

**Cour
Pénale
Internationale**

**International
Criminal
Court**



Original : français

N° : ICC-01/04-01/07
Date: 9 juin 2008

LA CHAMBRE PRÉLIMINAIRE I

Composée comme suit : Mme la Juge Akua Kuenyehia, Juge Unique

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

Public

Observations de la Défense de Monsieur Ngudjolo relatives aux documents tombant sous le champ d'application de l'Article 54-3 (e) identifiés comme potentiellement à décharge ou à toutes autres informations pour la préparation de l'audience de confirmation des charges

Origine : Equipe de Défense de Mathieu Ngudjolo

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 de Germain

Katanga

Me David Hooper
Mr. Goran Sluiter

Le Conseil de la Défense de Mathieu

Ngudjolo

Me Jean-Pierre Kilenda Kakengi Basila
Me Maryse Alié

Les représentants légaux des victimes

Me Carine Bapita
Me Gilissen
Me Keta

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

Me Xavier Jean Keïta
Mme Mélinda Taylor

Les représentants des États

L'amicus curiae

GREFFE

Le Greffier

Mme Silvana Arbia

La Section d'appui à la Défense

Mr Esteban Peralta

L'Unité d'aide aux victimes et aux témoins La Section de la détention

I. OBJET

1. En date du 2 juin 2008, l'Honorable Juge unique (Sylvia Steiner) a rendu une décision intitulée '*Decision Requesting Observations concerning Article 54 (3) (e) Documents Identified as Potentially Exculpatory or Otherwise Material for the Defence's Preparation for the Confirmation Hearing*¹'.
2. Suite à ladite décision, la Défense de Monsieur Mathieu Ngudjolo (ci-après dénommée 'la Défense') souhaite former des observations relatives aux documents tombant sous le champ d'application de l'Article 54 (3) (e) du Statut de Rome (ci-après dénommé 'le Statut') identifiés par le Procureur comme potentiellement à décharge et de toutes autres informations pertinentes en vue de la préparation de l'audience de confirmation des charges.

II. OBSERVATIONS DE LA DEFENSE

3. Les observations de la Défense se rapportent : 1/ à l'obligation du Procureur de continuer son devoir de divulgation en dépit de la problématique du consentement des sources d'information ; 2/ au retranchement injustifié du Procureur derrière une analyse partielle des éléments de preuve et au renvoi à des documents analogues ; et 3/ à l'interdiction qui doit être faite au Procureur d'utiliser des documents pour lesquels il n'a pas reçu l'aval des sources d'information pour l'audience de confirmation des charges.

1/ La Défense estime que les obligations de divulgation du Procureur subsistent en dépit du refus des sources d'information

4. Selon l'Article 54 (3) (e) du Statut, le Procureur peut « *s'engager à ne divulguer à aucun stade de la procédure les documents ou renseignements qu'il a obtenus sous la condition qu'ils demeurent confidentiels et ne servent qu'à obtenir de nouveaux éléments de preuve, à moins que celui qui a fourni l'information ne consente à leur divulgation* ».

¹ ICC-01/04-01/07-543.

5. Après avoir procédé à un examen minutieux des différents rapports de divulgation émanant du Procureur², l'Honorable Juge unique considère que le recours par le Bureau du Procureur à cet Article 54 (3) (e) du Statut est extensif. Même si les retards du Bureau du Procureur dans l'envoi des requêtes peuvent avoir contribué au ralentissement de l'avancée de la divulgation, la Juge unique constate par ailleurs que ce n'est là certainement pas la seule explication³.

6. La Défense estime que le cadre donné par l'Article 54 (3) (e) du Statut est indicatif de l'obligation du Procureur de transmettre tous les éléments à décharge. L'Article 54 (1) c) du Statut stipule que : « *[Le Procureur] respecte pleinement les droits des personnes énoncés dans le présent Statut* ». La force du terme 'pleinement' ainsi que la place première de ladite mesure sur l'Article 54 (3) (e) du Statut laisse entendre qu'elle est prioritaire sur cette dernière. Kate Mackintosh a précisé, dans une étude relative à la divulgation d'informations par des organisation internationales, qu'à ce titre « *if the information is exculpatory in nature, so that it might be useful in the preparation of the defence, there is an overriding duty of disclosure on the Prosecution*⁴ ».

7. Comme l'Honorable Juge unique le souligne le problème apparaît dans des cas où l'absence de consentement porte sur des documents à décharge ou autres informations pour la défense qui doivent être révélés à la défense en vertu de l'Article 67 (2) du Statut et de la Règle 77 du Règlement de Procédure et de Preuve (ci après dénommé le 'RPP').

8. La Défense estime qu'un examen attentif de la Règle 82 du RPP indique que l'Article 54 (3) (e) du Statut ne limite pas les obligations du Procureur sous l'Article 67(2) du Statut. Si la Règle 82 du RPP gouverne uniquement la procédure qui s'applique si l'Accusation veut recourir à l'Article 54 (3) (e) du Statut pour les preuves à charge,

² 'Decision Requesting Observations concerning Article 54 (3) e) Documents Identified as Potentially Exculpatory or Otherwise Material for the Defence's Preparation for the Confirmation Hearing', Chambre Préliminaire I, 2 juin 2008, ICC-01/04-01/07-543, p. 4-9.

³ Ibidem, para 9 et ss.

⁴ K. MACKINTOSCH, 'Can humanitarian organizations hand information to the court on a confidential basis?', *Journal of Humanitarian Assistance*, 1 mai 2005, p.8. Article disponible sur internet à l'adresse internet <http://www.jha.ac/Articles/a175.pdf>.

cela ne règle pas ni ne restreint les obligations du Procureur en vertu de l'Article 67(2) du Statut. Le fait que la Règle 82 du RPP mentionne seulement les restrictions de l'Article 54(3) (e) du Statut dans le contexte des preuves que le Procureur lui-même veut utiliser à charge, soutient la conclusion que l'Article 54 (3) (e) du Statut ne s'applique pas aux éléments de preuve à décharge. Partant, ce n'est pas parce que le Procureur rencontre des difficultés pratiques à l'obtention du consentement des sources d'information pour la levée d'expurgations qu'il peut s'abstenir de poursuivre le processus de divulgation dont il a la responsabilité.

9. En outre, la Défense estime que la *ratio legis* de la Règle 82 (4) du RPP semble avoir été envisagée de manière telle à préserver les droits de l'accusé en relation avec l'Article 54 (3) (e) du Statut, plus particulièrement le droit de la Défense d'obtenir du matériel à décharge. A ce titre, la Défense remarque que la Règle 70 (e) du RPP du TPIY formule ces mêmes garanties⁵. Partant, la Défense avance qu'il est tout à fait plausible d'interpréter la Règle 82 (4) du RPP en relation avec l'article 54 (3) (e) du Statut comme une volonté des rédacteurs du Statut de vouloir préserver ces garanties.

2/ La Défense estime que le Procureur se retranche à tort derrière une analyse partielle des éléments de preuve pour ne pas divulguer les documents utiles à la Défense

10. La Défense relève que l'Honorable Juge unique dans sa décision fait observer que le Procureur dans son septième rapport indique pour la première fois qu'en ce qui concerne les documents à l'égard desquels les sources d'information ont refusé d'accorder leur consentement (33 sur 51), l'information contenue était analogue à celle des documents déjà révélés. Par ailleurs, en ce qui concerne 7 documents supplémentaires, le Procureur indique qu'après analyse approfondie, ils ne s'avèrent pas à décharge⁶.

11. Par ailleurs, l'Honorable Juge unique relève que le Procureur n'a pas fourni d'explications afin d'éclaircir en quoi la révélation d'informations analogues dans

⁵ Ledit Article 70 (e) précise : « Le droit de l'accusé à contester les éléments de preuve présentés par l'accusation reste inchangé, sous réserve uniquement des limites figurant aux paragraphes C) et D) ».

⁶ Ibidem, para 22.

d'autres documents déjà transmis à la Défense serait de nature à constituer une compensation adéquate du préjudice subi par la Défense du fait de la non révélation de documents ayant été identifiés comme tombant sous le couvert de l'Article 67 (2) du Statut ou de la règle 77 du RPP⁷.

12. A cet égard, l'Honorable Juge unique considère que le mécanisme procédural proposé par le Procureur pour ces cas où le consentement des sources d'information ne peut être obtenu avant l'audience de confirmation des charges, minimise en quelque sorte le préjudice que pourrait encourir la Défense à ce stade de la procédure⁸.

13. La Défense souscrit pleinement à ces remarques et préoccupations formulées par l'Honorable Juge unique. Par ailleurs la Défense estime que les observations transmises par le Bureau du Procureur à la Chambre Préliminaire en date du 5 juin 2008 n'apportent pas de réponse complémentaire satisfaisante par rapport à ladite problématique⁹. Au contraire, l'Accusation se contente principalement de prendre appui sur la décision orale du 18 janvier 2008 dans l'affaire Lubanga¹⁰. Néanmoins, la Défense estime que cette référence manque en fait comme en droit.

14. En effet, le Bureau du Procureur laisse sous-entendre que la Défense pourrait être pénalisée si elle n'aide pas le Bureau du Procureur à identifier du matériel à décharge, estimant par ailleurs que la Défense a omis de définir des critères précis dans la recherche d'éléments à décharge¹¹. D'une part, il va de soi que le Procureur ne peut ainsi rejeter sur la Défense la responsabilité de la transmission des éléments à décharge. D'autre part, la Défense souhaite rappeler une Décision de la Chambre Préliminaire relative à une autorisation d'interjeter appel sur la question de la protection d'un témoin, pour réfuter le point de vue du Procureur, point de vue qu'elle estime préjudiciable pour l'équité des procédures voire du procès à venir à charge de Monsieur Ngudjolo. Ladite décision expose clairement : "*the Chamber addressed the*

⁷ Ibidem, para 23.

⁸ Ibidem, para 24.

⁹ 'Prosecution's Observations concerning Article 54(3)(e) Documents Identified as Potentially Exculpatory or Otherwise Material for the Defence's Preparation for the Confirmation Hearing', 5 juin 2008, ICC-01/04-01/07-555.

¹⁰ ICC-01/04-01/06-T-71. Document cité par le Bureau du procureur dans ses observations au para. 13.

¹¹ 'Prosecution's Observations concerning Article 54(3)(e) Documents Identified as Potentially Exculpatory or Otherwise Material for the Defence's Preparation for the Confirmation Hearing', 5 juin 2008, ICC-01/04-01/07-555, para 13.

practical consequences for prosecution disclosure if the accused reveals, at an unnecessarily and unjustifiably late stage in proceedings, that particular material is potentially exculpatory, and especially if arrangements (which may take many weeks) for the protection of individuals have to be put in place in order to effect service”¹².

15. Bien que cette décision se rapporte à la question de la protection d’un témoin, la Défense estime que l’Honorable Juge unique pourrait avoir égard à ladite décision relativement aux obligations du Procureur en matière de divulgation. Partant, la Défense estime que le Procureur ne peut continuer à reporter la divulgation du matériel à décharge en prétextant qu’il s’agit d’une obligation qui ne doit pas être entièrement remplie avant l’audience de confirmation des charges¹³. Il s’agit là selon la Défense d’une attitude contraire aux règles qui doivent gouverner l’équité du procès.

16. Par ailleurs, le Bureau du Procureur avance que *“the Defence will not be prejudiced if the disclosure provided by the Prosecution, including the analogous information disclosed, is sufficient to permit the defence to participate in the legal and evidentiary debate at issue, namely whether the Prosecution’s core evidence meets the threshold established by Article 61(7), and assists in the defence preparation for trial, in the event of committal¹⁴ »* et que *“it is submitted that the provision to the defence of material and information analogous to information contained in other documents which cannot be disclosed prior to the confirmation hearing due either to a refusal of a lifting request or as a result of a lifting request that is still pending, is an adequate mechanism to protect the defence’s future fair trial rights at the confirmation hearing stage. This analogous information permits the defence to identify and advocate positions relating to potential areas of defence at the confirmation hearing and to take preparatory steps for a possible future trial¹⁵”*. Pour des raisons similaires à celles sus évoquées, la Défense estime que la transmission d’informations analogues est tout sauf suffisante à la préparation du dossier en vue du procès.

¹² ‘Decision on the defence request for leave to appeal the Oral Decision on redactions and disclosure of 18 January 2008’ Chambre Préliminaire, 6 mars 2008, ICC-01/04-01/06-1210, para. 12.

¹³ ‘Prosecution’s Observations concerning Article 54(3)(e) Documents Identified as Potentially Exculpatory or Otherwise Material for the Defence’s Preparation for the Confirmation’, Chambre Préliminaire I, 5 juin 2008, ICC-01/04-01/07-555, para 9.

¹⁴ Ibidem., para 11.

¹⁵ Ibidem., para 14.

17. D'une part, la Défense ne dispose d'aucun moyen de vérifier si oui ou non ces informations peuvent réellement être considérées comme analogues. D'autre part, même si l'information délivrée par le Bureau du Procureur en lieu et place du matériel à décharge est analogue, le poids de l'information peut être différent suivant la fonction, l'origine et la crédibilité du témoin qui l'a donnée.

18. Le nombre de documents comportant la même information peut également aider la Défense dans la préparation du procès. Par exemple, si un nombre X de documents contiennent la même information, il est évident que la valeur probante de tel ou tel développement en fait voire en droit que veut avancer la Défense aura davantage d'influence sur la considération des faits mis à charge de Monsieur Ngudjolo si la Défense se base sur un nombre important de documents. Par conséquent, la Défense estime à ce sujet, que le Bureau du Procureur devrait à tout le moins lister le nombre de documents contenant la même information.

19. Dans le même sens, les éléments à décharge, même s'ils peuvent ne pas avoir une valeur significative pris chacun isolément, ils peuvent néanmoins être de nature à contredire voire à saper un élément incriminant lorsqu'une problématique déterminée est analysée de manière globale et corroborée par des informations multiples. C'est d'ailleurs la technique que tend à appliquer le Procureur lui-même dans le document détaillé des charges. Ou encore, les mêmes éléments peuvent être de nature à remettre en question la crédibilité d'une organisation non gouvernementale qui aurait été à la source d'un certain nombre de matériels incriminants.

3/ La Défense estime que le Procureur ne peut faire état à l'audience de confirmation des charges des documents pour lesquels il n'a pas reçu l'aval des sources d'information

20. L'Honorable Juge unique fait remarquer que l'Article 54 (3) (e) du Statut et la Règle 82 du RPP fournissent une solution dans les cas où les documents sous le couvert de l'Article 54 (2) (e) sont à charge et que le Procureur a l'intention de les utiliser soit à l'audience de confirmation soit au procès : sans le consentement de la source d'information, le procureur ne peut y avoir recours. Ceci inclut à l'évidence les

documents potentiellement à charge pour lesquels le Procureur n'a pas encore reçu le consentement des sources d'information.

21. La Défense souscrit à cette interdiction qui devrait être faite au Procureur. En effet, si de telles sources refusent de transmettre de tels éléments à la Défense, il devrait être fait interdiction au Bureau du Procureur d'utiliser les informations transmises. Néanmoins, la Défense estime que le Procureur ne peut *a contrario* se retrancher derrière l'absence de consentement pour échapper à son obligation de divulgation des éléments de preuve à la Défense.
22. La Défense rappelle que le droit à un procès équitable et impartial est garanti par l'Article 67 (1) du Statut. Par voie de conséquence, elle estime que les sources d'information ne devraient pas être en droit de choisir à qui communiquer l'information. Soit l'information devrait rester confidentielle et dès lors, ne pas être utilisée dans les procédures devant la Cour, soit elle devrait être transmise en son entier. La Défense estime en effet qu'il n'est pas équitable que le Bureau du Procureur amende ses accords de confidentialité pour être autorisé à utiliser des éléments incriminants alors qu'il continue à exclure les éléments à décharge.
23. A ce sujet, la Défense tient à faire état d'une décision du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY),¹⁶ confirmé en appel¹⁷, dans lequel le témoignage du Général Wesley Clark avait été exclu parce que les restrictions imposées par le Gouvernement des Etats-Unis avait empêché la Défense d'obtenir des documents qui auraient porté atteinte à la crédibilité du témoin¹⁸. Ainsi la valeur probante de l'élément de preuve l'a subséquemment emporté, l'impératif étant d'assurer un procès équitable. La Chambre de Première Instance avait été particulièrement préoccupée par le fait que la condition imposée par le pourvoyeur d'information l'empêcherait d'être

¹⁶ TPIY, *Procureur c. Milutinovic*, 'Second Decision on Prosecution Motion for Leave to Amend its Rule 65 *ter* Witness List to Add Wesley Clark', 15 Janvier 2007. ICTY-IT-05-87. <http://www.un.org/icty/milutino87/trialc/decision-e/070115.pdf>.

¹⁷ TPIY, *Procureur c. Milutinovic*, 'Decision on Interlocutory Appeal Against Second Decision Precluding the Prosecution from Adding General Wesley Clark to its 65*ter* List', Chambre d'Appel, 20 April 2007, ICTY-IT-05-87-AR73.1. <http://www.un.org/icty/milutino87/appeal/decision-e/070420.pdf>.

¹⁸ Voyez les soumissions soumises par la Défense développées aux paras 6 et 7 de la Décision de la Chambre de première instance (note 15).

l'arbitre final des aspects du témoignage que la Défense devait être autorisée ou à tout le moins avoir les moyens de contester¹⁹.

24. Une référence à la Cour Spéciale pour la Sierra Leone, en l'occurrence une décision de la Chambre d'Appel dans l'affaire 'Armed Forces Revolutionary Council', est également intéressante²⁰. Il s'agissait du cas d'un témoin onusien qui refusait de révéler ses sources au moment du contre-interrogatoire mené par la Défense. La Chambre d'Appel avait statué : *"the fairness of the trial can be ensured by the Trial Chamber's overriding obligation to assess the evidence in its totality"*²¹. En outre dans une opinion dissidente, le Juge Geoffrey Robertson QC précisait : *"Further investigation [of exculpatory material] may stand it up to the extent that the prosecutor drops the charges: if by the time of trial it still point credibly to innocence, I would have thought that the prosecution has an obligation either to disclose it to the defence or to decline to proceed the charge or charges in respect to which it point to innocence"*²².

25. La Défense souhaite également faire état d'une situation devant le TPIY où un défendeur, Monsieur Todorovic avait sollicité la transmission de matériel par le Comité international de la Croix rouge (CICR), alors que le CICR avait communiqué ledit matériel au Procureur et à la Chambre sur une base *ex parte*, à la condition qu'il ne soit pas communiqué à la défense. La décision n'a pas tenu compte d'une telle conditionnalité avançant que : *"[i]t should be clearly understood that, as a party before the Tribunal, the Prosecution is not treated in any special way. Nor, it is hoped, would the Prosecution claim such a special position."*²³ ».

¹⁹ 'Decision on Interlocutory Appeal Against Second Decision Precluding the Prosecution from Adding General Wesley Clark to its 65^{ter} List', Chambre d'appel, 20 April 2007, ICTY-IT-05-87-AR73.1. Para 27. <http://www.un.org/icty/milutino87/appeal/decision-e/070420.pdf>.

²⁰ CSSL, *Procureur c. Brima, Kamara and Kanu*, 'Decision on Prosecution Appeal Against Decision on Oral Application for Witness TF1-150 to Testify without being Compelled to Answer Questions on Grounds of Confidentiality', Chambre d'Appel, 26 mai 2006, Affaire No. SCSL-2004-16-AR73; voir <http://www.scsl.org/Documents/AFRC/SCSL-04-16-T-506.pdf>.

²¹ Ibidem, para. 34.

²² Opinion dissidente du Juge Geoffrey Robertson QC, para. 20

²³ TPIY, *Procureur . Simic et al*, 'Decision on (1) Application by Stevan Todorovic to Re-Open the Decision of 27 July 1999, (2) Motion by ICRC to Re-Open Scheduling Order of 18 November 1999, and (3) Conditions for Access to Material 28 February 2000'; <http://www.un.org/icty/simic/trialc3/decision-e/00228PN511785.htm>.

26. La Doctrine est également très claire sur ce point. On peut notamment citer Zappala qui précisait: *“Of course, one can easily understand the need to protect confidential sources. However, protecting these sources should not be at the expense of the defendant. Defendants should accrue some sort of ‘benefit’ when the Prosecutor unduly retains exculpatory materials, such as having the evidence against them on the same facts excluded from the proceedings. The Prosecutor should at least be required to further investigate the exculpatory evidence in order to protect confidential sources or on-going investigations without any corresponding safeguards for the defendant. Otherwise, the rule will have an unjustifiably detrimental effect for the defendant. [...] The Prosecutor should also be obligated to file a report with the Trial Chamber (i) assuring the Chamber that the evidence in question is not such as to totally exculpate the accused, (ii) precisely identifying the evidence against the accused which could be weakened by the said exculpatory information, and (iii), if need be, undertaking to investigate any further matter that the Trial Chamber deems relevant, with a view to appropriately balancing the weight of the evidence when deciding on the guilt or innocence of the accused at trial²⁴”*.

27. En conclusion, la Défense demande à l’Honorable juge unique de tenir compte de trois préoccupations essentielles afin que le droit à un procès équitable et juste pour Monsieur Mathieu Ngudjolo en ce compris les procédures y relatives, soit pleinement garanti. Ces trois préoccupations sont : 1/ le fait que le Procureur semble accepter de manière systématisée que les sources d’information conditionnent leur assistance à la délivrance d’informations à l’Accusation au détriment de la Défense (le recours à l’Article 54 (3) e) devrait être strictement limité) ; 2/ le fait que le Procureur n’ait pas fourni d’explications valables quant aux motifs pour lesquels le mécanisme procédural proposé n’a pas été suivi en ce qui concerne 160 documents pour lesquels une requête de consentement est en ce moment pendante et partant, 3/ le fait que le Procureur ne remplisse pas de manière adéquate ses obligations par rapport à la Défense en se retranchant derrière les difficultés pratiques dans l’obtention du consentement des sources d’informations.

²⁴ ZAPPALO, ‘The Prosecutor’s Duty to Disclose Exculpatory Materials and the Recent Amendment to Rule 68 ICTY RPE’ (2004) 2 *Journal of International Criminal Justice*, p. 620.

28. En tout état de cause, et pour les raisons évoquées *supra* la Défense estime que

- 1 les obligations de divulgation du Procureur doivent subsister en dépit du refus des sources d'information ;
- 2 le Procureur n'apporte pas de réponse suffisante au problème de transmission des éléments de preuve à décharge en transmettant des éléments de preuve analogues ;
- 3 le Procureur ne peut faire état à l'audience de confirmation des charges des documents pour lesquels il n'a pas reçu l'aval des sources d'information.



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

Fait à La Haye, le 9 juin 2008