

**Cour
Pénale
Internationale**

**International
Criminal
Court**



Original : français

N° : ICC-01/04-01/07

Date: 19 juin 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 de Monsieur Ngudjolo relatives au respect par le Procureur de ses obligations conformément à l'Article 67 (2) du Statut et à la Règle 77 du Règlement de Procédure et de Preuve pour 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 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') a formulé 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 charges².
3. En date du 10 juin 2008, dans une décision orale, l'Honorable Juge unique a sollicité les observations de la Défense relativement aux obligations du Procureur en vertu l'Article 67 (2) du Statut et à la Règle 77 du Règlement de Procédure et de Preuve pour l'audience de confirmation des charges, l'objectif de la Juge unique étant de déterminer si le Procureur a ou non violé les obligations qui sont les siennes en matière de divulgation des éléments de preuve.
4. En date du 16 juin 2008, le Bureau du Procureur a soumis un rapport intitulé "Prosecution's Seventh Report on the Status of the Procedures Initiated Pursuant to Articles 54(3)(e), 73 and 93 in Relation to Those Items Identified as of a Potentially Exculpatory Nature under Article 67(2) of the Statute or as Material to the Defence under Rule 77 of the Rules"³.

¹ ICC-01/04-01/07-543.

² ICC-01/04-01/07-566.

³ ICC-01/04-01/07-596.

II. OBSERVATIONS

2.1 Remarques liminaires

2.1.1 L'état d'avancement de la divulgation

5. Dans ce 7^{ème} rapport, le Procureur fait état de l'existence de 137 documents identifiés comme potentiellement à décharge dont 8 documents divulgués à la Défense. Le Procureur explique en effet que 28 sources d'information ont refusé de marquer leur accord à la transmission des éléments de preuve en question à la Défense et que 101 demandes sont toujours pendantes. Le Procureur avance que sur les 28 documents pour lesquels les sources d'information ont refusé leur accord, il a produit des informations analogues pour 16 d'entre eux. De même pour les 101 documents en attente d'accord, le Procureur explique avoir fourni des informations analogues pour 37 de ces documents.

6. Par ailleurs, Le Bureau du Procureur a identifié 118 relevant de la Règle 77 et tombant sous le champ d'application de l'Article 54(3)(e). Seuls 16 documents ont été divulgués à la Défense. Les sources d'information ont rejeté 24 demandes. Le Procureur a fourni des informations analogues pour 20 d'entre eux. 78 documents sont en attente de réponse de la part des sources d'informations. Le Procureur a fourni des informations analogues pour 69 d'entre eux.

2.1.2 Les obligations du Procureur en matière de divulgation

7. La Défense rappelle qu'en vertu de l'Article 54-1-a, le Procureur doit assumer la responsabilité des enquêtes à décharge. Le corollaire de cette obligation générale est la divulgation à la défense des éléments à décharge, c'est-à-dire les éléments susceptibles de disculper ou d'atténuer la présumée culpabilité du suspect ou encore à entamer la crédibilité des éléments de preuve à charge (Article 67 (2) du Statut) ou d'une manière générale les éléments utiles à la préparation de la défense (Règle 77 du RPP). Le Procureur soutient s'être conformé à son obligation de divulgation telle que définie par la Chambre Préliminaire en ce qu'il a transmis à la Défense avant la confirmation des

charges la majeure partie des preuves à décharge ou preuves pouvant constituer des éléments pour la préparation de la défense.

8. La Défense estime que le Procureur contourne la *ratio legis* de l'Article 54 (3) e) du Statut en recourant de manière extensive et abusive à cet article non pour obtenir de nouveaux éléments de preuve mais *in fine* pour produire lesdits éléments devant la Chambre Préliminaire. La Défense estime que les accords de confidentialité ne peuvent outrepasser les droits fondamentaux de Monsieur Ngudjolo, notamment le droit à un procès équitable. La phase préliminaire ne peut diminuer les standards attachés à ces droits. La Chambre de Première Instance vient d'ailleurs d'affirmer avec force et clarté que: "*The prosecution has incorrectly used Article 54(3) (e) when entering into agreements with information-providers, with the consequence that a significant body of exculpatory evidence which would otherwise have been disclosed to the accused is to be withheld from him, thereby improperly inhibiting the opportunities for the accused to prepare his defence*⁴".

2.2 Impact de la non-divulgence de la majorité des éléments à décharge et de l'absence de contrôle judiciaire : une procédure de confirmation des charges inéquitable

9. La Défense soutient que même s'il est vrai que la Chambre d'Appel a confirmé qu'il était permis de retenir avant la confirmation des charges la divulgation de certaines informations à l'égard de la défense, en ce compris des informations potentiellement à décharge, le Procureur ne peut se retrancher derrière cette position pour justifier le faible état d'avancement de la divulgation des éléments à décharge ou utiles à la préparation de la défense. Force est de constater que la Chambre d'Appel a par ailleurs clairement précisé que la non-divulgence d'information est l'exception et non la règle⁵, et que chaque retenue d'information doit faire l'objet d'un contrôle judiciaire

⁴ *Procureur c/ Thomas Lubanga Dyilo*, 'Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008', Chambre de Première Instance I, 13 juin 2008, ICC-01/04-01/06-1401, para 92.

⁵ 'Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "First Decision on the Prosecution Request for Authorisation to Redact Witness Statements', Chambre d'Appel, 13 mai 2008 ICC-01/04-01/07-475, para. 70.

strict⁶. En outre, même si la Chambre venait à autoriser la non-divulgence d'éléments qui pourraient affecter la préparation de la Défense, elle serait tenue de prendre des mesures appropriées afin de protéger le principe du contradictoire et l'égalité des armes⁷.

10. Par ailleurs, le Procureur rappelle que la juge a déjà souligné que les éléments de preuves à la confirmation des charges devraient être limités aux fins de l'analyse de l'essence des témoignages et des preuves appuyant les charges. A ce sujet la Défense expose avec fermeté que l'analyse de témoignages et des preuves appuyant les charges ne peut se faire que si elle est en mesure de jauger ces éléments avec les éléments à décharge qui doivent lui être fournis. A ce sujet la Chambre Préliminaire a clairement disposé que : *"It would be, in every case, for the Pre-Trial Chamber to assess whether the rights of the defendant to a fair hearing were prejudiced on the facts. In circumstances in which the redaction sought would involve withholding exculpatory information which was required to be disclosed, or would result in "a manifest inequality of arms, with little, if any prospect for fair proceedings" the Pre-Trial Chamber would, no doubt, reject the application."*⁸ Partant, la Défense avance que par principe la Chambre Préliminaire devrait refuser la retenue dans le chef du Procureur d'éléments à décharge.

11. S'il est vrai que la phase de confirmation des charges ne revêt pas les mêmes enjeux que la phase de procès, la Défense ne peut accepter de sous statut en matière de droits à accorder à Monsieur Ngudjolo. Ceci implique le caractère essentiel de la transmission des éléments à décharge. La Chambre de Première Instance a clairement rappelé que le droit à un procès équitable inclut la divulgation des éléments potentiellement à décharge, en précisant: *« The Chamber has unhesitatingly concluded that the right to a fair trial - which is without doubt a fundamental right - includes an entitlement to disclosure of exculpatory material. This is established not only by the provisions of Article 67(2) of the Statute, but also by a review of the relevant*

⁶ Ibidem, para. 60 : *"The Appeals Chamber emphasises that, when seeking redactions pursuant to rule 81(4), the Prosecutor may only redact information from material and evidence that it must disclose to the Defence after obtaining authorisation from the competent Chamber to do so - a point raised by Counsel for Mr Katanga.65 As stated by the Pre-Trial Chamber, this course is consistent with the role of the Prosecutor as a party to the proceedings, as well as with the significant role of the competent Chamber to ensure that the rights of a suspect are protected."*

⁷ Ibidem, para 73.

⁸ Ibidem, para 62.

*international jurisprudence, and particularly that of the European Court of Human Rights and the ICTY*⁹». Par voie de conséquence, la Défense expose donc que la Chambre Préliminaire a l'obligation d'évaluer en fonction des éléments non divulgués à la Défense si la phase de confirmation des charges dans sa globalité est équitable et respectueuse du principe de l'égalité des armes¹⁰.

12. Par ailleurs, la Défense est assez préoccupée par la méthode de sélection d'éléments à décharge par le Procureur. Ainsi, dans son 5^{ème} rapport relatif à l'avancement de la divulgation des éléments de preuves, le Procureur précise: « *Furthermore, upon a closer analysis, the Prosecution concludes that the information contained in 7 of these documents for which lifting has been rejected, has no exculpatory value*¹¹ ». La Défense estime regrettable ce manque de transparence du Bureau du Procureur sur les critères et les raisons qui ont mené à une telle conclusion. La Défense estime que l'Honorable Juge unique devrait contraindre le Bureau du Procureur à donner des explications motivées à ce propos.

13. En outre, dans son 7^{ème} rapport susmentionné, le Procureur fait état de l'existence de 137 documents identifiés comme potentiellement à décharge alors que seulement 8 documents ont, à ce stade, été divulgués. Les 129 documents restant font l'objet d'un accord de confidentialité. Il est peu probable qu'ils soient divulgués à la Défense avant ou durant l'audience de confirmation des charges. La Défense constate que ces 129 documents n'ont pas non plus été soumis à la Chambre qui ne peut dès lors évaluer l'impact réel de cette non-divulgation sur les droits de la défense ni n'est en mesure de prendre des dispositions appropriées afin de garantir l'équité de la phase préliminaire.

14. Conformément à la jurisprudence de la Chambre d'Appel, la Défense estime que l'équité de la procédure doit être appréciée de manière holistique. A ce titre, la

⁹ *Procureur c/ Thomas Lubanga Dyilo*, 'Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008', Chambre de Première Instance I, 13 juin 2008, ICC-01/04-01/06-1401, para 77.

¹⁰ 'Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "First Decision on the Prosecution Request for Authorisation to Redact Witness Statements', Chambre d'appel, 13 mai 2008 ICC-01/04-01/07-475, para 92 : "if non-disclosure would result in the hearing to confirm the charges, viewed as a whole, to be unfair to the suspect, the requested redactions should not be authorised."

¹¹ 'Prosecution's Fifth Report on the Status of the Procedures Initiated under Articles 54(3)(e), 73 and 93 in Relation to Those Items Identified as of a Potentially Exculpatory Nature under Article 67(2) of the Statute or as Material to the Defence under Rule 77 of the Rules', 23 mai 2008, ICC-01/04-01/07-502, para 3.

Chambre devrait prendre en considération outre les éléments non-divulgués à la Défense, le fait que la majeure partie des éléments à décharge ont été transmis sous la forme de résumés ou partiellement expurgée. En tout état de cause la Défense relève que si ce type de transmission a été autorisé, il n'a fait l'objet d'aucun contrôle judiciaire¹². Par conséquent, la Défense conteste fermement la position du Procureur qui estime avoir divulgué avant la confirmation des charges, la majeure partie des éléments à décharge.

15. Le Procureur dans son 7^{ème} rapport fait état de 274 éléments de preuve divulgués à la Défense parmi lesquels au moins 56 contiennent des éléments à charge comme à décharge. La Défense tient à relever que les éléments de preuve à charge (dépositions ou autres) ne peuvent être pris en considération pour évaluer la question de savoir si le Procureur a ou non rempli ses obligations en matière de divulgation d'éléments à décharge¹³.

16. La Défense estime dès lors que son champ d'action en vertu des droits qui lui sont octroyés par l'Article 61 (6) du Statut est fondamentalement compromis. Partant, la Défense ne voit pas -vu l'étendue de cette impossibilité de contester les charges et les éléments de preuve présentés par l'accusation- de quelle manière l'audience de confirmation des charges pourrait se dérouler dans le respect des droits de la défense à participer activement aux débats contradictoires.

2.3 Le statut de détenu de Monsieur Ngudjolo accroît l'obligation du Procureur en matière de divulgation de manière à ce que la Défense puisse préparer le dossier dans un délai rapide

17. Monsieur Ngudjolo étant incarcéré, il va de soi que le travail de divulgation du Bureau du Procureur devrait être effectué de manière diligente c'est-à-dire le plus rapidement possible. Si l'Article 61 du Statut prévoit que l'audience de confirmation des charges

¹² 'Decision on Evidentiary Scope of the Confirmation Hearing, Preventive Relocation and Disclosure under Article 67(2) of the Statute and Rule 77 of the Rules', Chambre Préliminaire I, 25 avril.2008, ICC-01/04-01/07-428.

¹³ TPIR, *Procureur c. Nzirotera*, 'Decision on "Joseph Nzirotera's Appeal from Decision on Tenth Rule 68 Motion"' Chambre d'appel, 14 mai 2008, Affaire No. ICTR-98-44-AR73.13, para 7 et suivants. <http://69.94.11.53/default.htm>.

soit tenue dans un délai raisonnable, il en découle *de facto* que le Procureur a la responsabilité de mettre tout en œuvre promptement afin que tous les éléments de preuve soient transmis à la Défense. L'obligation de transmission participe donc entièrement à garantir l'équité du procès dès sa phase préliminaire ainsi qu'à assurer que le suspect puisse être jugé sans retard excessif comme l'exige l'Article 67 (1) f) du Statut. A ce sujet, une référence utile peut être faite à la jurisprudence des TPI: dans l'affaire *Nzirorera*, la Chambre de Première Instance du TPIR avait précisé que :
*“[w]here an accused has been deprived of his liberty and is in the custody of the International Tribunal, it is reasonable for a Trial Chamber to expect a higher level of urgency and expediency in the handling of cases. An accused who is being held in detention is entitled to have his case dealt with as a priority: he remains an innocent man, accused of serious crimes, unless a finding of guilt is made. Being seised of the matter, the Trial Chamber’s role is, inter alia, to ensure that the Prosecution handles its case in a manner which is both fair and expeditious and does not prejudice the rights of the accused under Article 21 of the Statute or the provisions in the Rules.”*¹⁴

18. La Défense s'étonne et s'inquiète de ce que le Procureur, alors qu'il a eu la possibilité de préparer le dossier à charge et à décharge au moins depuis juillet 2007, n'a toujours pas reçu de réponse des sources d'information pour 101 des 137 documents identifiés comme étant à décharge. En outre, le Procureur ne mentionne pas quand lesdits pourvoyeurs d'information ont été contactés pour la première fois en vue de lever la confidentialité des éléments de preuve qu'ils ont fournis. Dans le même sens, le Procureur n'a fourni aucune explication quant aux raisons qui ont motivé le refus des sources d'information de marquer leur accord à la levée de confidentialité. En tout état de cause, la Défense estime que le délai de près d'un an au moins devait largement suffire à effectuer les démarches nécessaires en vue de la transmission des éléments à décharge à la Défense. A ce titre, la Défense s'étonne que la seule explication derrière laquelle se retranche le Procureur réside dans les lenteurs de la bureaucratie onusienne.

¹⁴ TPIY, *Procureur c. A. Furundzija*, 'The Trial Chamber's formal complaint to the Prosecutor concerning the conduct of the Prosecution,' Chambre de Première Instance, 5 juin 1998, IT-95-17/1-PT., para 5. <http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/misc-e/980605e.pdf>.

2.4 L'insuffisance et l'inadéquation des mesures alternatives proposées par le Procureur

19. La Défense est convaincue que les mesures de substitution proposées par le Procureur ne peuvent constituer une réponse adéquate au préjudice causé aux droits de Monsieur Ngudjolo relativement à l'absence de divulgation des éléments à décharge.

20. Le Procureur soutient que la divulgation d'éléments analogues résout de manière adéquate le préjudice causé à la Défense suite à la retenue d'informations en raison de l'application de l'Article 54 (3) (e) du Statut. Par rapport à la transmission de ces éléments analogues, en plus de réitérer ses observations précédentes¹⁵, la Défense constate que le Procureur n'explique en rien dans son 7^{ème} rapport en quoi ces éléments de preuve sont analogues. La Défense s'interroge donc sur les fondements et la nature des analogies dont seul le Procureur a le contrôle. Il va de soi que ni la portée ni l'objectif de l'audience de confirmation des charges ne peut servir d'excuse au Procureur pour ne divulguer à la Défense que des éléments d'information analogues, éléments sur lesquels ni la Défense ni la Chambre Préliminaire n'a de pouvoir de contrôle. La Défense ne peut donc que constater l'impossibilité pour la Chambre Préliminaire de se conformer à la décision de la Chambre d'Appel susmentionnée qui exige une régulation active de l'absence de divulgation et la prise de mesures palliatives pour pallier les conséquences néfastes pour les droits de la défense¹⁶.

21. Ainsi, la Défense note que le fait que la Chambre elle-même n'ait pas eu accès à l'information retenue par le Procureur était un des motifs centraux dans la décision de

¹⁵ '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', 9 juin 2008, ICC-01/04-01/07-566, paras 17-19.

¹⁶ Voir également dans l'affaire Lubanga la 'Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008', Chambre de Première Instance I, 13 juin 2008, ICC-01/04-01/06-1401, para 89 : "It has been stressed by the Appeals Chamber in relation to other issues, that any factor implicating the rights of the accused must be assessed on a case by case basis.¹⁴³ On the non-disclosure of potentially exculpatory information pursuant to Rule 81(2), the Appeals Chamber held "a thorough assessment will need to be made by the Pre-Trial Chamber of the potential relevance of the information to the Defence on a case by case basis. If the information is relevant or potentially exculpatory, the balancing exercise performed by the Pre-Trial Chamber between the interests at stake will require particular care."¹⁴⁴ In the view of the Chamber, each individual document purporting to contain potentially exculpatory material must be individually examined by the Chamber in order to enable it to assess whether the trial will be "conducted with full respect for the rights of the accused" in accordance with Article 64(2) of the Statute".

la Chambre de Première Instance de suspendre la procédure en cours contre Monsieur Lubanga en raison de la violation de son droit à un procès équitable. Ainsi dans ses conclusions la Chambre a affirmé avec force : « *The Chamber has been prevented from exercising its jurisdiction under Articles 64(2), Article 64(3) (c) and Article 67(2), in that it is unable to determine whether or not the non-disclosure of this potentially exculpatory material constitutes a breach of the accused's right to a fair trial*¹⁷ ».

22. En outre, la Défense tient à préciser que les éléments analogues peuvent ne pas avoir le même poids ou la même crédibilité que les éléments non divulgués tombant sous le champ d'application de l'Article 54 (3)(e) du Statut. Par exemple, il est évident que l'information fournie par un témoin a une plus grande valeur qu'une information rapportée par une source secondaire, qu'il s'agisse d'un journal ou d'un rapport public. En outre, il va de soi qu'une information peut ne pas du tout avoir la même valeur suivant la personne qui en est à l'origine. Ainsi, il est possible que connaissant l'identité de la personne source, l'on puisse non seulement relever des éléments à décharge mais également mettre en cause certains éléments à charge. Cet état de fait peut avoir des implications dès l'audience de confirmation des charges comme au moment du procès notamment si le procédé du contre-interrogatoire est mis en œuvre. Comment la Défense pourrait-elle utilement contester les éléments de preuve et les charges présentés par le Procureur si elle ne dispose pas des éléments à décharge qui lui permettent de mettre en cause tel ou tel aspect du dossier répressif ?

23. La Défense est également préoccupée par le fait que le Procureur cherche à limiter l'impact de non divulgation en estimant que l'information en question ne se rapportait pas directement à la période infractionnelle visée dans les charges. A ce propos, la Défense tient à souligner que l'Article 67(2) du Statut est rédigé de manière très large et comprend toutes informations qui « *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* ». Ainsi, il ne s'agit pas seulement d'opposer renseignements à charge et à décharge, l'examen du dossier par la Défense doit pouvoir aller plus loin et

¹⁷ Ibidem, para 77. Voir également TPIY *Procureur c. Mulitnovic*, 'Decision on Interlocutory Appeal on Against Second Decision Precluding the Prosecution from Adding General Wesley Clark to its 65ter witness list', Chambre d'Appel, 20 avril 2007, IT-O5-87-AR73.1, <http://www.un.org/icty/milutino87/appeal/decision-e/070420.pdf>.

une limitation temporelle stricte des informations ne permet pas un tel examen. Par exemple, s'il s'avérait qu'un témoin de l'accusation avait été condamné pénalement en-dehors de la période visée par les charges, cela pourrait être une information pertinente au regard de l'Article 67(2) du Statut. La Défense note également qu'il pourrait également s'agir de renseignements importants de nature notamment à mettre en cause la compétence de la Cour et partant la recevabilité des poursuites.

24. La Défense expose également que le Procureur a l'obligation de transmettre tous les éléments relevant conformément à l'Article 67(2) du Statut. La soumission d'information analogue n'exempte pas le Procureur de son obligation ni ne constitue une excuse suffisante pour ne pas transmettre les éléments à décharge¹⁸. La Défense est préoccupée par le fait que le Procureur suggère de chercher des informations analogues afin de compenser les renseignements retenus sous l'application de l'Article 54 (3)(e) du Statut, plutôt qu'opérer automatiquement une recherche des éléments à décharge¹⁹. Rappelons qu'il ressort clairement des Articles 54(1) et 67(2) du Statut que le Procureur a une obligation continue de chercher des éléments à décharge, ceci en dépit d'éléments similaires qui auraient déjà été transmis à la Défense. L'obligation de divulguer des informations cumulatives existe donc indépendamment du fait que le Procureur divulgue les éléments de preuve qui seraient couverts par des accords de confidentialité et donc par l'Article 54 (3)(e) du Statut.

25. Enfin, la Défense constate que le Procureur fait également état de 65 documents pour lesquels il pourrait produire les faits sous-jacents de l'information qu'ils contiennent. Il va de soi que les remarques sus évoquées s'appliquent également à ce palliatif virtuel dans la mesure où en l'absence de contrôle judiciaire, il est impossible de vérifier si ces faits sous-jacents correspondent ou non entièrement ou partiellement à l'information non divulguée.

¹⁸ TPIR, *Procureur c. Nzirorera*, 'Decision on "Joseph Nzirorera's Appeal from Decision on Tenth Rule 68 Motion"' Chambre d'appel, 14 mai 2008, Affaire No. ICTR-98-44-AR73.13, <http://69.94.11.53/default.htm>: para 12: "Rule 68 of the Rules, as a rule of disclosure rather than admissibility of evidence, imposes a categorical obligation to disclose any document or witness statement that contains exculpatory material. Consequently, this obligation is not subject to a balancing test."

¹⁹ Le rapport du Procureur du 29 avril 2008 (ICC-01/04-01/07-458) au para.7 suggère que le Procureur ne commencera à chercher des informations analogues que s'il ne peut divulguer les documents originaux.

2.5 Les conséquences pour la phase préliminaire du procès pénal et l'audience de confirmation des charges

26. Le stade préliminaire du procès ne doit en rien éroder l'obligation de la Chambre Préliminaire d'aborder les dérèglements fondamentaux de la procédure. Si la Chambre devait estimer conformément à l'Article 61 du Statut que des motifs substantiels de croire que Monsieur Ngudjolo a commis les crimes visés au document détaillant les charge, il est inacceptable que les éléments de preuve transmis à la Défense pour fonder ces motifs ne comprennent pas (ou *quasi* pas) les éléments à décharge. La Défense estime à ce titre qu'il serait particulièrement inéquitable d'engager plus avant une procédure judiciaire alors que les garanties assurant le procès équitable ne sont pas pleinement rencontrées. Il ne s'agit d'ailleurs pas uniquement de la protection des intérêts de la Défense mais également du fonctionnement impartial et indépendant du contrôle judiciaire des éléments de preuve.

27. La Défense rappelle, en effet, que la Chambre d'Appel a expressément précisé que la divulgation pleine et entière devrait être la règle et non l'exception. La Chambre d'Appel a également clairement précisé qu'un contrôle judiciaire effectif devait s'exercer sur la divulgation dans le contexte de la confirmation des charges. La Défense observe également que la Chambre de Première Instance a récemment affirmé que “[i]f, at the outset, it is clear that the essential preconditions of a fair trial are missing and there is no sufficient indication that this will be resolved during the trial process, it is necessary - indeed, inevitable - that the proceedings should be stayed. It would be wholly wrong for a criminal court to begin, or to continue, a trial once it has become clear that the inevitable conclusion in the final judgment will be that the proceedings are vitiated because of unfairness which will not be rectified.”²⁰

28. A ce stade, le Procureur a informé la Chambre que les sources d'information ont refusé de lever la confidentialité pour 28 documents. Aucune indication n'est donnée quant à un changement potentiel d'attitude durant la procédure. De même, le

²⁰ *Procureur c/ Thomas Lubanga Dyilo*, ‘Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008’, Chambre de première instance I, 13 juin 2008, ICC-01/04-01/06-1401, para 91.

Procureur ne donne aucun renseignement quant à savoir si les demandes pendantes seront ou non honorées dans un futur proche ou pas du tout. Vu le temps qui s'est écoulé entre le moment où le Procureur a soumis sa requête aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Monsieur Ngudjolo à la Chambre Préliminaire (soit le 25 juin 2007)²¹ et l'audience de confirmation des charges, la Défense soutient que l'absence de réponse devrait être assimilée à un rejet.

29. Le Procureur n'a pas indiqué si l'information en question concerne les charges dans leur ensemble ou une voire plusieurs charges en particulier. En l'absence d'une telle précision, une présomption doit prévaloir: l'information retenue par le Procureur empêche la Défense de contester les charges dans leur ensemble. La Défense estime donc que l'audience de confirmation des charges ne peut être maintenue dans ces circonstances en raison du préjudice irréparable causé à la Défense et de la violation par le Procureur des obligations qui sont les siennes.

30. A titre subsidiaire la Défense estime que les mesures suivantes pourraient de manière limitée répondre à certains effets préjudiciables liés aux accords de confidentialité. La Défense soutient que la Chambre devrait s'assurer de manière active que l'Article 54(3)(e) du Statut ne soit pas détourné pour devenir une base sur laquelle des pourvoyeurs potentiels d'information se reposeront afin de conditionner leur coopération avec la Cour à la faveur exclusive du Procureur et au détriment de la Défense. Par exemple, il est inacceptable que les sources d'information autorisent le Procureur à utiliser les indices à charge des éléments fournis tout en refusant de lever l'accord de confidentialité par rapport aux éléments potentiellement à décharge²². La Défense estime dès lors que la Chambre devrait utiliser le pouvoir qui est le sien en vertu de l'Article 69 du Statut pour exclure tout élément de preuve à charge qui a été transmis par une source qui a par ailleurs refusé de donner son autorisation à la

²¹ ICC-01/04-348-US-Exp et ICC-01/04-350-US-Exp.

²² La Défense se réfère à la jurisprudence du TPIY, *Procureur c/ Simic*, '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 février 2000, paras 28 and 29 <http://www.un.org/icty/simic/trialc3/decision-e/00228PN511785.htm>, dans laquelle la Chambre avait souligné que le principe sous-jacent de tels privilèges (pour les témoignages et autres types de preuve) n'était pas de permettre un traitement de faveur au bénéfice du Procureur par le biais d'une divulgation exclusivement réservée à ce dernier.

transmission des éléments à décharge relative à la même information²³. *A contrario*, une confirmation éventuelle d'une charge se fondant sur des sources d'information coopérant sur base d'un double standard (tout à l'Accusation rien à la Défense) violerait gravement l'équité du procès préliminaire.

31. Enfin, la Défense expose que pour les éléments de preuve à décharge, le Procureur devrait être contraint de soumettre les faits sous-jacents de l'information à la Chambre de sorte qu'elle puisse vérifier si les concessions faites par le Procureur sont adéquates et reflètent l'information retenue.



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

Fait à La Haye, le 19 juin 2008

²³ La Défense se base sur une décision de la Chambre d'Appel du TPIY dans l'affaire *Procureur c/ Milutinovic* dans laquelle le Procureur n'a pas été autorisé à appeler le Général Wesley Clarke à la barre, et ceci en conséquence des conditions imposées par le gouvernement américain empêchant la Défense de mettre en cause la crédibilité dudit témoin. 'Decision on Interlocutory Appeal on Against Second Decision Precluding the Prosecution from Adding General Wesley Clark to its 65th witness list', 20 Avril 2007, <http://www.un.org/icty/milutinovic87/appeal/decision-e/070420.pdf>. La Défense se réfère également à la décision suivante dans l'affaire *Brdjanin* au TPIY dans laquelle la Chambre a souligné que l'admission de toute preuve à charge qui était couverte par les équivalents de l'article 54 (3) (e) du Statut et de la Règle 82 du RPP était sujette à l'obligation de la Chambre d'exclure toute preuve pour laquelle la valeur probante était contre-balancée par l'impossibilité d'avoir un procès équitable, *Procureur c/ Brdjanin*, 'Public version of the confidential decision on the alleged illegality of rule 70 of 6 May 2002', 23 Mai 2002, voir <http://www.un.org/icty/brdjanin/trialc/decision-e/020523.pdf>.