



Original : français

N° : ICC-01/04-01/06

Date : 12 août 2008

LA CHAMBRE D'APPEL

Composée comme suit : M. le juge Sang-Hyun Song, juge président
M. le juge Georgios M. Pikis, juge
M. le juge Philippe Kirsch, juge
M. le juge Erkki Kourula, juge
Mme la juge Navi Pillay, juge

**SITUATION EN REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO
AFFAIRE**

LE PROCUREUR

c. THOMAS LUBANGA DYILO

Public

**Observations des victimes sur l'appel du procureur contre la décision du 13 juin
2008 ordonnant l'arrêt de la procédure**

Origine : Représentants légaux des victimes a/0001/06 à a/0003/06

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

Le Bureau du Procureur

Mme Fatou Bensouda, Procureur adjoint
Mr. Ekkehard Withopf, premier Substitut

Le conseil de la Défense

Me Catherine Mabilie
Me Jean-Marie Bijou-Duval

Les représentants légaux des victimes

Me Carine Bapita
Me Luc Walley et Me Franck Mulenda

Les représentants légaux des demandeurs

Les victimes non représentées

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

Le Bureau du conseil public pour les victimes

Paolina Massida

Le Bureau du conseil public pour la Défense

Les représentants des États

L'amicus curiae

GREFFE

Le Greffier

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

Vu la décision du 13 juin 2008 relative aux conséquences de la non communication de pièces à décharge couverte par les accords prévus à l'article 54-3-E du Statut, à la demande de suspension des poursuites engagées contre l'accusé et à certaines autres questions soulevées lors de la conférence de mise en état du 10 juin 2008¹;

Vu la décision du 2 juillet 2008 de la Chambre de Première Instance autorisant le Procureur à faire appel contre cette décision²;

Vu le "*Prosecutions document in support of appeal against decision to stay proceedings*" du 14 juillet 2008³;

Vu la décision du 6 août de la Chambre d'appel autorisant les victimes à participer dans cette procédure d'appel⁴.

1. La chambre de première instance a autorisé un appel sur deux questions:

a. La Chambre de première instance a-t-elle commis une erreur dans le cadre de l'interprétation du champ et de la nature de l'article 54-3-e, et en affirmant que l'utilisation qu'en a fait l'Accusation « constitue un abus grave et généralisé, ainsi qu'une violation d'une disposition importante qui devait lui permettre de recevoir des preuves à titre confidentiel, dans des circonstances très restreintes » ?

b. La Chambre de première instance a-t-elle commis une erreur dans le cadre de l'interprétation et de l'exercice du pouvoir que lui confère l'article 64 du Statut ? La Chambre a-t-elle eu raison de conclure que son obligation de veiller à ce que l'accusé bénéficie d'un procès équitable dépend de la communication par l'Accusation à la Défense de tout élément de preuve potentiellement à décharge au sens de l'article 67-2 du Statut (après communication de l'ensemble des éléments de preuve à la Chambre afin que celle-ci les examine et tranche en cas de doute) ? Et la Chambre a-t-elle pris une mesure corrective prématurée et erronée en suspendant la procédure?

a) La Chambre de première instance a-t-elle commis une erreur dans le cadre de l'interprétation du champ et de la nature de l'article 54-3-e, et en affirmant que l'utilisation qu'en a fait l'Accusation « constitue un abus grave et généralisé, ainsi qu'une violation d'une disposition importante qui devait lui permettre de recevoir des preuves à titre confidentiel, dans des circonstances très restreintes » ?

¹ ICC-01/04-01/06-1401

² ICC-01/04-01/06-1417

³ ICC-01/04-01/06-1434

⁴ ICC-01/04-01/06-1453

2. Les victimes partagent le souhait de la Défense et de la Chambre de Première Instance de connaître tant les éléments à charge que ceux à décharge de l'accusé, et souhaitent que ces éléments puissent être divulgués lors du procès, même au public, pour autant que cela ne mette pas en danger des personnes.
3. Toutefois, le droit de la Défense d'obtenir la divulgation de tout élément à décharge en possession du Procureur n'est pas un droit absolu, et peut entrer en conflit avec d'autres droits à protéger, notamment les droit des victimes et des témoins tels que garanties par le Statut et par d'autres instruments internationaux relatifs au droits de l'Homme. L'article 54.3e) du Statut prend ces intérêts en compte.
4. Contrairement à ce que la Chambre de Première Instance soutient, l'art. 54,3e) ne conditionne nullement la possibilité pour le Procureur de recevoir des éléments confidentiels par l'existence de circonstances exceptionnelles. Par ailleurs, les éléments communiqués initialement dans le seul but de permettre la recherche de preuves, peuvent à tout moment devenir eux-même des éléments de preuve avec le consentement de celui qui les a fournis.
5. Une lecture attentive de cet article confirme en effet que :
 - les deux conditions (les documents communiqués doivent rester confidentiels et ne peuvent servir qu'à obtenir de nouveaux éléments de preuve) ne concernent pas la *possibilité* (pour le Procureur) de *conclure* un engagement de confidentialité, mais bien le *contenu de l'engagement*;
 - le Procureur peut être libéré de son l'engagement par le fournisseur des documents, dès lors que si « *celui qui a fourni l'information [ne] consent[e] à leur divulgation* », les documents et renseignements communiqués ne doivent pas rester confidentiels, ils peuvent être divulgués devenir des éléments de preuve à charge ou à décharge.
 - seul le fournisseur de l'information peut décider d'une levée de la confidentialité de documents communiqués dans ce cadre.
6. La Règle 82 confirme cette lecture de l'article 54.3e) et autorise le Procureur de produire des pièces et renseignements en sa possession couverts par cette disposition comme éléments de preuve à deux conditions : il doit obtenir le consentement préalable de celui qui les a fournis et en avoir donné préalablement connaissance à l'accusé.

7. Les victimes estiment donc que le Procureur n'a pas commis un abus en acceptant une grande quantité de documents sous couvert de l'article 54.3.e), ni en sollicitant ultérieurement auprès des fournisseurs l'autorisation d'utiliser une partie de ces documents comme preuve à charge ou à décharge, pour autant qu'il a demandé ces autorisations, non seulement pour des éléments à charge de l'accusé, mais aussi pour les éléments à décharge.

8. Ce n'est qu'en apparence que le droit du Procureur de conclure un engagement sur base de l'article 54.3.e), semble entrer en conflit avec le droit de l'accusé consacré par l'article 67.2. En effet, l'obligation de communiquer des éléments à décharge à la Défense ne concerne que des *éléments de preuve*. En plus elle se limite aux preuves "*en (...) possession (du Procureur) ou à sa disposition*". Des documents ou renseignements obtenus confidentiellement qui ne peuvent servir qu'à obtenir de nouveaux éléments de preuve, ne sont par définition pas des "*éléments de preuve*". En plus, on peut difficilement considérer qu'ils sont "*en possession*" du Procureur ou "*à sa disposition*", puisqu'il lui est interdit de les divulguer et qu'il ne peut pas les utiliser comme il l'entend.

9. En cas de conflit réel ou apparent entre un droit du Procureur garanti par le Statut et un droit de l'accusé également garanti par le Statut, l'arbitrage entre ces deux droits ne doit pas nécessairement se faire en laissant prévaloir le droit de la Défense, d'autant plus que, quand il s'agit de la protection d'éléments confidentiels, le « droit » du Procureur n'est en réalité qu'une obligation dans son chef, destiné à préserver le droit d'autres personnes (victimes, témoins, autres fournisseurs d'informations...), dont le non respect d'un engagement de confidentialité pourrait mettre en danger la sécurité, voire la vie.

10. Des systèmes nationaux qui imposent à l'Accusation de divulguer des éléments à décharge à la défense connaissent également des exceptions. Ainsi au Royaume Uni, le Criminal Procedure and Investigations Act de 1996 prévoit:
 - (1) *The prosecutor must —*
 - (a) *disclose to the accused any prosecution material which has not previously been disclosed to the accused and which in the prosecutor's opinion might undermine the case for the prosecution against the accused, or*
 - (b) *give to the accused a written statement that there is no material of a description mentioned in paragraph (a).*
 - ...
 - (2) *The prosecutor must —*

(a) disclose to the accused any prosecution material which has not previously been disclosed to the accused and which might be reasonably expected to assist the accused's defence as disclosed by the defence statement given under section 5 or 6, or

(b) give to the accused a written statement that there is no material of a description mentioned in paragraph (a).

11. Toutefois, les obligations de divulgation peuvent faire l'objet d'exceptions, notamment dans l'intérêt public, ce qui est laissé à l'appréciation du tribunal:

(6) Material must not be disclosed under this section to the extent that the court, on an application by the prosecutor, concludes it is not in the public interest to disclose it and orders accordingly⁵.

Certes, il appartient dans ce système à la Cour de décider quels documents ne peuvent pas être communiqués à la Défense.

12. Cette question a été discutée lors des travaux préparatoires du Statut et des Règles de procédure et de preuves⁶. Dans un document de travail est mentionné: *"Consideration should be given to setting forth procedures which protect the accused's rights to disclosure of exculpatory evidence **without compromising the existing obligations as to confidentiality, and the safety of persons and the investigation** [...]. Furthermore, consideration should be given as to whether provisions on **consequences of the failure to disclose exculpatory evidence are needed**"⁷. Les négociateurs ont cependant estimé que cette question fort complexe pouvait être laissée à l'appréciation de la Chambre.*

13. La Chambre de Première Instance n'a pas considéré que tous les éléments à décharge auraient dû être communiqués comme tels à la Défense, mais qu'elle était dans l'impossibilité d'exercer son pouvoir de contrôle.

14. C'est regrettable que le Bureau du Procureur n'ait pas d'emblée négocié avec les fournisseurs d'informations confidentielles que la Chambre de jugement (et éventuellement la Chambre d'appel) puisse prendre connaissance de tout document qui contient des éléments potentiellement à décharge. Il ne s'agit cependant pas d'une obligation légale, et le fait de ne pas avoir obtenu cette possibilité n'est pas un « abus caractérisé ».

⁵ Criminal Procedure and Investigations Act 1996, Chapter 25, Part. 1.

⁶ Voir notamment Helen Brady, *Disclosure of Evidence*, dans "The International Criminal Court, Elements of crimes and rules of procedure and evidence", edited by Roy S. Lee, page 403 et suivants

⁷ op.cit. page 413.

15. Les victimes estiment que le Procureur, confronté à l'impossibilité de divulguer certains éléments à décharge en tant que preuve, peut et doit veiller à ce que tant la Chambre que la Défense aient connaissance du contenu de ces éléments, tout en respectant les éléments qui doivent rester confidentiels. Ceci peut se faire par la production de preuves alternatives, ce qui est dans la logique de l'article 54.3.e), mais aussi par l'acceptation de certains faits comme établis dans le cadre d'un accord prévu par la Règle 69), ou par la production de résumés.

b) La Chambre de première instance a-t-elle commis une erreur dans le cadre de l'interprétation et de l'exercice du pouvoir que lui confère l'article 64 du Statut ? La Chambre a-t-elle eu raison de conclure que son obligation de veiller à ce que l'accusé bénéficie d'un procès équitable dépend de la communication par l'Accusation à la Défense de tout élément de preuve potentiellement à décharge au sens de l'article 67-2 du Statut (après communication de l'ensemble des éléments de preuve à la Chambre afin que celle-ci les examine et tranche en cas de doute) ? Et la Chambre a-t-elle pris une mesure corrective prématurée et erronée en suspendant la procédure?

16. La position de la Chambre est trop absolue. Le principe du procès équitable n'exclut pas que la protection des victimes ou des témoins puisse s'opposer à ce que certains éléments, même à décharge, soient communiqués à la Défense, même si l'Accusation doit jouer le jeu correctement, en s'efforçant notamment à éviter une telle situation, et en admettant l'existence des éléments à décharge qu'il trouve dans des documents qu'il ne peut pas communiquer...

17. N'ayant pas accès à tout le dossier, les représentants des victimes ne sont pas en mesure de juger si le Bureau du Procureur est resté en défaut de solliciter, dès la découverte d'éléments à décharge dans le matériel communiqué, l'autorisation de communiquer ces éléments à la Défense, ou s'il a celé à la Défense et/ou à la Chambre l'existence d'éléments à décharge dont il ne peut pas produire la preuve. Ils ignorent si les résumés produits devant la Chambre suggèrent des éléments qui prouveraient l'innocence de l'accusé ou justifient en soi l'arrêt des poursuites. Ils constatent cependant que ni l'Accusation, ni la Défense ne soutiennent que les éléments dont question sont de cette nature, et pensent que des négligences éventuelles commises par le Bureau du Procureur ne justifiaient pas la mesure extrême qui a été prise par la Chambre le 13.6.2008.

18. Dans son commentaire sur les travaux préparatoires Helen Brady écrit: "*A deliberate failure by the Prosecutor to disclose evidence that is clearly exculpatory could*

invoke the Court's sanction under article 71 for 'misconduct'. Such a failure could also amount to a breach of the Code of Professional Conduct for counsel, to be adopted pursuant to Rule 8''⁸. Elle ne dit nullement que ceci devrait conduire à la fin des poursuites et à la libération de l'accusé.

19. A première vue, l'attitude du Procureur n'est pas le résultat d'une volonté délibérée de cacher à la Cour l'existence de certains éléments à décharge, mais d'une situation lui imposée par des tiers. Les représentants des victimes estiment qu'une telle situation nécessite un examen approfondi des intérêts des uns et des autres, de pondérer la gravité des fautes éventuelles du Procureur avec la pertinence des éléments non divulgués, avec l'importance des preuves à charge disponibles. Cela devrait se faire dans le cadre d'un débat contradictoire où l'ensemble des participants est informé de quoi on discute (notamment sur base de résumés préparés par le Procureur et communiqués au contrôle de la Chambre). En effet, il s'agit d'une question tellement fondamentale que l'ensemble des participants doit pouvoir participer au débat dans des conditions d'égalité, le cas échéant à huis clos.

20. Là aussi on pourrait s'inspirer de qui existe au Royaume Uni, où le Criminal Procedure and Investigations Act prévoit:

(2) Subject to subsection (3), the failure to act during the period concerned does not on its own constitute grounds for staying the proceedings for abuse of process.

(3) Subsection (2) does not prevent the failure constituting such grounds if it involves such delay by the prosecutor that the accused is denied a fair trial⁹.

21. Les représentants légaux des victimes répètent ce qui fut déjà développé à l'audience du 10 juin 2008¹⁰, et estiment que, saisie par la décision en confirmation des charges de la Chambre préliminaire, la première obligation de la Chambre de procès est de tenir le procès, sauf s'il y a un problème d'irrecevabilité ou d'incompétence. Si la Chambre peut et même doit donner des injonctions au bureau du Procureur si celui-ci ne respecte pas ses obligations et, le cas échéant, reporter la date du procès pour lui permettre de le faire, la décision de mettre fin aux poursuites, même à titre provisoire, ne peut être prise qu'à l'issue de l'examen du dossier dans son ensemble.

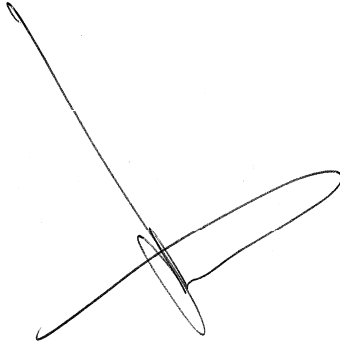
⁸ op.cit. page 413

⁹ Criminal Procedure and Investigations Act 1996, Chapter 25, Part. 1.

¹⁰ Décision du 13 juin, § 55. Il est à noter que la phrase à la page 39, lignes 3-18 du transcript de l'audience du 10 juin 2008, cité dans la note 109 de la décision, concerne en fait une autre question, à savoir la possibilité pour la chambre de mettre fin à l'autres enquêtes en cours.

**A CES CAUSES,
PLAISE A LA CHAMBRE D'APPEL**

Faire droit à l'appel

A handwritten signature in black ink, consisting of a long diagonal stroke and a loop, positioned above a horizontal line.

Luc Walley et Franck Mulenda (absent à la signature)
Représentants légaux des victimes a/0001/06 à a/0003/06

Fait le 12 août 2008,

À Bruxelles.