats. En effet, un consentement général et non éclairé ne peut être considéré comme valide.

50. Le Procureur avance qu'un programme de protection avait été envisagé pour le témoin. Cet argument n'est pas relevant puisque ses proches peuvent toujours craindre pour leur sécurité. En tout état de cause, l'absence de menaces au stade actuel de la procédure mentionnée par le Procureur dans ses observations ne présage en rien les difficultés cruciales que pourraient rencontrer les proches du Témoin 12. Par conséquent, les observations avancées par le Procureur ne contredisent nullement la situation de danger dans laquelle pourraient se trouver les proches du Témoin 12, d'autant plus que l'identité de ce témoin est connue.

³² Procureur c/ Thomas Lubanga Dyilo, 'Décision sur la Confirmation des Charges', 29 Janvier 2007, 01/04-01/06-803, para 59.

III. Quant aux obligations du Procureur de ne pas communiquer l'identité des potentiels suspects aux témoins interviewés avant qu'un mandat d'arrêt ne soit rendu public

51. Enfin, le Procureur estime qu'il est contraire à ses obligations de communiquer l'identité des potentiels suspects aux témoins interrogés avant qu'un mandat d'arrêt ne soit rendu public. Toutefois, il ne démontre pas à suffisance de droit en quoi cette obligation découle du Statut.
52. Par ailleurs, compte tenu des dates des entretiens avec le Témoin 12 (Mai 2007), la Défense est à même de se demander dans quelle mesure ce témoin n'avait en fait pas eu connaissance d'une enquête à l'encontre de M.Ngudjolo.

PAR CES MOTIFS,

53. A titre principal, La Défense, respectueusement, sollicite de la Chambre Préliminaire I, de déclarer irrecevable le témoignage du témoin 12 au stade de la confirmation des charges pesant à l'encontre de Monsieur Ngudjolo.
54. A titre subsidiaire, de réserver le droit à la Défense de soulever l'irrecevabilité du Témoin 12 au stade du procès.



Me Jean-Pierre Kilenda Kakengi Basila
Conseil Permanent de Défense de Mr Mathieu Ngudjolo

Fait le 1^{er} Avril 2008

À La Haye (Pays-Bas)