



Original : anglais

N° : ICC-01/04-01/06 OA 11

Date : 11 juillet 2008

LA CHAMBRE D'APPEL

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

SITUATION EN RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO

LE PROCUREUR c. THOMAS LUBANGA DYILO

Public

Arrêt

**relatif à l'appel interjeté par Thomas Lubanga Dyilo contre la décision rendue
oralement par la Chambre de première instance I le 18 janvier 2008**

Décision/ordonnance/jugement/arrêt à notifier, conformément à la norme 31 du Règlement de la Cour, aux destinataires suivants :

Le Bureau du Procureur

M. Luis Moreno-Ocampo, Procureur
Mme Fatou Bensouda, procureur adjoint

Le conseil de la Défense

M^e Catherine Mabilie
M^e Jean-Marie Biju-Duval

Le Barreau pénal international

Mme Virginia C. Lindsay

GREFFE

Le Greffier

Mme Silvana Arbia

La Chambre d'appel de la Cour pénale internationale,

Saisie de l'appel interjeté par Thomas Lubanga Dyilo en vertu de la Décision relative à la requête de la Défense sollicitant l'autorisation d'interjeter appel de la décision relative aux expurgations et à l'obligation de communication, rendue oralement le 18 janvier 2008 (ICC-01/04-01/06-1210-tFRA), rendue le 6 mars 2008 par la Chambre de première instance I,

Après délibération,

À la majorité des juges, les juges Pikis et Song joignant chacun une opinion partiellement dissidente,

Rend le présent

ARRÊT

La décision de la Chambre de première instance est confirmée, sauf en ce qui concerne la conclusion selon laquelle le Procureur n'a pas pour obligation de communiquer des pièces qui portent sur l'utilisation générale des enfants soldats en République démocratique du Congo, laquelle conclusion est infirmée.

MOTIFS

I. PRINCIPALES CONCLUSIONS

1. L'accusé jouit pleinement du droit de garder le silence que lui reconnaît l'article 67-1-g du Statut. En outre, la décision rendue oralement le 18 janvier 2008 par la Chambre de première instance I (« la Décision attaquée ») ne devrait pas être comprise comme une autorisation à faire pression sur l'accusé, en mettant son témoignage ou la présentation précoce de lignes de défense comme condition à la communication de pièces par l'Accusation.

2. À la règle 77 du Règlement de procédure et de preuve, l'expression « nécessaires à la préparation de la défense » devrait être entendue comme renvoyant à tous les objets qui sont pertinents pour préparer la défense.

II. RAPPEL DE LA PROCÉDURE

3. La Décision attaquée fait suite au dépôt par le Procureur de six documents relatifs à la communication de renseignements à Thomas Lubanga Dyilo (« l'Appelant ») avant l'ouverture de son procès. Dans ces documents, le Procureur demandait essentiellement à la Chambre de première instance l'autorisation de communiquer des pièces expurgées, d'annuler les suppressions précédemment autorisées et de communiquer des pièces sous forme de résumé, plutôt que dans leur intégralité. La Décision attaquée a été rendue en partie en audience publique (voir ICC-01/04-01/06-T-71-Eng) et en partie à huis clos, en présence du Procureur uniquement (voir ICC-01/04-01/06-T-72-Conf-Exp). Dans le présent arrêt, tous les renvois à la Décision attaquée sont tirés de sa partie publique.

4. Le 28 janvier 2008, l'Appelant a soumis la Requête de la Défense sollicitant l'autorisation d'interjeter appel de la Décision orale de la Chambre de première instance I rendue le 18 janvier 2008 (règle 155 du Règlement de procédure et de preuve) (ICC-01/04-01/06-1134), dans laquelle il demandait l'autorisation d'interjeter appel concernant trois questions qui découlent, selon lui, de la Décision attaquée. Le Procureur a répondu à cette demande le 1^{er} février 2008 (ICC-01/04-01/06-1153).

5. Le 6 mars 2008, la Chambre de première instance a rendu la Décision relative à la requête de la Défense sollicitant l'autorisation d'interjeter appel de la décision relative aux expurgations et à l'obligation de communication, rendue oralement le 18 janvier 2008 (ICC-01/04-01/06-1210-tFRA, « la Décision autorisant l'appel »), par laquelle elle a autorisé l'appel concernant trois questions. Un rectificatif à cette décision a été déposé le 14 mars 2008 (ICC-01/04-01/06-1224-tFRA).

6. Le 17 mars 2008, l'Appelant a déposé l'Acte d'appel de la Défense relatif à la Décision relative aux expurgations et à l'obligation de communication rendue oralement le 18 janvier 2008 (ICC-01/04-01/06-1227, « le Mémoire d'appel »). L'Accusation a

répondu au Mémoire d'appel le 28 mars 2008 (ICC-01/04-01/06-1243, « la Réponse au mémoire d'appel »).

7. Le 10 avril 2008, le Barreau pénal international a présenté une requête aux fins d'autorisation de déposer le mémoire d'*amicus curiae* proposé en application de la règle 103 du Règlement de procédure et de preuve (ICC-01/04-01/06-1273, « la Requête du Barreau pénal international »), dans laquelle il demande que l'annexe A à cette requête (ICC-01/04-01/06-1273-AnxA, « les Observations ») constitue des observations au sens de la règle 103-1 dudit Règlement.

8. Après avoir permis à l'Appelant et au Procureur de répondre à la Requête du Barreau pénal international (ICC-01/04-01/06-1282-tFRA) et examiné leurs réponses respectives (ICC-01/04-01/06-1276 et ICC-01/04-01/06-1284), la Chambre d'appel a décidé, le 22 avril 2008, d'accepter les Observations (ICC-01/04-01/06-1289). L'Appelant et le Procureur ont indiqué qu'ils ne souhaitent pas en commenter la teneur¹.

9. Le 22 avril 2008, la Chambre d'appel a également rendu une décision relative à la requête de Thomas Lubanga Dyilo aux fins d'effet suspensif de l'appel qu'il avait interjeté contre la décision rendue oralement par la Chambre de première instance I le 18 janvier 2008 (ICC-01/04-01/06-1290, « la Décision relative à l'effet suspensif demandé »). Dans cet arrêt, la Chambre d'appel rejetait une demande formulée par l'Appelant en vertu de la règle 156-5 du Règlement de procédure et de preuve dans son Mémoire d'appel.

¹ Voir les Observations de la Défense relatives à la « *Proposed Amicus Curiae Submission Of The International Criminal Bar Pursuant To Rule 103 Of The Rules Of Procedure And Evidence* » (Annexe A), datée du 10 avril 2008 (ICC-01/04-01/06-1298), 29 avril 2008, par. 5 ; et « *Prosecution's Response to Application by the International Criminal Bar for leave to file Proposed Amicus Curiae Submission pursuant to Rule 103* », 18 avril 2008 (ICC-01/04-01/06-1284), par. 12.

III. RECEVABILITÉ DE L'APPEL CONTRE LA DÉCISION ATTAQUÉE CONCERNANT LES DEUX PREMIÈRES QUESTIONS POUR LESQUELLES L'APPEL A ÉTÉ CERTIFIÉ

10. Dans le cadre du présent recours, la Chambre de première instance a autorisé l'appel concernant les trois questions suivantes : la question de savoir « si la communication inutilement et injustifiablement tardive de certaines informations par la Défense peut effectivement avoir des conséquences sur les obligations de l'Accusation en matière de communication » (Décision autorisant l'appel, par. 14) ; la question de savoir « si la Chambre a [...] eu tort de privilégier la protection de certains témoins à décharge par rapport à la communication de leur identité à la Défense, et de conclure que cela ne porterait pas atteinte à l'équité du procès² » (Décision autorisant l'appel, p. 6) ; et la question de savoir s'il est contraire à la règle 77 du Règlement de procédure et de preuve de conclure, comme l'a fait la Chambre de première instance, que « l'Accusation n'a aucune obligation de communiquer des pièces qui portent sur l'utilisation générale d'enfants soldats [en République démocratique du Congo (« la RDC »)] parce qu'elles ne constituent pas des éléments à décharge » (Décision autorisant l'appel, par. 21).

11. Pour les motifs exposés ci-après, la Chambre d'appel conclut à la majorité qu'elle est à bon droit saisie de ces trois questions. Le juge Song rejette cette conclusion en ce qui concerne les deux premières questions, pour les raisons exposées dans l'opinion dissidente jointe au présent arrêt.

12. La Chambre de première instance a déclaré que les première et deuxième questions étaient « inextricablement liée[s] » (Décision autorisant l'appel, par. 15). La Chambre d'appel en convient, mais précise qu'alors que la première question porte de manière général sur la mesure dans laquelle une communication inutilement et injustifiablement tardive par la Défense de lignes de défense ou de questions qu'elle entend soulever peut

² D'après le rectificatif à la Décision autorisant l'appel, le passage en question se lit comme suit : « la Chambre a-t-elle eu tort de privilégier la protection de certains témoins [à charge] par rapport à la communication de leur identité à la Défense, et de conclure que cela ne porterait pas atteinte à l'équité du procès ».

avoir des conséquences sur la communication d'informations par l'Accusation, la deuxième restitue cette même question dans un contexte plus spécifique, celui de savoir si la communication tardive de sa cause par la Défense peut entraver la communication par l'Accusation de l'identité de témoins à décharge. Partant, la Chambre d'appel considère que les première et deuxième questions sont liées.

13. Dans la Décision attaquée, la Chambre de première instance a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] En dépit de la demande de la Chambre, la Défense a refusé d'exposer ses lignes de défense ou les questions qu'elle soulèvera probablement en l'espèce. À ce stade de la procédure, l'accusé se prévaut de son droit de garder le silence, lequel lui est indubitablement reconnu. Toutefois, la décision déraisonnable de la Défense de communiquer ses informations de manière tardive peut avoir des conséquences sur les décisions prises par la Chambre concernant la question de savoir ce qui constitue un procès équitable. Par exemple, compte tenu de la nécessité de protéger des témoins et d'autres personnes qui ont fourni des renseignements à la Cour, si les juges se voient demander à un stade tardif de la procédure sans que cela soit justifié, d'ordonner la communication de l'identité de témoins à décharge alors qu'il est désormais impossible d'assurer la protection qui leur serait nécessaire, ils pourraient conclure qu'il est équitable de poursuivre le procès, en dépit de la non-communication de l'identité de ces témoins à l'accusé. En conséquence, la présentation par la Défense, à un stade fort avancé et inutilement tardif, de ses lignes de défense ou des questions qu'elle entend soulever pourrait influencer les décisions prises concernant la communication d'informations à l'accusé. (ICC-01/04-01/06-T-71-ENG, p. 9, lignes 4 à 21)

14. Dans la Décision relative à l'effet suspensif demandé, la Chambre d'appel a déclaré qu'« [TRADUCTION] elle déterminera dans sa décision finale relative à l'appel si les questions soulevées découlent de la Décision attaquée rendue par la Chambre de première instance » (Décision relative à l'effet suspensif demandé, par. 10).

15. La Chambre de première instance a examiné les arguments spécifiques avancés par le Procureur selon lesquels « les deux premières questions concernant lesquelles la Défense sollicite l'autorisation d'interjeter appel ne résultent pas de la décision contestée et [...] un tel appel ne devrait donc pas être autorisé » (Décision autorisant l'appel, par. 4). Elle a conclu qu'il convenait d'autoriser le recours (Décision autorisant l'appel, par. 15 et 20). Ce faisant, elle a implicitement indiqué que, selon elle, les questions soulevées résultent de la Décision attaquée et qu'elles revêtent de l'importance pour

l'attitude que la Chambre de première instance pourrait vouloir adopter au cours de la procédure.

16. S'agissant de la première question, la Chambre de première instance a formulé la question examinée dans la partie pertinente de la Décision attaquée comme celle de « savoir si l'Accusation est strictement liée par l'obligation de communiquer les pièces et ce, que la Défense ait ou non agi raisonnablement en révélant tardivement certains aspects importants de sa cause ou les questions qu'elle compte soulever dans le cadre de l'affaire » (Décision autorisant l'appel, par. 12). C'est de cet examen que découle la première question pour laquelle l'appel a été certifié (Décision autorisant l'appel, par. 12 et 14). La Chambre de première instance a ensuite conclu que la première question énoncée au paragraphe 10 ci-dessus « pourrait affecter de manière appréciable le déroulement équitable et rapide de la procédure et l'issue du procès, et qu'en outre, le règlement immédiat de cette question par la Chambre d'appel pourrait faire sensiblement progresser la procédure » (Décision autorisant l'appel, par. 14).

17. La deuxième question doit être considérée comme « inextricablement liée » à la première (Décision autorisant l'appel, par. 15). La Chambre de première instance a conclu que « [b]ien que la décision contestée n'envisage aucunement la non-communication de l'identité d'un témoin précis, et alors qu'il reste possible que la question ne se pose pas du tout au cours de la procédure, cet aspect de la décision peut néanmoins avoir un effet appréciable sur le procès parce que, si on l'applique à des témoins précis, il pourrait avoir des conséquences importantes sur la portée de l'obligation de communication ou sur le droit d'être jugé sans retard excessif. Il [y] va donc de l'équité et de la rapidité de la procédure » (Décision autorisant l'appel, par. 19).

18. Point important, la Chambre de première instance a constaté que les première et deuxième questions satisfont aux critères énoncés à l'article 82-1-d du Statut pour conclure à la recevabilité d'un appel, en déclarant qu'elles étaient toutes deux « de nature à affecter de manière appréciable le déroulement équitable et rapide de la procédure ou l'issue du procès, et [que leur] règlement immédiat par la Chambre d'appel pourrait, de l'avis de la Chambre préliminaire ou de la Chambre de première instance, faire

sensiblement progresser la procédure ». La Chambre d'appel estime également qu'elle respecte la logique de ses conclusions antérieures selon lesquelles « [u]ne question s'entend d'un problème dont le règlement est essentiel pour trancher des points litigieux dans la cause³ », lorsqu'elle conclut qu'elle est à bon droit saisie des première et deuxième questions soulevées.

19. Outre les avis exprimés par la Chambre de première instance au sujet de la recevabilité d'un appel concernant ces questions, la Chambre d'appel prend également note du fait que si elles ne sont pas traitées dans le contexte voulu, ces questions pourraient avoir des répercussions sur le déroulement de la procédure. Elle considère notamment que la partie de la Décision attaquée qui est reproduite au paragraphe 13 ci-dessus pourrait donner l'impression qu'en ne révélant pas ses lignes de défense à un stade précoce de la procédure, la Défense risquerait de se voir privée ultérieurement de la possibilité de consulter des éléments de preuve à décharge, ou des parties importantes de ces éléments, qu'elle aurait autrement eu le droit de consulter. La Défense se sentirait ainsi, indirectement mais en permanence, contrainte de révéler ses lignes de défense pour s'assurer que l'Accusation s'acquitte pleinement de ses obligations de communication. Dans ce contexte, il y a lieu de conclure que la Chambre d'appel est saisie à bon droit des première et deuxième questions.

20. Par conséquent, la Chambre d'appel va examiner au fond les première et deuxième questions.

IV. EXAMEN DE L'APPEL AU FOND

A. Première question faisant l'objet de l'appel

21. La Chambre de première instance a défini la première question comme celle de « savoir si la communication inutilement et injustifiablement tardive de certaines informations par la Défense peut effectivement avoir des conséquences sur les

³ Arrêt relatif à la Requête du Procureur aux fins d'obtenir l'examen extraordinaire de la décision rendue le 31 mars 2006 par laquelle la Chambre préliminaire I rejetait une demande d'autorisation d'interjeter appel (ICC-01/04-168-tFR), par. 9.

obligations de l'Accusation en matière de communication » (Décision autorisant l'appel, par. 14).

1. Partie pertinente de la décision de la Chambre de première instance

22. La partie de la Décision attaquée pertinente pour l'examen de cette question est reproduite au paragraphe 13 ci-dessus.

2. Arguments de l'Appelant

23. Selon l'Appelant, la Chambre de première instance a conclu à tort que la communication tardive des lignes de défense « pouvait justifier la non-divulgence partielle ou totale, par le Procureur, [à la Défense] d'éléments de preuve à décharge sans qu'il soit porté atteinte à l'équité du procès » (Mémoire d'appel, par. 9) et que le respect par le Procureur de ses obligations de communication ne saurait être subordonné à une démarche préalable de la Défense (Mémoire d'appel, par. 16). L'Appelant souligne que l'article 54-1-a du Statut oblige le Procureur à enquêter tant à charge qu'à décharge, notamment parce que la Défense ne dispose pas des mêmes moyens que lui (Mémoire d'appel, par. 11). Il affirme que l'obligation imposée au Procureur par l'article 54-1-a renforce les obligations de ce dernier en matière de communication. Renvoyant à la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (« le TPIY ») et du Tribunal pénal international pour le Rwanda (« le TPIR »), il fait valoir qu'il incombe au seul Procureur d'identifier les pièces à communiquer à la Défense, et que la Chambre d'appel du TPIY et du TPIR a donné une interprétation libérale de l'étendue des obligations de communication imposées à l'Accusation, alors même que les procureurs des deux tribunaux ad hoc ne sont pas tenus d'enquêter à décharge (Mémoire d'appel, par. 15). L'Appelant fait également référence à une décision du 9 novembre 2007, dans laquelle la Chambre de première instance examinait les conséquences de la non-communication de pièces à décharge par le Procureur (Mémoire d'appel, par. 13 et 14).

24. L'Appelant affirme également qu'il jouit du droit absolu de garder le silence (article 67-1-g du Statut) et que « [l]'exercice de ce droit ne peut être pris en

considération par la Chambre, ni pour restreindre les obligations incombant au Procureur, ni pour limiter les droits reconnus à l'accusé par le Statut et le Règlement de procédure et de preuve » (Mémoire d'appel, par. 17). Il fait valoir qu'« [e]n considérant qu'un dévoilement tardif par l'accusé de ses lignes de défense pourrait justifier qu'il soit porté atteinte à l'une des garanties essentielles du procès équitable, la Chambre présuppose une obligation de révélation à la charge de l'accusé affectant directement l'exercice de son droit au silence » (Mémoire d'appel, par. 18). Il souligne qu'aucun des instruments juridiques de la Cour n'impose une obligation de communication à la Défense et qu'on ne peut contrevenir à une obligation qui n'existe pas (Mémoire d'appel, par. 19).

3. *Arguments du Procureur*

25. Le Procureur réfute les arguments avancés par l'Appelant concernant la première question posée en appel. Il affirme que l'Appelant a mal compris la Décision attaquée qui, selon lui, n'impose à la Défense aucune obligation de communication, mais reconnaît que le fait que la Défense révèle ses lignes de défense à un stade tardif de la procédure, « [TRADUCTION] empêcherait nécessairement l'Accusation d'identifier et de communiquer les informations en temps voulu, et pourrait ensuite être pris en compte par la Chambre pour en évaluer les conséquences sur l'équité du procès » (Réponse au mémoire d'appel, par. 14, note de bas de page omise). Le Procureur conteste l'argument de l'Appelant selon lequel l'article 54-1-a du Statut devrait avoir un effet sur l'obligation imposée au Procureur par l'article 67-2 du Statut de communiquer les pièces à décharge, et fait valoir que ces deux dispositions ont trait à des fonctions distinctes et indépendantes de l'Accusation (Réponse au mémoire d'appel, par. 15 et 16). Il souligne que la Décision attaquée ne donne pas à penser que l'obligation faite au Procureur de communiquer des informations à la Défense est subordonnée à une démarche de celle-ci et précise qu'il continuera d'examiner et d'analyser les pièces qui sont en sa possession. Selon lui, la Décision attaquée rappelle simplement que le Procureur peut uniquement procéder à cet examen sur la base du dossier à charge, de sa compréhension de la cause de la Défense et des principales hypothèses à décharge qu'il est raisonnable de formuler à l'avance. De l'avis du Procureur, la Décision attaquée n'allègue pas ses obligations en matière de communication, mais indique simplement que l'absence de communication de la part de

la Défense peut être préjudiciable sur le plan pratique (Réponse au mémoire d'appel, par. 17 à 19).

26. Le Procureur estime également infondés les arguments de l'Appelant concernant son droit de garder le silence. Il souligne que la Décision attaquée n'a en rien porté atteinte à ce droit et que la non-communication par la Défense de ses lignes de défense ne donne lieu à aucune conclusion négative en droit. Selon le Procureur, la Décision attaquée indique simplement qu'un refus de la Défense de s'engager activement dans le processus de communication pourrait avoir certaines conséquences sur le plan pratique (Réponse au mémoire d'appel, par. 20).

4. Conclusion de la Chambre d'appel

27. Les première et deuxième questions étant « inextricablement liées », la Chambre d'appel se prononcera conjointement à leur sujet, aux paragraphes 34 à 55 ci-après.

B. Deuxième question faisant l'objet de l'appel

28. La Chambre de première instance a défini la deuxième question posée en appel comme celle de « savoir si la Chambre a [...] eu tort de privilégier la protection de certains témoins à décharge par rapport à la communication de leur identité à la Défense, et de conclure que cela ne porterait pas atteinte à l'équité du procès⁴ » (Décision autorisant l'appel, p. 6).

1. Partie pertinente de la décision de la Chambre de première instance

29. La partie de la Décision attaquée pertinente pour l'examen de cette question est reproduite au paragraphe 13 ci-dessus et, en particulier, les passages mentionnant la nécessité de protéger les témoins.

⁴ D'après le rectificatif à la Décision autorisant l'appel, le passage en question se lit comme suit : « la Chambre a-t-elle eu tort de privilégier la protection de certains témoins [à charge] par rapport à la communication de leur identité à la Défense, et de conclure que cela ne porterait pas atteinte à l'équité du procès ».

2. *Arguments de l'Appelant*

30. Selon l'Appelant, la Chambre de première instance a conclu à tort que ses droits peuvent être restreints par la prise de mesures de protection en faveur de témoins et que la non-communication de l'identité d'un témoin empêche la Défense d'utiliser efficacement les informations révélées par le Procureur. Il souligne que le Procureur n'entend pas citer à comparaître comme témoins au procès les auteurs de déclarations (Mémoire d'appel, par. 20 et 21). Il rappelle qu'il fait partie de ses droits fondamentaux de se voir communiquer des pièces à décharge et que la Chambre de première instance ne saurait privilégier la protection des témoins au détriment de ce droit (Mémoire d'appel, par. 22 et 23). Il renvoie également la Chambre d'appel à la jurisprudence de la Chambre d'appel du TPIR, selon laquelle l'application de mesures de protection n'exempte pas l'Accusation de ses obligations de communication, et met en doute l'hypothèse selon laquelle révéler à la Défense l'identité de témoins potentiellement à décharge pourrait les mettre en danger (Mémoire d'appel, par. 24 et 25). L'Appelant fait valoir que, pour être utile, la communication d'informations à la Défense par le Procureur doit concerner tous les renseignements pertinents, et non de simples résumés, ainsi que l'identité des témoins, et il renvoie à la jurisprudence du TPIY et du TPIR, où il est dit que la communication doit permettre à la Défense d'utiliser efficacement les informations et que l'identité d'un témoin est inextricablement liée au contenu des éléments communiqués (Mémoire d'appel, par. 26 à 31).

3. *Arguments du Procureur*

31. Le Procureur réfute les arguments avancés par l'Appelant concernant la deuxième question posée en appel et affirme que l'Appelant n'a identifié aucune erreur de droit (Réponse au mémoire d'appel, par. 22). Il souligne que cette question s'est posée « [TRADUCTION] d'une manière tout à fait fortuite et limitée » et qu'elle ne fait que prévoir que, si des informations ne sont identifiées comme des informations à décharge qu'à un stade tardif de la procédure, parce que la Défense a, de manière injustifiée, décidé de ne pas révéler ses lignes de défense plus tôt, et si, à ce stade tardif de la procédure, il n'est plus possible d'assurer la bonne protection des témoins, le procès pourrait rester

équitable, même si les informations à décharge sont révélées sans que soit communiquée l'identité des témoins (Réponse au mémoire d'appel, par. 21). Le Procureur avance que, pour aboutir à la Décision attaquée, la Chambre de première instance est partie de l'hypothèse que, lorsque l'on communique des éléments de preuve potentiellement à décharge, on révèle généralement l'identité des témoins concernés, mais « [TRADUCTION] que cela n'exclut pas la possibilité que, dans certaines circonstances, l'identité d'une personne puisse rester secrète sans que soit compromise l'équité du procès » [note de bas de page omise], et qu'en pareil cas, la décision devrait être prise au cas par cas (Réponse au mémoire d'appel, par. 23). Il souligne que dans la Décision attaquée, la Chambre de première instance n'a pas accordé l'autorisation de ne pas communiquer l'identité d'une personne dont la déclaration contient des éléments à décharge et que, par conséquent, l'appel est prématuré (Réponse au mémoire d'appel, par. 24).

32. Le Procureur affirme que l'appel ne pourrait aboutir sur ce point que s'il était établi « [TRADUCTION] que la Chambre de première instance ne pourrait en aucune circonstance autoriser la non-communication de l'identité d'une personne dont la déclaration contient un élément potentiellement à décharge ; ou [...] qu'il ne serait en aucune circonstance raisonnable qu'une chambre de première instance décide qu'un procès peut se poursuivre si l'identité d'un telle personne n'était pas communiquée » (Réponse au mémoire d'appel, par. 24, note de bas de page omise). Le Procureur soutient que l'article 67-2 du Statut et la règle 83 du Règlement de procédure et de preuve accordent expressément à la Chambre de première instance le pouvoir de superviser la communication de pièces susceptibles de disculper l'accusé et que l'équité d'un procès ne peut être évaluée qu'au cas par cas, en tenant compte de nombre d'éléments, notamment s'il existe d'autres moyens de préserver l'équité du procès, et il renvoie à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (Réponse au mémoire d'appel, par. 25 à 28). Il souligne que l'article 68-1 du Statut oblige la Cour à protéger les témoins et que la Décision attaquée n'indique à aucun moment que la Chambre de première instance a envisagé de garder secrète l'identité de certains témoins lorsque pareille mesure aurait été contraire à l'exigence d'un procès équitable (Réponse au mémoire d'appel, par. 27).

33. Le Procureur est d'avis qu'il faut, pour garantir l'équité et la rapidité de la procédure, que « [TRADUCTION] l'ensemble des parties et des participants fassent preuve de bonne volonté » et que si « [TRADUCTION] le comportement d'une partie, "sans aucune justification", fait qu'un témoin ne peut recevoir la protection appropriée, [...] alors il pourrait être opportun de mettre en balance les différents droits et intérêts en présence » (Réponse au mémoire d'appel, par. 29, note de bas de page omise). Le Procureur affirme qu'en pareil cas, la Chambre de première instance doit « [TRADUCTION] faire preuve d'une certaine flexibilité [...] pour faire face à des circonstances exceptionnelles » (Réponse au mémoire d'appel, par. 30).

4. *Conclusion de la Chambre d'appel*

a) Interprétation de la Décision attaquée

34. La Chambre d'appel estime important de préciser comment elle a compris le passage de la Décision attaquée sur lequel portent les première et deuxième questions et qui est reproduit au paragraphe 13 ci-dessus. Elle a tenu compte de l'extrait suivant de la Décision autorisant l'appel, lequel indique que la Chambre de première instance considère que la Décision attaquée n'impose pas à la Défense d'obligations de communication autres que celles que prévoient le Statut et le Règlement de procédure et de preuve :

9. Dans sa requête [aux fins d'autorisation d'interjeter appel], la Défense soutient que la décision contestée porte atteinte aux droits de l'accusé à un procès équitable s'il décide de ne pas divulguer avant le procès tout ou partie de sa défense ou des questions qui seront soulevées, et que la Chambre fait peser sur la Défense un fardeau de communication qui incombe exclusivement à l'Accusation. La Défense soutient de plus que seule l'Accusation peut déterminer quels sont les éléments qui tendent à disculper l'accusé ou à atténuer sa culpabilité.

10. La Défense fonde principalement son argument sur le passage suivant de la décision de la Chambre :

[TRADUCTION] [l]a présentation par la Défense, à un stade fort avancé et inutilement tardif, de ses lignes de défense ou des questions qu'elle entend soulever pourrait influencer les décisions prises concernant la communication d'informations à l'accusé.

11. L'Accusation soutient dans sa réponse que la Défense a mal compris la décision de la Chambre car cette dernière n'a pas imposé un fardeau de communication à la Défense ni allégé celui de l'Accusation. Elle soutient que la décision de la Chambre reconnaît simplement l'évidence suivante : l'Accusation ne peut s'acquitter de son obligation de communication des éléments à décharge que sur la base des arguments à décharge qu'elle peut anticiper et des questions qui risquent d'être soulevées au procès, et le processus de communication des preuves pourrait pâtir de la révélation (tardive) de la cause de la Défense et des questions qui seront débattues au procès, tous éléments que l'Accusation n'était raisonnablement pas en mesure de prévoir.

12. De l'avis de la Chambre, la Défense semble avoir mal interprété l'effet de la décision orale. La Chambre n'a pas imposé à l'accusé l'obligation de communication au sens où il l'entend. Elle s'est plutôt intéressée aux conséquences pratiques pour la communication des éléments de preuve par l'Accusation, dans le cas de figure où l'accusé révélerait, à un stade inutilement et injustifiablement tardif de la procédure, que certaines pièces sont potentiellement à décharge, et ce spécialement si leur communication ne peut avoir lieu qu'après la mise en place de mesures de protection des personnes concernées (ce qui peut prendre plusieurs semaines). [notes de bas de page omises].

35. La Chambre d'appel considère que les parties pertinentes de la Décision attaquée se limitent à la question bien précise de savoir ce qui se passerait *si* la Défense choisissait de révéler une ligne de défense ou une question « à un stade inutilement et injustifiablement tardif de la procédure ». Cette situation bien précise ne touche pas au droit de l'accusé de garder le silence et ne le remet pas en cause, comme le confirme l'observation formulée expressément dans la Décision attaquée selon laquelle l'accusé a indubitablement ce droit (p. 9, lignes 6 et 7).

36. En outre, selon la Chambre d'appel, la Décision attaquée n'établissait pas de lien entre la révélation de lignes de défense et le droit de bénéficier de la communication de toutes les pièces pertinentes, et ne devrait pas être considérée comme ayant cet effet. La Chambre d'appel estime que la Décision attaquée porte au contraire sur quelques cas bien précis dans lesquels une ligne de défense ou une question révélée volontairement « à un stade inutilement et injustifiablement tardif de la procédure » n'aurait raisonnablement pas pu être anticipée par le Procureur. En pareil cas, la décision de la Défense de révéler cette ligne de défense ou cette question obligerait l'Accusation à communiquer de nouvelles pièces. L'Appelant fait valoir que « le Procureur a le devoir d'apprécier la

nature des éléments qu'il a en sa possession, et en particulier leur caractère exculpatoire » (Mémoire d'appel, par. 13). Dans sa réponse, le Procureur va plus loin dans l'analyse de ce devoir et fait observer que « [TRADUCTION] la Décision rappelle simplement que le Procureur peut uniquement procéder à cet examen sur la base du dossier à charge, de sa compréhension de la cause de la Défense et des principales hypothèses à décharge qu'il est raisonnable de formuler à l'avance ; et [que] si la Défense présente suffisamment tôt les caractéristiques des informations qu'elle estime être à décharge ou ses lignes de défense, cela aidera évidemment l'Accusation et facilitera le processus de communication » (Réponse au mémoire d'appel, par. 18). La Chambre d'appel fait remarquer que, pour remplir son devoir de communication, ordinairement sans restrictions, le Procureur doit nécessairement se fonder, entre autres, sur sa compréhension de l'affaire dans son ensemble, y compris sur ce qu'il sait, ou peut prévoir, concernant la ou les lignes de défense. Le fait que l'article 54-1-a du Statut oblige le Procureur à « enquête[r] tant à charge qu'à décharge » signifie qu'il prendra connaissance, pendant son enquête, de pièces qui pourraient aider la Défense.

37. La Chambre d'appel considère donc que l'effet pratique de la Décision attaquée portait sur la nécessité de communiquer des éléments à décharge *supplémentaires* dans les cas où le Procureur se rendrait uniquement compte que des pièces en sa possession ou sous son contrôle sont à décharge grâce à des éléments révélés par la Défense.

38. L'interrogation qui découle des première et deuxième questions est donc essentiellement celle de savoir si le fait que la Défense communique à un stade *déraisonnablement* et *injustifiablement* tardif de la procédure une ligne de défense ou une question donnée, rendant ainsi *impossible* la nécessaire protection de témoins à décharge, peut avoir des répercussions sur l'obtention de toutes les pièces à décharge restantes relatives à l'affaire et sur la possibilité pour l'accusé d'être jugé équitablement si toutes ces pièces ne lui sont pas communiquées.

39. Cette question étant aussi hypothétique qu'abstraite, la Chambre d'appel ne saurait y répondre de manière définitive dans le cadre du présent recours, en l'absence de faits

spécifiques. Il convient d'en tenir compte au moment de lire les observations qu'elle fait ci-après à ce propos.

40. Toutefois, l'Appelant semblant avoir tiré avantage de la Décision attaquée, la Chambre d'appel estime important de souligner les points suivants.

i) Droit de l'accusé de garder le silence

41. L'article 67-1-g du Statut dispose ce qui suit :

1. Lors de l'examen des charges portées contre lui, l'accusé a droit à ce que sa cause soit entendue publiquement, compte tenu des dispositions du présent Statut, équitablement et de façon impartiale. Il a droit, en pleine égalité, aux moins aux garanties suivantes : [...]

g) Ne pas être forcé de témoigner contre lui-même ou de s'avouer coupable, et garder le silence sans que ce silence soit pris en considération pour déterminer sa culpabilité ou son innocence.

42. On peut donc affirmer que l'accusé a le droit de garder le silence et d'exercer ce droit sans que ce silence soit pris en considération pour déterminer sa culpabilité ou son innocence.

43. La Chambre de première instance elle-même a reconnu à l'accusé le droit de garder le silence lorsqu'elle a fait observer dans le cadre de la Décision attaquée que l'accusé « exerce son droit de garder le silence, lequel lui est *indubitablement* reconnu » (Décision attaquée, p. 8, lignes 6 et 7, non souligné dans l'original).

44. La Chambre d'appel considère que la Décision attaquée n'a pas eu d'effet sur le droit de l'accusé de garder le silence. Les problèmes évoqués dans la partie pertinente de la Décision attaquée ne pourraient surgir que si l'accusé choisissait volontairement de présenter une ligne de défense ou une question à un stade « inutilement et injustifiablement tardif » de la procédure.

ii) Lien entre les obligations du Procureur en matière de communication et la communication d'informations par la Défense

45. Bien que, dans le présent arrêt, la Chambre d'appel n'entende pas procéder à une analyse exhaustive du régime de communication, elle fait toutefois observer que le

principe central de ce régime, établi par le Statut et le Règlement de procédure et de preuve, est que le Procureur est normalement tenu de communiquer toutes les pièces pertinentes, sauf lorsque des dispositions spécifiques prévoient des restrictions à cette obligation⁵. Par exemple, l'article 61-3-b du Statut dispose qu'avant l'audience de confirmation des charges, la Défense est informée des éléments de preuve sur lesquels le Procureur entend se fonder à cette audience. Les règles 76, 81 et 121 du Règlement de procédure et de preuve donnent d'autres précisions sur l'obligation de communication imposée à l'Accusation.

46. En outre, non seulement le Statut et le Règlement de procédure et de preuve mettent en évidence le devoir du Procureur de communiquer toutes les pièces pertinentes, mais ils indiquent également que ce devoir de communiquer des informations à la Défense n'est lié à aucune obligation qu'aurait la Défense de révéler à l'avance ses lignes de défense. En l'espèce, les dispositions reproduites ci-après sont particulièrement importantes.

47. L'article 67-2 du Statut est ainsi libellé :

Outre toute autre communication prévue par le présent Statut, le Procureur communique à la Défense, dès que cela est possible, les éléments de preuve en sa possession ou à sa disposition dont il estime qu'ils disculpent l'accusé ou tendent à le disculper ou à atténuer sa culpabilité, ou sont de nature à entamer la crédibilité des éléments de preuve à charge. En cas de doute quant à l'application du présent paragraphe, la Cour tranche.

48. L'article 67-2 s'applique en conjonction avec la règle 83 du Règlement de procédure et de preuve, laquelle est ainsi libellée :

Le Procureur peut demander à être entendu *ex parte* dès que les circonstances le permettent par la Chambre saisie de l'affaire, afin que celle-ci prenne la décision envisagée au paragraphe 2 de l'article 67.

49. La règle 77 du Règlement de procédure et de preuve précise également ainsi les obligations du Procureur en matière de communication :

Sous réserve des restrictions applicables à la communication de pièces et à la divulgation de renseignements en vertu du Statut et des règles 81 et 82, le Procureur

⁵ Voir, par exemple, la règle 81 du Règlement de procédure et de preuve.

permet à la Défense de prendre connaissance des livres, documents, photographies et autres objets se trouvant en sa possession ou sous son contrôle qui sont nécessaires à la préparation de la défense de l'accusé, qui seront utilisés par le Procureur comme moyens de preuve à l'audience de confirmation des charges ou au procès, ou qui ont été obtenus de l'accusé ou lui appartiennent.

50. L'article 67-2 et la règle 77 prescrivent impérativement des obligations de communication au Procureur. Or ces dispositions n'exigent nullement qu'un accusé révèle à l'avance ses lignes de défense pour s'assurer que l'Accusation lui communique toutes les pièces pertinentes. Le droit de recevoir des informations de l'Accusation n'est aucunement lié à de quelconques obligations imposées à la Défense en matière de communication, comme il ressort du fait que le Procureur est tenu de fournir toute pièce pertinente à un accusé même si celui-ci choisit de garder le silence ou ne présente aucune ligne de défense. En outre, les dispositions du Statut et du Règlement de procédure et de preuve relatives aux obligations de communication de la Défense, notamment les règles 78 et 79, n'établissent pas non plus de lien entre ces obligations et un droit qu'aurait la Défense de bénéficier de la communication de toutes les pièces pertinentes de la part de l'Accusation.

51. La Chambre d'appel fait remarquer que la Décision attaquée n'ordonne nullement à l'accusé de révéler ses lignes de défense. Le présent recours ne porte pas sur l'étendue précise des obligations imposées à la Défense en matière de communication. Pour l'instant, la Chambre d'appel s'intéresse uniquement à la mesure dans laquelle la révélation éventuelle des lignes de défense pourrait affecter les obligations de communication imposées au Procureur ou y être liée. Partant, elle juge qu'il sort du cadre du présent appel et qu'il est inutile d'examiner l'affirmation de l'Appelant selon laquelle il n'est nullement obligé de révéler ses lignes de défense (Mémoire d'appel, par. 19).

b) Observations supplémentaires de la Chambre d'appel

52. La Chambre d'appel fait observer que la question à trancher en appel, telle qu'énoncée au paragraphe 38 ci-dessus, est uniquement posée en termes abstraits et qu'elle n'est donc pas en mesure de statuer de façon définitive en l'absence d'une situation concrète. Dans ce contexte, il convient donc de traiter les commentaires de la Chambre avec tout le discernement dû.

53. Si une situation telle que celle décrite plus haut au paragraphe 38 devait se présenter, elle devrait être examinée soigneusement, au cas par cas. En l'absence de faits concrets, la Chambre d'appel peut seulement faire observer de manière générale que, comme le Statut et le Règlement de procédure et de preuve le prévoient ordinairement, la Défense serait en droit de recevoir toute pièce supplémentaire en la possession ou sous le contrôle du Procureur dont le caractère à décharge a été révélé par une ligne de défense, quel que soit le stade de la procédure auquel la Défense a présenté cette ligne de défense. Le Statut et le Règlement de procédure et de preuve ne prévoient pas expressément que la mesure dans laquelle l'Accusation communique les pièces pertinentes est fonction du stade auquel la Défense communique des pièces et de la nature de ces dernières.

54. Toutefois, dans l'abstrait, la Chambre d'appel ne saurait écarter catégoriquement la possibilité que le procès de l'accusé reste équitable en dépit de la non-communication de certaines pièces précises, s'il pouvait être démontré que la Défense a retardé de manière injustifiable et déraisonnable la révélation d'une ligne de défense ou d'une question, empêchant ainsi la Cour de protéger les témoins à décharge. Manifestement, la Décision attaquée ne donne pas naissance à une telle situation, qui ne saurait donc être prise en considération par la Chambre d'appel en l'espèce. En l'absence de faits précis, la Chambre d'appel ne saurait faire d'autres commentaires.

55. S'agissant des première et deuxième questions, la Chambre d'appel conclut que la Défense a le droit de recevoir du Procureur toutes les pièces pertinentes pour l'affaire dans son ensemble, telle qu'il en a connaissance (sous réserve des dispositions statutaires relatives aux restrictions à l'obligation de communication), et qu'elle jouit du droit absolu de garder le silence. La Décision attaquée ne devrait pas être comprise comme une autorisation à faire pression sur l'accusé, en mettant son témoignage ou la présentation précoce de lignes de défense comme condition à la communication de pièces par l'Accusation. La Chambre d'appel conclut que, comprise dans le contexte précis énoncé plus haut, la Décision attaquée ne contient aucune erreur de droit à rectifier en appel.

C. Troisième question faisant l'objet de l'appel

1. Partie pertinente de la décision de la Chambre de première instance

56. Dans la Décision attaquée, la Chambre de première instance a décidé comme suit :

[TRADUCTION] L'Accusation n'est pas tenue de produire des pièces qui portent sur l'utilisation générale d'enfants soldats en RDC. (Voir ICC-01/04-01/06-T-71-ENG, p. 10, lignes 11 à 13, « l'Ordonnance de non-communication »).

57. La Chambre de première instance a motivé ainsi l'Ordonnance de non-communication :

[TRADUCTION] En outre, il est uniquement nécessaire d'indiquer que, d'une manière générale, la Chambre n'est pas convaincue, au vu des pièces portées à sa connaissance, que les éléments de preuve relatifs à l'utilisation d'enfants soldats par d'autres individus ou groupes sont pertinents pour les charges portées contre l'accusé. Aucun élément sur ce sujet ne compromettra la cause de l'Accusation, ni, au vu de ce que la Défense a révélé (après y avoir été invitée par les juges), n'étayera les lignes de défense ou les arguments que l'accusé pourrait faire valoir. En d'autres termes, il n'a pas été démontré que le sujet de ces éléments de preuve a trait à une question en jeu en l'espèce et il n'est d'aucune aide pour l'accusé. Le seul argument avancé par la Défense sur ce point — à savoir son souhait de recevoir le plus d'informations possibles sur l'utilisation des enfants soldats en Ituri — ne suffit pas à justifier que l'Accusation communique ces pièces. Aucun argument présenté ne donne à penser qu'une enquête sur ce phénomène aidera sensiblement Thomas Lubanga Dyilo. (Décision attaquée, p. 8, lignes 11 à 25, et p. 9, lignes 1 à 3)

58. Avant que ne soit prononcée la Décision attaquée, le Procureur avait communiqué à l'Appelant des pièces en sa possession relatives à l'utilisation d'enfants soldats par d'autres groupes que ceux dont l'Appelant aurait été responsable. Le 21 décembre 2007, il avait déposé, en vertu de l'article 54-3-f du Statut, une requête (ICC-01/04-01/06-1102, « la Requête du 21 décembre 2007 »), dans laquelle il demandait l'autorisation d'être libéré de son obligation de communiquer à l'Appelant certaines déclarations de témoin. Le Procureur y expliquait que ces déclarations contenaient des renseignements qui devaient être révélés en application de l'article 67-2 du Statut et de la règle 77 du Règlement de procédure et de preuve, mais que la communication des déclarations mettrait les témoins en danger (Requête du 21 décembre 2007, par. 6 et 7). Il s'est donc

contenté de fournir à l'Appelant les extraits de ces déclarations qui contenaient les renseignements pertinents sans révéler l'identité des témoins (Requête du 21 décembre 2007, par. 8). La Chambre de première instance a reçu les extraits qui avaient été communiqués à l'Appelant.

59. Lors de la conférence de mise en état du 10 janvier 2008, antérieure à la Décision attaquée, le juge président de la Chambre de première instance a fait observer que de nombreux renseignements figurant dans les extraits avaient trait à l'utilisation générale d'enfants soldats et a demandé au représentant du Procureur en quoi ils pourraient avoir un effet sur la responsabilité pénale de l'Appelant. Le représentant du Procureur a expliqué que, selon lui, ces renseignements ne tendaient pas à disculper l'accusé et que le Procureur n'acceptait pas le moyen de défense tiré du *tu quoque*. Toutefois, après discussion avec le conseil de l'Appelant, le Procureur a décidé de lui communiquer ces renseignements « nécessaires à la préparation de la défense » en application de la règle 77 du Règlement de procédure et de preuve (voir ICC-01/04-01/06-T-69-ENG, p. 58, ligne 24, à p. 60, ligne 16). Le représentant du Procureur a confirmé qu'il était disposé à reconnaître lors du procès que d'autres groupes armés en RDC avaient également utilisé des enfants soldats (voir ICC-01/04-01/06-T-69-ENG, p. 62, ligne 23, à p. 63, ligne 3).

60. Le juge président a également demandé au conseil de l'Appelant en quoi les renseignements relatifs à l'utilisation générale d'enfants soldats pouvaient être pertinents pour la préparation de la défense. Il a souligné que la Défense n'était pas tenue de répondre mais qu'en le faisant, elle aiderait la Chambre de première instance à décider si les pièces en question devaient être communiquées en application de la règle 77 du Règlement de procédure et de preuve. Le conseil de l'Appelant a expliqué que, même si ces renseignements ne pouvaient pas exonérer l'Appelant de sa responsabilité,

[TRADUCTION] [i]l semblait nécessaire à la Défense pour préparer sa cause de pouvoir consulter un maximum d'informations relatives à l'utilisation d'enfants soldats en Ituri pendant cette période. Avant de définir une ligne de défense, il faut comprendre la situation, et il nous a semblé que ces informations nous étaient utiles et même nécessaires pour comprendre la situation en Ituri à l'époque. C'est cette nécessité de comprendre qui nous a poussés à demander ces éléments de preuve au Procureur en vertu de la règle 77. (voir ICC-01/04-01/06-T-69-ENG, p. 61, ligne 18, à p. 62, ligne 22)

61. Dans la réponse de la Défense à la requête de l'Accusation aux fins de non-communication d'informations en vertu de l'article 54-3-f, déposée le 10 janvier 2008 (ICC-01/04-01/06-1112), l'Appelant n'a pas précisé en quoi les informations relatives à l'utilisation générale d'enfants soldats étaient, selon lui, nécessaires à la préparation de sa défense ; toutefois, il a demandé la communication de l'intégralité de ces déclarations de témoins, et non simplement d'extraits de celles-ci.

2. Arguments de l'Appelant

62. Aux paragraphes 32 et 33 du Mémoire d'appel, l'Appelant fait valoir que le Procureur est tenu, en vertu de la règle 77 du Règlement de procédure et de preuve, de communiquer des pièces qu'il a en sa possession et qui ont trait à l'utilisation générale d'enfants soldats en RDC. Il souligne que le Procureur lui a fourni ces pièces de son plein gré jusqu'à ce que la Chambre de première instance rende la Décision attaquée. L'Appelant avance que la règle 77 a pour objet de permettre à la Défense de prendre connaissance de toutes les pièces qui sont nécessaires à sa préparation et qui peuvent inclure des éléments requis pour comprendre le contexte dans lequel les crimes allégués auraient été commis (Mémoire d'appel, par. 34). Il renvoie à la jurisprudence de la Chambre d'appel du TPIR, selon laquelle « [l]e terme préparation est large et n'implique pas nécessairement que [l]es éléments doivent servir à réfuter les éléments de preuve à charge » (Mémoire d'appel, par. 36). Selon l'Appelant, les obligations de communication incombant au Procureur doivent être interprétées largement afin de garantir le respect du principe d'égalité des armes parce que la Défense dispose de moins de moyens que le Bureau du Procureur et qu'il serait injuste d'exiger d'elle qu'elle consacre une partie de ses moyens limités à l'obtention d'informations que le Procureur a déjà recueillies (Mémoire d'appel, par. 36 et 42).

63. L'Appelant affirme également que les informations relatives à l'utilisation générale d'enfants soldats en RDC sont utiles à la préparation de sa cause parce qu'il est important que la Défense, pour mener ses propres enquêtes, comprenne les circonstances dans lesquelles les crimes allégués auraient été commis (Mémoire d'appel, par. 41). Il souligne que les informations recherchées pourraient être utiles pour se renseigner, entre autres,

sur « les causes directes et indirectes de la présence d'enfants soldats au sein des forces armées, [...] les circonstances de leur participation éventuelle aux hostilités et [...] les politiques mises en œuvre en vue de leur démobilisation » (Mémoire d'appel, par. 43).

3. *Arguments du Procureur*

64. Dans la Réponse au mémoire d'appel, le Procureur déclare qu'il ne conteste pas l'appel interjeté concernant la troisième question (Réponse au mémoire d'appel, par. 33). Il souligne que cette question a porté uniquement sur le champ d'application de la règle 77 du Règlement de procédure et de preuve, et non sur la question de savoir si l'utilisation d'enfants soldats par des groupes armés autres que ceux dont l'Appelant aurait été responsable peut légitimement être soulevée comme moyen de défense (Réponse au mémoire d'appel, par. 31 et 32).

4. *Observations du Barreau pénal international*

65. Le Barreau pénal international affirme que la Chambre de première instance est sortie du cadre de sa compétence lorsqu'elle est intervenue dans la communication de pièces relatives à l'utilisation générale d'enfants soldats en RDC. Selon lui, en l'absence de requêtes écrites de l'une des parties, ni la règle 134 du Règlement de procédure et de preuve ni les articles 64 ou 69 du Statut ne la fondent juridiquement à rendre des ordonnances relatives à la préparation de la défense. Il fait valoir qu'alors que la règle 134 autorise la Chambre de première instance à « statuer sur toute question concernant le déroulement de la procédure », le terme « procédure » ne couvre pas la préparation de la défense. De même, il fait valoir que les articles 64 et 69 du Statut ne fondent pas la Chambre de première instance à rendre l'Ordonnance de non-communication puisqu'ils régissent uniquement les décisions rendues par une chambre de première instance sur l'admissibilité des éléments de preuve (Observations, p. 8 et 9). Il est d'avis que la Chambre de première instance « [TRADUCTION] s'est ingérée dans un domaine qui relève de la confidentialité et du pouvoir d'appréciation du conseil de la Défense » en déclarant « [TRADUCTION] que la Défense n'était pas en droit de consulter les informations relatives à l'époque et aux lieux couverts par les charges portées contre l'accusé » (Observations, p. 9). Il met en avant que la Chambre de

première instance a confondu les éléments de preuve présentés au procès, qui doivent être pertinents, et ceux qui peuvent être nécessaires à la préparation de la défense, et être dépourvus d'intérêt pour le procès (Observations, p. 9). Le Barreau pénal international rappelle que l'article 54-1-a du Statut oblige le Procureur à « enquête[r] tant à charge qu'à décharge » et à communiquer à la Défense les éléments de preuve à décharge (article 67-2 du Statut), et que la règle 77 du Règlement de procédure et de preuve est « [TRADUCTION] un élément important du système de coopération très élaboré qui est nécessaire pour garantir l'égalité des armes en matière d'enquêtes » (Observations, p. 10).

66. Le Barreau pénal international souligne également que les informations relatives à l'utilisation générale d'enfants soldats pourraient être pertinentes au stade de la fixation de la peine, le cas échéant, qu'elles pourraient nous éclairer sur « [TRADUCTION] le rôle et le niveau de responsabilité [de l'Appelant] dans le contexte de l'Ituri », et qu'elles sont donc nécessaires à la préparation de la défense (Observations, p. 10 et 11).

67. Le Barreau pénal international affirme que la Décision attaquée devrait être « [TRADUCTION] annulée au motif qu'elle a été rendue *ultra vires* dans la mesure où elle se rapporte à la règle 77 » ou, dans l'alternative,

[TRADUCTION] qu'il devrait être fait droit à l'appel interjeté par l'équipe de la Défense de Lubanga et que la décision et les ordonnances publiques rendues oralement devraient être renvoyées devant la Chambre de première instance, avec l'instruction de reconnaître à la Défense un plus grand pouvoir d'appréciation lorsqu'il s'agit de déterminer si des documents tangibles en la possession de l'Accusation sont nécessaires à la préparation de la défense, y compris dans la perspective éventuelle de la fixation d'une peine. (Observations, p. 12)

5. *Conclusion de la Chambre d'appel*

68. Pour les motifs exposés ci-après, la Chambre d'appel estime que la Chambre de première instance a commis une erreur de droit en déclarant que le Procureur n'a nullement l'obligation de communiquer des pièces relatives à l'utilisation générale d'enfants soldats en RDC.

a) Fondement juridique de l'Ordonnance de non-communication

69. Le Barreau pénal international affirme que la Chambre de première instance a rendu l'Ordonnance de non-communication de sa propre initiative sans que la règle 134 du Règlement de procédure et de preuve ou les articles 64 ou 69 du Statut ne la fondent à le faire. La Chambre d'appel n'est pas convaincue par ces arguments.

70. C'est à tort que le Barreau pénal international met en avant qu'en l'absence de requêtes présentées par écrit devant la Chambre de première instance, celle-ci n'aurait pas dû se prononcer sur la portée des obligations de communication incombant au Procureur. La question de savoir si le Procureur a pour obligation de communiquer les pièces relatives à l'utilisation générale d'enfants soldats en RDC s'est posée dans le contexte de la Requête du 21 décembre 2007. On l'a déjà dit, le Procureur n'avait communiqué à la Défense que des extraits des pièces concernées et avait demandé à la Chambre de première instance de l'autoriser à ne pas communiquer le reste. Il ressort de la transcription de la conférence de mise en état du 10 janvier 2008 (voir *supra*, par. 59 et 60) que la Chambre de première instance a cherché à savoir si l'Accusation était tenue de communiquer les pièces qu'elle avait demandées à ne pas fournir pour protéger des témoins. Cette question revêtait un intérêt direct pour le règlement en bonne et due forme de la Requête du 21 décembre 2007 puisque, si le Procureur n'était pas tenu de communiquer ces pièces en vertu de la règle 77 du Règlement de procédure et de preuve, la Chambre de première instance n'aurait alors pas à se prononcer sur les demandes de non-communication présentées en vue de protéger des témoins. Au vu de ce qui précède, la Décision attaquée repose sur la règle 81 du Règlement de procédure et de preuve, en application de laquelle la Chambre de première instance aurait pu autoriser à ne pas communiquer les pièces en question.

71. La Chambre d'appel n'est pas convaincue non plus par l'argument du Barreau pénal international selon lequel la Chambre de première instance a confondu l'admissibilité des éléments de preuve et leur pertinence pour la préparation de la défense. La Décision attaquée comportait une décision sur la délimitation des pièces à communiquer, et non sur leur admissibilité comme éléments de preuve.

72. La Chambre de première instance n'ayant pas agi de sa propre initiative en l'espèce, il n'y a pas lieu de se fonder sur la règle 134 du Règlement de procédure et de preuve ou les articles 64 et 69 du Statut pour déterminer dans quelles circonstances une chambre de première instance peut rendre d'elle-même des ordonnances relatives à la délimitation des pièces à communiquer.

b) Interprétation de la règle 77 du Règlement de procédure et de preuve

73. Si, comme on l'a vu, la Chambre de première instance était fondée en droit à se prononcer sur les limites posées aux obligations de communication imposées au Procureur, l'Ordonnance de non-communication est cependant erronée parce qu'elle repose sur une interprétation trop étroite de la règle 77 du Règlement de procédure et de preuve.

74. La règle 77 du Règlement de procédure et de preuve est ainsi libellée :

Inspection des pièces en la possession ou sous le contrôle du Procureur

Sous réserve des restrictions applicables à la communication de pièces et à la divulgation de renseignements en vertu du Statut et des règles 81 et 82, le Procureur permet à la Défense de prendre connaissance des livres, documents, photographies et autres objets se trouvant en sa possession ou sous son contrôle qui sont nécessaires à la préparation de la défense de l'accusé, qui seront utilisés par le Procureur comme moyens de preuve à l'audience de confirmation des charges ou au procès, ou qui ont été obtenus de l'accusé ou lui appartiennent.

75. Les pièces relatives à l'utilisation générale d'enfants soldats en RDC ne seront pas utilisées comme moyens de preuve par le Procureur, n'ont pas été obtenues de l'Appelant et ne lui appartenaient pas non plus. En conséquence, dans le cadre de la troisième question faisant l'objet de l'appel, la question qui se pose est celle de savoir si les pièces concernées sont « nécessaires à la préparation de la défense de l'accusé ».

76. Dans la Décision attaquée, la Chambre de première instance ne faisait explicitement référence ni à la règle 77 du Règlement de procédure et de preuve, ni à ses dispositions. Toutefois, le juge président et les parties ayant fait référence à la règle 77 lors de la conférence de mise en état du 10 janvier 2008, il y a tout lieu de penser que la Chambre de première instance a fondé l'Ordonnance de non-communication sur sa

conception du champ d'application de cette règle et que c'est de cette règle qu'elle donnait une interprétation dans la partie pertinente de la Décision attaquée. Lue dans ce cadre, la Décision attaquée statue qu'un objet n'est pas nécessaire à la préparation de la défense de l'accusé si « [TRADUCTION] aucun élément de preuve sur ce sujet ne compromet la cause de l'Accusation, ni [...] ne vient appuyer les lignes de défense ou arguments que l'accusé pourrait faire valoir. En d'autres termes, il n'a pas été démontré que le sujet de ces éléments de preuve a trait à une question en jeu en l'espèce et il n'est d'aucune aide pour l'accusé » (voir ci-dessus, par. 56). Ainsi, de l'avis de la Chambre de première instance, seules sont nécessaires à la préparation de la défense de l'accusé les pièces qui ont trait à des points qui compromettraient la « cause de l'Accusation » ou qui viennent appuyer un argument de la Défense.

77. La Chambre d'appel estime que la Chambre de première instance a interprété la règle 77 du Règlement de procédure et de preuve de manière trop stricte en excluant les objets qui, bien que n'étant pas liés directement à des éléments de preuve à charge ou à décharge, pourraient être nécessaires à la préparation de la défense de l'accusé pour d'autres raisons. La formulation de la règle 77 ne donne pas à penser que l'expression « nécessaires à la préparation de la défense de l'accusé » devrait être interprétée aussi étroitement, mais plutôt comme renvoyant à tous les objets pertinents pour la préparation de la défense.

78. La règle 77 du Règlement de procédure et de preuve s'inspirant de l'article 66 B) du Règlement de procédure et de preuve du TPIY⁶, il est utile de tenir compte ici de la jurisprudence pertinente du TPIY et du TPIR concernant les dispositions correspondant à la règle 77 dans les règlements respectifs des deux tribunaux. Cette jurisprudence confirme que l'expression « nécessaires à la préparation de la défense de l'accusé » doit être interprétée de manière large.

⁶ Voir Commission préparatoire de la Cour pénale internationale, Proposition de l'Australie, projet de Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale, 26 janvier 1999, PCNICC/1999/DP.1, où il est dit à la page 37 que le projet initial de ce qui deviendrait la règle 77 « [TRADUCTION] s'inspire fortement de l'article 66 B) du Règlement du TPIY ».

79. L'Appelant a renvoyé la Chambre d'appel à la décision rendue le 25 septembre 2006 par la Chambre d'appel du TPIR dans l'affaire *Bagosora et autres* (« la Décision *Bagosora* »). Celle-ci explique au paragraphe 9 que :

[TRADUCTION] en accord avec le sens clair de l'article 66 B) du Règlement [de procédure et de preuve du TPIR], le critère de la nécessité établi dans le cadre de la première catégorie est celui de la pertinence des documents pour la préparation de la défense. Le terme préparation est large et n'implique pas nécessairement que les éléments doivent servir à réfuter les éléments de preuve à charge.

80. Bien que le contexte dans lequel la Décision *Bagosora* a été rendue soit différent de l'espèce — la Chambre d'appel du TPIR devait décider si le Procureur devait communiquer des pièces en sa possession et touchant à la crédibilité de témoins à décharge potentiels —, la citation montre bien qu'il faut se garder d'interpréter trop strictement l'obligation de communication.

81. La décision rendue le 26 septembre 1996 par la Chambre de première instance du TPIY dans l'affaire *Delalić et consorts* va également dans le sens d'une interprétation libérale des obligations de communication. Au paragraphe 7 de cette décision, la Chambre de première instance du TPIY citait la jurisprudence des juridictions fédérales américaines, déclarant que « [l]es éléments de preuve requis doivent “contribuer sensiblement à la *compréhension* d'importants moyens de preuve à charge ou à décharge” » [non souligné dans l'original]. Un commentateur a repris en l'approuvant cette citation de la Chambre de première instance du TPIY dans son article sur le régime de communication établi par la règle 77 du Règlement de procédure et de preuve⁷.

82. La Chambre d'appel estime qu'en l'espèce, l'Appelant a suffisamment démontré que les pièces relatives à l'utilisation générale d'enfants soldats en RDC étaient nécessaires à la préparation de sa défense : lors de la conférence de mise en état du 10 janvier 2008, son conseil a expliqué que ces pièces seraient nécessaires parce que « [TRADUCTION] avant d'exposer une ligne de défense, il lui faut comprendre la situation, et [qu'] il [lui] a[vait] semblé que ces informations seraient utiles, voire nécessaires pour

⁷ Voir H. Brady, “Disclosure of Evidence”, in R.S. Lee (Dir. Pub.), *The International Criminal Court/Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence* (2001), 403, à 411.

comprendre la situation en Ituri à l'époque ». Dans le Mémoire d'appel, l'Appelant a également précisé que les pièces demandées pourraient notamment être pertinentes pour comprendre le phénomène de l'utilisation d'enfants soldats et de leur démobilisation en RDC. De surcroît, le Barreau pénal international fait observer que les informations relatives à l'utilisation générale d'enfants soldats pourraient être nécessaires lors de la fixation de la peine, le cas échéant, et que le conseil de la Défense devra s'y préparer.

V. MESURE APPROPRIÉE

83. La règle 158-1 du Règlement de procédure et de preuve dispose que la Chambre d'appel peut « confirme[r], infirme[r] ou modifie[r] la décision attaquée ».

84. S'agissant des première et deuxième questions, dans la mesure où la Décision attaquée est comprise de la manière énoncée aux paragraphes 35 à 38 ci-dessus, la Chambre d'appel confirme la décision.

85. S'agissant de la troisième question, l'Appelant demande à la Chambre d'appel d'« ordonner au Procureur de divulguer à la Défense les éléments en sa possession qui concernent l'utilisation générale d'enfants soldats en RDC » (Mémoire d'appel, p. 13), ce qui reviendrait à modifier la Décision attaquée.

86. Pour les motifs suivants, la Chambre d'appel considère que la Décision attaquée n'a pas à être modifiée, comme le demande l'Appelant. Le Procureur avait demandé à la Chambre de première instance de l'autoriser à ne pas communiquer les déclarations contenant les informations concernées et à fournir, à la place, des résumés de ces déclarations. La Chambre de première instance n'a pas encore statué sur cette requête. Dans ces circonstances, la Chambre d'appel juge approprié d'infirmier l'Ordonnance de non-communication au motif qu'elle est entachée d'une erreur de droit. Il reviendra à la Chambre de première instance de décider si l'Appelant a ou non le droit de consulter les déclarations complètes contenant des informations relatives à l'utilisation générale d'enfants soldats.

Les juges Pikis et Song joignent chacun une opinion partiellement dissidente au présent arrêt.

Fait en anglais et en français, la version anglaise faisant foi.

/signé/

M. le juge Sang-Hyun Song

Juge président

Fait le 11 juillet 2008

À La Haye (Pays-Bas)

Opinion partiellement dissidente du juge Georghios M. Pikis

1. Au stade préliminaire de la procédure, la Chambre d'appel a circonscrit les questions susceptibles de faire l'objet d'un appel afin de déterminer si, comme le demandait l'Appelant, l'appel devait s'accompagner d'un effet suspensif conduisant à surseoir à l'exécution de la décision à l'origine des questions posées en appel¹. La majorité (c'est-à-dire tous les juges de la Chambre sauf moi-même) et minorité des juges, s'ils s'accordaient quant à la nature et au contenu de la deuxième question, étaient en désaccord quant à la nature précise des deux autres. Pour la majorité, la première question consistait à savoir « si la communication inutilement et injustifiablement tardive de certaines informations par la Défense peut effectivement avoir des conséquences sur les obligations de l'Accusation en matière de communication² », tandis qu'il s'agissait pour moi de déterminer si « la Chambre de première instance [a eu] tort d'imposer à la Défense l'obligation de communiquer ses lignes de défense à l'avance³ ». La différence entre ces deux questions n'est pas grande, puisque toutes deux concernent l'obligation, si tant est qu'elle existe, faite à l'accusé de communiquer ses moyens de défense ou une quelconque partie de ceux-ci avant qu'il ne les présente devant la Chambre. En d'autres termes, les deux questions se résument à savoir si l'obligation qu'a le Procureur de communiquer les éléments de preuve en sa possession, et en particulier les éléments de preuve à décharge, est subordonnée de quelque manière ou dans quelque mesure que ce soit à la communication préalable de la ligne ou des lignes de défense.

¹ *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the request of Mr. Thomas Lubanga Dyilo for suspensive effect of his appeal against the oral decision of Trial Chamber I of 18 January 2008*, 22 avril 2008 (ICC-01/04-01/06-1290) ; *Dissenting Opinion of Judge Georghios M. Pikis*, 13 mai 2008 (ICC-01/04-01/06-1290-Anx).

² *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the request of Mr. Thomas Lubanga Dyilo for suspensive effect of his appeal against the oral decision of Trial Chamber I of 18 January 2008*, 22 avril 2008 (ICC-01/04-01/06-1290), par. 2.

³ *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the request of Mr. Thomas Lubanga Dyilo for suspensive effect of his appeal against the oral decision of Trial Chamber I of 18 January 2008*, 22 avril 2008 (ICC-01/04-01/06-1290) ; *Dissenting Opinion of Judge Georghios M. Pikis*, 13 mai 2008 (ICC-01/04-01/06-1290-Anx), par. 6.

2. La troisième question concernait, selon moi, « l'interprétation de la règle 77 du Règlement [de procédure et de preuve]⁴ », alors que, pour la majorité, elle consistait à savoir s'il est contraire à la règle 77 du Règlement [de procédure et de preuve] de conclure, comme l'a fait la Chambre, que « l'Accusation n'a aucune obligation de communiquer des pièces qui portent sur l'utilisation générale d'enfants soldats parce qu'elles ne constituent pas des éléments à décharge⁵ ».

3. Répondre à la troisième question conformément à mon interprétation, aux fins du règlement de l'appel, serait un exercice théorique, qui exclurait du processus décisionnel final l'un des membres de la Chambre. Pour régler la question telle que je la comprends, la Chambre d'appel aurait dû prodiguer ses conseils à la Chambre de première instance quant à l'interprétation de la règle 77 du Règlement de procédure et de preuve (« le Règlement ») puisque la question résultait d'une décision de cette chambre. Pour la majorité, la troisième question est liée à une décision de la Chambre de première instance concernant la communication de pièces qui portent sur l'utilisation générale d'enfants soldats. Pour préserver l'efficacité de la procédure judiciaire, je me dois de respecter la décision prise par la majorité quant à sa définition. Faute de cela, un membre de la Chambre d'appel serait écarté du règlement des questions en cause, ce qui irait à l'encontre d'une bonne administration de la justice. Dans l'affaire *Andronicou et Constantinou c. Chypre*⁶, portée devant la Cour européenne des droits de l'homme, j'ai déjà eu à régler une question similaire à celle qui m'occupe en l'espèce. Dans cette affaire, j'avais fait observer que : « [l]a juridiction de la Cour est indivisible. Elle est confiée à la Cour en tant qu'entité, et exige de toutes les parties qui constituent la Cour, c'est-à-dire chaque membre, qu'elles prennent part à l'examen de chaque question dont la solution est nécessaire à l'issue du litige⁷ ». Il en va de même en l'espèce. Si je ne me ralliais pas à la définition du sujet de l'appel retenue par la majorité, la décision portant sur les questions en cause serait prise par quatre juges et non par les cinq membres de la

⁴ Ibid.

⁵ *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the request of Mr. Thomas Lubanga Dyilo for suspensive effect of his appeal against the oral decision of Trial Chamber I of 18 January 2008*, 22 avril 2008 (ICC-01/04-01/06-1290), par. 2.

⁶ Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Andronicou et Constantinou c. Chypre*, Arrêt du 9 octobre 1997, requête n° 86/1996/705/897.

⁷ Ibid., Opinion dissidente de M. le juge Pikis.

Chambre d'appel, comme le prévoit le Statut. D'autres considérations entreraient en ligne de compte si la question concernait la compétence de la Cour. Le fait que la troisième question, telle qu'elle est définie par la majorité d'un côté et par moi-même de l'autre, porte sur le même sujet, à savoir le champ d'application et les effets de la règle 77 du Règlement, aplanit tout obstacle qui aurait pu m'empêcher d'y répondre.

4. Les membres de la Chambre autres que moi-même estiment, fût-ce pour des raisons différentes, qu'aucune des questions n'étant liée à une décision définitive de la Chambre de première instance, la Chambre d'appel n'a pas à les examiner. Ils expriment toutefois leur opinion sur les effets du droit de l'accusé à garder le silence et de l'obligation qu'a le Procureur de communiquer les pièces à la Défense. Le droit de l'accusé de garder le silence n'est pas remis en cause. Dans l'Arrêt, la majorité affirme que « la Défense a le droit de recevoir du Procureur toutes les pièces pertinentes pour l'affaire dans son ensemble, telle qu'il en a connaissance (sous réserve des dispositions statutaires relatives aux restrictions à l'obligation de communication) et [...] elle jouit du droit absolu de garder le silence. La Décision attaquée ne devrait pas être comprise comme une autorisation à faire pression sur l'accusé, en mettant son témoignage ou la présentation précoce de lignes de défense comme condition à la communication de pièces par l'Accusation⁸ ». Cette citation est dans une certaine mesure nuancée par ce qui est indiqué plus haut, à savoir : « Toutefois, dans l'abstrait, la Chambre d'appel ne saurait écarter catégoriquement la possibilité que le procès de l'accusé reste équitable en dépit de la non-communication de certaines pièces précises, s'il pouvait être démontré que la Défense a retardé de manière injustifiable et déraisonnable la révélation d'une ligne de défense ou d'une question, empêchant ainsi la Cour de protéger les témoins à décharge.⁹ »

5. Si je suis d'accord avec l'infirmité de la décision quant à la troisième question, je ne souscris pas à son renvoi devant la Chambre de première instance pour que celle-ci décide, comme cela est indiqué dans l'Arrêt, « si l'Appelant a ou non le droit de consulter les déclarations complètes contenant des informations relatives à l'utilisation générale

⁸ Arrêt, par. 55.

⁹ Arrêt, par. 54.

d'enfants soldats¹⁰ ». La Chambre d'appel aurait dû régler cette question en remplaçant la décision rendue par la Chambre de première instance par celle qui aurait dû être prise. Le Procureur a répondu en ces termes quant à cette partie de l'appel : « [TRADUCTION] Comme les questions posées en appel portent exclusivement sur la règle 77 et non la validité d'un moyen de défense tiré du *tu quoque* ou le fait de savoir si les pièces pertinentes sont de nature à disculper l'accusé au sens de l'article 67-2, l'Accusation ne s'oppose pas à l'appel interjeté sur cette question¹¹ ». Le Procureur a raison selon moi de reconnaître cela. Et la Chambre d'appel aurait dû décider que les pièces relatives à l'utilisation d'enfants soldats devaient être communiquées à la Défense aux fins d'inspection.

6. J'expose ci-dessous les raisons qui m'ont amené à conclure que la première et la deuxième questions découlent de décisions prises par la Chambre de première instance et méritent donc d'être examinées par la Chambre d'appel.

7. Dans les arrêts rendus le 13 juillet 2006¹² et le 13 octobre 2006¹³, la Chambre d'appel a examiné les conditions requises pour que l'appel soit certifié pour une question. Dans le premier arrêt, la Chambre d'appel a souligné que la question susceptible de faire l'objet d'un appel, et pour laquelle l'appel a été certifié, devait, de l'avis de la Chambre préliminaire ou de la Chambre de première instance, appeler un règlement immédiat et purger « le processus judiciaire d'erreurs susceptibles d'entacher l'équité de la procédure ou de compromettre l'issue du procès¹⁴ ». Plus loin, il a été souligné que l'avis de la Chambre qui certifie l'appel « est l'élément définitif de la formation du droit d'interjeter

¹⁰ Arrêt, par. 86.

¹¹ *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Prosecution's Response to Defence Document in Support of Appeal against Oral Decision of Trial Chamber I rendered on 18 January 2008*, 28 mars 2008 (ICC-01/04-01/06-1243), par. 33.

¹² Situation en République démocratique du Congo, Arrêt relatif à la Requête du Procureur aux fins d'obtenir l'examen extraordinaire de la décision rendue le 31 mars 2006 par laquelle la Chambre préliminaire I rejetait une demande d'autorisation d'interjeter appel, 13 juillet 2006 (ICC-01/04-168-tFR).

¹³ *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision Establishing General Principles Governing Applications to Restrict Disclosure pursuant to Rule 81 (2) and (4) of the Rules of Procedure and Evidence"*, 13 octobre 2006 (ICC-01/04-01/06-568).

¹⁴ Situation en République démocratique du Congo, Arrêt relatif à la Requête du Procureur aux fins d'obtenir l'examen extraordinaire de la décision rendue le 31 mars 2006 par laquelle la Chambre préliminaire I rejetait une demande d'autorisation d'interjeter appel, 13 juillet 2006 (ICC-01/04-168-tFR), par. 14.

appel. En d'autres termes, la Chambre préliminaire ou la Chambre de première instance est investie du pouvoir d'établir ou, plus exactement, de confirmer l'existence d'une question susceptible d'appel¹⁵ ».

8. Guidée par l'Arrêt visé ci-dessus, la Chambre de première instance a déterminé dans sa décision octroyant l'autorisation d'interjeter appel¹⁶, que les questions soulevées découlent de sa décision et doivent par conséquent faire l'objet d'un appel. La Chambre invoque la partie de sa décision orale antérieure ayant donné lieu à la première question dans le passage suivant : « La question qui était traitée dans la partie pertinente de la décision attaquée était donc de savoir si l'Accusation est strictement liée par l'obligation de communiquer les pièces et ce, que la Défense ait ou non agi raisonnablement en révélant tardivement certains aspects importants de sa cause ou les questions qu'elle compte soulever dans le cadre de l'affaire¹⁷ ».

9. Comme la Chambre de première instance le fait observer, la deuxième question est liée à la première : « Deuxième question : la Chambre a-t-elle eu tort de privilégier la protection de certains témoins à décharge par rapport à la communication de leur identité à la Défense, et de conclure que cela ne porterait pas atteinte à l'équité du procès ?¹⁸ ». Cette question renvoie notamment à la partie de la décision de la Chambre dont découle la deuxième question, citée comme suit dans la décision de la Chambre octroyant l'autorisation d'interjeter appel : « [INTERPRÉTATION] Si la Chambre se trouve dans une situation à un stade ultérieur de la procédure, sans aucune justification appropriée, [...] à devoir ordonner la divulgation de déclarations de témoins à décharge à un moment où il est impossible d'assurer leur protection, la possibilité existe selon laquelle la Cour va conclure que le procès qui se poursuit est un procès équitable malgré l'absence de communication de leur identité à l'accusé¹⁹ ».

¹⁵ Ibid., par. 20.

¹⁶ *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Décision relative à la requête de la Défense sollicitant l'autorisation d'interjeter appel de la décision relative aux expurgations et à l'obligation de communication, rendue oralement le 18 janvier 2008 (ICC-01/04-01/06-1210-tFRA).

¹⁷ Ibid., par. 12.

¹⁸ Ibid., par. 15.

¹⁹ Ibid., par. 18.

10. L'examen de la décision orale de la Chambre de première instance dont résulte la définition des première et deuxième questions montre que la Chambre de première instance est fondée à conclure que ces questions émanent de ses décisions. Le passage suivant, issu de la décision orale, est déterminant à cet égard :

La Défense a refusé d'exposer ses lignes de défense ou les questions qu'elle soulèvera probablement en l'espèce. À ce stade de la procédure, l'accusé se prévaut de son droit de garder le silence, lequel lui est indubitablement reconnu. Toutefois, la décision déraisonnable de la Défense de communiquer ses informations de manière tardive peut avoir des conséquences sur les décisions prises par la Chambre concernant la question de savoir ce qui constitue un procès équitable²⁰.

11. Le fait même que la Chambre de première instance ait invité l'accusé à communiquer ses lignes de défense donne à penser que le droit au silence n'est pas absolu. Le droit incontestable qu'a l'accusé de garder le silence sans que l'on puisse en tirer des conclusions défavorables à son encontre, tel qu'il est proclamé dans la décision de la Chambre de première instance, est restreint par le passage cité ci-après : « Toutefois, la décision déraisonnable de la Défense de communiquer ses informations de manière tardive peut avoir des conséquences sur les décisions prises par la Chambre concernant la question de savoir ce qui constitue un procès équitable²¹ ». Ce passage revient à décider que l'accusé, fût-ce à un certain stade de la procédure, a l'obligation de communiquer ses lignes de défense. S'il ne le fait pas, son inaction pourrait avoir les conséquences énoncées dans le passage suivant, qui suit celui cité précédemment :

Par exemple, compte tenu de la nécessité de protéger des témoins et d'autres personnes qui ont fourni des renseignements à la Cour, si les juges se voient demander à un stade tardif de la procédure sans que cela soit justifié, d'ordonner la communication de l'identité de témoins à décharge alors qu'il est désormais impossible d'assurer la protection qui leur serait nécessaire, ils pourraient conclure qu'il est équitable de poursuivre le procès, en dépit de la non-communication de l'identité de ces témoins à l'accusé²².

²⁰ *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, décision rendue oralement par la Chambre de première instance relativement aux expurgations et à la communication des pièces, 18 janvier 2008 (ICC-01/04-01/06-T-71-FRA ET WT), p. 8, lignes 13 à 20.

²¹ *Ibid.*, p. 8, lignes 17 à 20.

²² *Ibid.*, p. 8, ligne 20, à p. 9, ligne 3.

12. Dans le passage suivant l'extrait ci-dessus, la Chambre précise de manière décisive les conséquences auxquelles pourrait s'exposer l'accusé s'il communiquait ses lignes de défense à un stade tardif de la procédure.

En conséquence, la présentation par la Défense, à un stade fort avancé et inutilement tardif, de ses lignes de défense ou des questions qu'elle entend soulever pourrait influencer les décisions prises concernant la communication d'informations à l'accusé²³.

13. Dans la décision accordant l'autorisation d'interjeter appel, la Chambre de première instance affirme que la première question est « inextricablement liée²⁴ » à la deuxième : cet avis est précis et correct, puisque les deux interrogent sur l'obligation faite au Procureur de communiquer ses preuves à décharge et sur la mesure dans laquelle l'exécution de cette obligation dépend de la communication préalable des lignes de défense. Le passage ci-dessus, tiré de la décision orale, traduit la position de la Chambre de première instance quant aux conséquences de la non-communication de pièces par la Défense. Il exprime la décision de la Chambre : le fait que l'accusé ne communique pas ses lignes de défense dans les délais prévus risque d'avoir des répercussions sur la conduite de sa cause et de le priver du droit de prendre connaissance de ce que l'Accusation est tenue de lui communiquer.

14. Le droit au silence, garanti par l'article 67-1-g du Statut comme droit fondamental de l'accusé, n'est soumis à aucune autre réserve que celle concernant les moyens de défense spéciaux prévus à la règle 79 du Règlement²⁵. Le Statut ne se contente pas d'ériger le droit au silence en droit inaliénable de l'accusé : il prévoit que son exercice n'entraînera aucune conséquence défavorable pour son titulaire. Or, dans sa décision, la Chambre de première instance avertit que l'exercice du droit au silence est susceptible d'avoir des conséquences qui lui seraient défavorables. Cette décision compromet ainsi

²³ Ibid., p. 9, lignes 3 à 6.

²⁴ *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Décision relative à la requête de la Défense sollicitant l'autorisation d'interjeter appel de la décision relative aux expurgations et à l'obligation de communication, rendue oralement le 18 janvier 2008 (ICC-01/04-01/06-1210-tFRA), par. 15.

²⁵ Les seules exceptions, qui sont sans rapport avec l'espèce, qui imposent la communication préalable d'un moyen de défense, sont contenues dans la règle 79 du Règlement. Elles concernent l'existence d'un alibi et d'une incapacité mentale susceptibles d'exonérer une personne de sa responsabilité pénale. Il s'agit là de moyens de défense distincts, et les faits à l'origine de ceux-ci sont bien connus de l'accusé.

directement le droit de l'accusé. En outre, le Statut garantit à l'accusé le droit de « [n]e pas se voir imposer le renversement du fardeau de la preuve ni la charge de la réfutation ». Le droit au silence est étroitement lié à la présomption d'innocence de l'accusé. Ce dernier est présumé innocent. Il n'a pas à prouver son innocence. Pour être lavé des accusations portées à son encontre, il doit jeter le doute sur leur validité. Il a le droit d'être acquitté à moins que les accusations portées contre lui ne soient prouvées au-delà de tout doute raisonnable.

15. L'accusé a le droit de se voir communiquer le dossier à charge, sous réserve des exceptions approuvées par la Chambre en vertu de la règle 81 du Règlement, tant au stade préliminaire de l'audience de confirmation des charges que lors du procès. L'article 61-3 du Statut fait obligation au Procureur de communiquer les éléments de preuve sur lesquels il fonde sa cause, envisagés par rapport aux preuves qui ne sont pas communiquées à l'audience de confirmation des charges, ainsi que les éléments de preuve réunis par le Procureur après ladite audience en application de l'article 64-6 du Statut.

16. En vertu de l'article 67-2 du Statut, le Procureur doit, outre les éléments de preuve sur lesquels il se fonde, communiquer dès que possible à la Défense « les éléments de preuve en sa possession ou à sa disposition dont il estime qu'ils disculpent l'accusé ou tendent à le disculper ou à atténuer sa culpabilité, ou sont de nature à entamer la crédibilité des éléments de preuve à charge ». Comme le prévoit l'article 54-1-a, il est tenu, lors de ses enquêtes, de rassembler des éléments de preuve tant à charge qu'à décharge. L'article 67 du Statut donne une définition très large de ce que sont des éléments de preuve à décharge, puisque ceux-ci peuvent comprendre tout ce qui tend à disculper l'accusé, à atténuer sa culpabilité ou à entamer la crédibilité des témoins de l'Accusation.

17. Pour les motifs exposés ci-dessus, j'infirmerais la décision de la Chambre de première instance à l'origine de la première question et je résoudrais comme suit la question posée : la communication d'éléments de preuve par le Procureur à la Défense n'est en aucune manière subordonnée à la communication préalable de ses moyens de

défense ou de toute partie de ceux-ci. Pour les mêmes motifs, j'infirm后会 la décision à l'origine de la deuxième question, et déclarerais qu'au cas où le Procureur ne s'acquitterait pas de son obligation de communication à la Défense, il mettrait en péril l'équité de la procédure.

Fait en anglais et en français, la version anglaise faisant foi.

/signé/
M. le juge Georghios M. Pikis

Fait le 11 juillet 2008
À La Haye (Pays-Bas)

Opinion partiellement dissidente du juge Sang-Hyun Song

1. Dans le présent arrêt, la majorité de la Chambre d'appel se livre à un examen au fond de la première et de la deuxième questions en appel. Je me dissocie de cette partie de l'arrêt parce que, pour les motifs exposés brièvement ci-dessous, j'estime que la décision rendue oralement par la Chambre de première instance le 18 janvier 2008 (voir ICC-01/04-01/06-T-71-FRA, « la Décision attaquée ») n'est pas susceptible d'appel sur ces questions. J'aurais par conséquent rejeté ce point, sans même examiner le fond de la cause. Je souscris sans réserve au reste de l'arrêt, notamment à la décision de la Chambre d'appel d'infirmar la décision de la Chambre de première instance selon laquelle le Procureur n'a aucune obligation de communiquer des pièces qui portent sur l'utilisation générale d'enfants soldats en République démocratique du Congo.

2. L'article 82-1 du Statut dispose que :

L'une ou l'autre partie peut faire appel, conformément au Règlement de procédure et de preuve, de l'une des décisions ci-après :

- a) Décision sur la compétence ou la recevabilité ;
- b) Décision accordant ou refusant la mise en liberté de la personne faisant l'objet d'une enquête ou de poursuites ;
- c) Décision de la Chambre préliminaire d'agir de sa propre initiative en vertu de l'article 56, paragraphe 3 ;
- d) Décision soulevant une question de nature à affecter de manière appréciable le déroulement équitable et rapide de la procédure ou l'issue du procès, et dont le règlement immédiat par la Chambre d'appel pourrait, de l'avis de la Chambre préliminaire ou de la Chambre de première instance, faire sensiblement progresser la procédure.

3. En conséquence, une décision ne peut faire l'objet d'un appel interjeté en vertu de l'article 82-1-d du Statut que si elle soulève une question susceptible d'appel. Le terme « décision » se rapporte pour une chambre préliminaire ou une chambre de première instance au fait de trancher ou de statuer, et non à toutes les déclarations faites dans le cours du raisonnement. Cette définition est non seulement confirmée par le sens littéral du terme « décision » dans le contexte judiciaire mais également par une interprétation

contextuelle de l'article 82-1 du Statut : les paragraphes a) à c) de l'article 82-1 prévoient que certaines catégories de décisions peuvent faire l'objet d'un appel de droit, à savoir les décisions sur la compétence ou la recevabilité, les décisions accordant ou refusant la mise en liberté de la personne faisant l'objet d'une enquête ou de poursuites et les décisions de la Chambre préliminaire d'agir de sa propre initiative en application de l'article 56-3. Pour savoir si une décision rendue par une chambre préliminaire ou une chambre de première instance relève de l'une quelconque de ces catégories, il conviendra de déterminer si dans celle-ci la chambre s'est prononcée ou a statué sur la compétence ou la recevabilité, etc. C'est l'approche qu'a retenue la Chambre d'appel dans sa Décision relative à la recevabilité de l'appel interjeté par Thomas Lubanga Dyilo contre la Décision sur la confirmation des charges rendue le 29 janvier 2007 par la Chambre préliminaire I, rendue le 13 juin 2007 (ICC-01/04-01/06-926-tFRA), par laquelle elle rejetait un appel interjeté en vertu de l'article 82-1-b du Statut contre une décision de confirmation des charges au motif que cette dernière n'accorde ni ne refuse une mise en liberté. Il ne serait pas logique que le terme « décision » aux paragraphes a) à c) de l'article 82-1 du Statut désigne l'action d'une chambre préliminaire ou d'une chambre de première instance lorsqu'elle tranche ou statue, mais qu'il inclue au paragraphe d) du même article l'ensemble du raisonnement sur lequel cette décision se fonde.

4. Une décision « soulève » une question si le point de droit ou de fait en cause était essentiel pour que la Chambre tranche ou statue. L'Arrêt relatif à la Requête du Procureur aux fins d'obtenir l'examen extraordinaire de la décision rendue le 31 mars 2006 par laquelle la Chambre préliminaire I rejetait une demande d'autorisation d'interjeter appel (ICC-01/04-01/06-168-tFR) confirme cette thèse puisque la Chambre d'appel y expliquait au paragraphe 9 que :

une question s'entend d'un problème dont le règlement est essentiel pour trancher des points litigieux dans la cause.

5. En l'espèce, j'estime, pour les motifs exposés plus loin, que la Décision attaquée n'est pas susceptible d'appel s'agissant de la première et de la deuxième questions, pour lesquelles l'appel a été autorisé, puisqu'elle ne soulève pas ces questions au sens exposé ci-dessus.

6. Dans la Décision relative à la requête de la Défense sollicitant l'autorisation d'interjeter appel de la décision relative aux expurgations et à l'obligation de communication, rendue oralement le 18 janvier 2008, rendue le 6 mars 2008 (ICC-01/04-01/06-1210-tFRA¹; « la Décision autorisant l'appel »), la Chambre de première instance a autorisé l'appel concernant les trois questions suivantes : celles de savoir « si la communication inutilement et injustifiablement tardive de certaines informations par la Défense peut effectivement avoir des conséquences sur les obligations de l'Accusation en matière de communication » (la Décision autorisant l'appel, paragraphe 14 ; « la Première question ») ; « si la Chambre a eu tort de privilégier la protection de certains témoins à décharge par rapport à la communication de leur identité à la Défense, et de conclure que cela ne porterait pas atteinte à l'équité du procès² » (la Décision autorisant l'appel, p. 6 ; « la Deuxième question ») ; et si la conclusion de la Chambre « selon laquelle l'Accusation “[INTERPRETATION] n'a aucune obligation de communiquer des pièces qui portent sur l'utilisation générale d'enfants soldats” parce qu'elles ne constituent pas des éléments à décharge est contraire à la règle 77 du Règlement [de procédure et de preuve] » (la Décision autorisant l'appel, par. 21).

7. La première et la deuxième questions concernent la partie suivante de la Décision attaquée :

La Défense a refusé d'exposer ses lignes de défense ou les questions qu'elle soulèvera probablement en l'espèce. À ce stade de la procédure, l'accusé se prévaut de son droit de garder le silence, lequel lui est indubitablement reconnu. Toutefois, la décision déraisonnable de la Défense de communiquer ses informations de manière tardive peut avoir des conséquences sur les décisions prises par la Chambre concernant la question de savoir ce qui constitue un procès équitable. Par exemple, compte tenu de la nécessité de protéger des témoins et d'autres personnes qui ont fourni des renseignements à la Cour, si les juges se voient demander à un stade tardif de la procédure sans que cela soit justifié, d'ordonner la communication de l'identité de témoins à décharge alors qu'il est désormais impossible d'assurer la protection qui leur serait

¹ Un rectificatif à cette décision a été déposé le 14 mars 2008 (ICC-01/04-01/06-1224-tFRA).

² D'après le rectificatif à la Décision autorisant l'appel, le passage en question se lit comme suit : « la Chambre a-t-elle eu tort de privilégier la protection de certains témoins [à charge] par rapport à la communication de leur identité à la Défense, et de conclure que cela ne porterait pas atteinte à l'équité du procès ».

nécessaire, ils pourraient conclure qu'il est équitable de poursuivre le procès, en dépit de la non-communication de l'identité de ces témoins à l'accusé. En conséquence, la présentation par la Défense, à un stade fort avancé et inutilement tardif, de ses lignes de défense ou des questions qu'elle entend soulever pourrait influencer les décisions prises concernant la communication d'informations à l'accusé. (ICC-01/04-01/06-T-71-FRA, p. 8, ligne 13, à p. 10, ligne 6).

8. Dans cette partie de la Décision attaquée, la Chambre de première instance n'a toutefois tranché aucune question. De même, aucune de ses déclarations ne faisait partie des autres solutions adoptées dans ladite décision ni n'était indispensable pour trancher. Elle s'est contentée au contraire d'informer les participants de ce qu'elle *pourrait* faire à l'avenir. Aucune des déclarations concernant la communication des lignes de défense ou la protection des témoins n'était décisive. En particulier, les déclarations relatives à la communication injustifiablement tardive des lignes de défense doivent être replacées dans leur contexte : la Chambre de première instance a souligné que la Défense a le droit de garder le silence ; les déclarations de la Chambre de première instance concernant les conséquences que pourrait avoir la communication « tardive » de la défense ont été faites dans l'hypothèse où l'appelant présenterait une défense. Ni la Chambre de première instance ni la Chambre d'appel ne savent actuellement si tel sera le cas. En outre, la première a seulement indiqué qu'elle *pourrait* statuer sur le caractère équitable du procès en cas de communication « tardive » de la ligne de défense, sans toutefois fournir d'informations précises quant aux critères et circonstances l'amenant à statuer ou quant à son interprétation du droit applicable à cet égard. Partant, ces déclarations ont été faites de manière non décisive et sans se rapporter à aucun fait. S'agissant de la deuxième question, la Chambre de première instance a fait observer au paragraphe 19 de la Décision autorisant l'appel qu'il reste possible que la « question ne se pose pas du tout au cours de la procédure ».

9. J'estime qu'en analysant ces questions au fond, la Chambre d'appel n'examinerait pas si ce que la Chambre de première instance *a fait* était conforme au droit applicable, mais évaluerait ce que la Chambre de première instance *pourrait faire* à l'avenir. Ce faisant, elle endosserait le rôle d'un organe consultatif, que ne lui reconnaissent ni le Statut ni le Règlement de procédure et de preuve. Elle outrepasserait alors sa compétence.

Fait en anglais et en français, la version anglaise faisant foi.

/signé/
M. le juge Sang-Hyun Song

Fait le 11 juillet 2008

À La Haye (Pays-Bas)