



Original : **anglais**

N° : **ICC-01/04-01/06**

Date : **6 octobre 2008**

LA CHAMBRE D'APPEL

Composée comme suit :
M. le juge Philippe Kirsch
M. le juge Georgios M. Pikis
M. le juge Sang-Hyun Song
M. le juge Erkki Kourula
M. le juge Daniel David Ntanda Nsereko

**SITUATION EN RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO
AFFAIRE
LE PROCUREUR c. THOMAS LUBANGA DYILO**

Public

**Mémoire de l'Accusation à l'appui de l'appel interjeté de la Décision relative à la Requête
de l'Accusation aux fins de levée de la suspension de la procédure**

Origine : Bureau du Procureur

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

Le Bureau du Procureur

Le conseil de la Défense

M^e Catherine Mabile

M^e Jean-Marie Biju-Duval

Les représentants légaux des victimes

M^e Luc Walley

M^e Franck Mulenda

M^e Carine Bapita Buyangandu

GREFFE

Le Greffier

Mme Silvana Arbia

INTRODUCTION

L'Accusation interjette appel de la Décision relative à la Requête de l'Accusation aux fins de levée de la suspension de la procédure (« la Décision »)¹, rendue par la Chambre de première instance I le 3 septembre 2008.

Dans sa Décision, la Chambre de première instance a commis une erreur :

- i) En refusant d'examiner les documents couverts par l'article 54-3-e potentiellement à décharge tant qu'elle n'est pas convaincue que a) en cas d'appel, la Chambre d'appel pourra examiner les mêmes documents et toute décision non expurgée de la Chambre de première instance, et b) elle aura accès à des versions non expurgées des documents tout au long du procès (première moyen d'appel) ; et
- ii) En refusant de lever la suspension de la procédure au motif que les éléments d'un procès équitable ne sont pas réunis tant qu'elle n'est pas convaincue que l'accusé pourra « véritablement consulter tous les documents dont la Chambre estime qu'ils sont à décharge » ou importants pour la préparation de sa défense (deuxième moyen d'appel).

Comme la Chambre l'a reconnu dans sa Décision, les sources d'information ont donné leur accord et l'Accusation, au moment où la Chambre rendait sa Décision, a pu s'acquitter de son obligation de lui présenter tous les documents obtenus sous le sceau de la confidentialité mais potentiellement à décharge, pour qu'elle puisse évaluer l'effet de leur non-communication sur l'équité de la procédure².

Toutefois, il est indiqué dans la Décision que les propositions de l'Accusation « ne garantissent pas non plus que les décisions rendues par la Chambre seront susceptibles de faire l'objet d'un examen exhaustif en appel » et que « tant qu'un appel en bonne et due forme n'est pas garanti (au cours duquel la Chambre d'appel pourra examiner l'ensemble des documents pertinents et la version non expurgée de toute décision pertinente rendue par la

¹ ICC-01/04-01/06-1466-Conf-Exp-tFRA (une version publique expurgée a été déposée le lendemain, ICC-01/04-01/06-1467-tFRA).

² Décision, par. 31.

Chambre de première instance), l'un des principaux éléments d'un procès équitable sera absent de la procédure³. »

La Chambre a également conclu que « rien ne garantit que l'Accusation serait en mesure de dûment communiquer l'ensemble des pièces à décharge si la Chambre venait à conclure que les documents devraient être communiqués à la Défense ». En conséquence, « il [est] nécessaire de maintenir la suspension de la procédure⁴ ».

S'agissant du premier moyen d'appel, l'Accusation reconnaît qu'un examen en appel exhaustif, qu'il soit demandé par l'Accusation ou par la Défense, est une garantie de l'équité de la procédure. Mais la Chambre porte atteinte aux droits du Procureur et des victimes à un véritable procès en cherchant à protéger l'équité d'une procédure en appel hypothétique. L'Accusation fait valoir que le maintien de la suspension de la procédure reposait sur une hypothèse (la possibilité que la décision puisse ne pas faire l'objet d'un examen exhaustif en appel) et que la décision empiète sur les prérogatives de la Chambre d'appel. L'Accusation fait valoir que la détermination de la portée même de l'examen en appel relève de la seule compétence de la Chambre d'appel, qui est seule habilitée à établir les critères et les conditions d'un tel examen.

S'agissant du deuxième moyen d'appel, l'Accusation fait valoir que l'ensemble des informations recueillies ne devaient pas nécessairement être communiquées à la Défense pour que le procès soit équitable. La Cour, comme d'autres juridictions nationales et internationales, accepte que pour certains motifs – tenant, entre autres, à la protection des témoins ou à la sécurité nationale – des informations ne soient pas communiquées. Le procès sera équitable si l'accusé a accès aux informations à décharge qu'il peut présenter comme éléments de preuve au procès ou à des informations équivalentes susceptibles de protéger ses droits. Il peut s'agir d'éléments de preuve similaires, d'un résumé des informations à décharge, d'un accord, d'une hypothèse ou d'une présomption du tribunal.

³ Décision, par. 40 iii).

⁴ Décision, par. 38 et 39.

RAPPEL DE LA PROCÉDURE

1. L'Accusation interjetée actuellement appel de deux décisions de la Chambre de première instance : la Décision du 13 juin 2008 relative à la suspension de la procédure⁵ et la Décision du 2 juillet 2008 relative à la mise en liberté de l'accusé⁶. Le 10 juillet 2008, elle a déposé son mémoire à l'appui de l'appel interjeté contre la mise en liberté de l'accusé⁷ et, le 14 juillet 2008, celui à l'appui de l'appel interjeté contre la suspension de la procédure⁸. Ces mémoires d'appel ainsi que la requête en vue de clarifier les documents et de fournir des détails supplémentaires déposée le 15 septembre 2008 par l'Accusation en vertu de la norme 28 du Règlement de la Cour⁹ font également un rappel très précis de la procédure.
2. À la suite de la décision du 13 juin, le Procureur a poursuivi ses négociations avec les sources ayant fourni les documents couverts par l'article 54-3-e. Le 10 juillet 2008, l'Accusation a déposé une Requête aux fins de levée de la suspension de la procédure¹⁰. Elle a transmis des informations supplémentaires à la Chambre de première instance le 30 juillet 2008¹¹, le 8 août 2008¹² et le 22 août 2008¹³.
3. En exécution d'une ordonnance de la Chambre de première instance¹⁴, la Défense a, le 1^{er} septembre 2008, répondu à la Requête aux fins de levée de la suspension de la procédure¹⁵.
4. Le 3 septembre 2008, la Chambre de première instance, dans sa Décision relative à la Requête de l'Accusation aux fins de levée de la suspension de la procédure (« la Décision »)¹⁶, a rejeté la Requête.

⁵ ICC-01/04-01/06-1401-tFRA (« Décision relative à la suspension de la procédure »).

⁶ ICC-01/04-01/06-1418-tFRA (« Décision relative à la mise en liberté »).

⁷ ICC-01/04-01/06-1429 OA12.

⁸ ICC-01/04-01/06-1434 OA13 ; ICC-01/04-01/06-1446-Anx1.

⁹ ICC-01/04-01/06-1470 OA12OA13.

¹⁰ ICC-01/04-01/06-1430-Conf-Exp ; ICC-01/04-01/06-1431-tFRA. Lors d'une conférence de mise en état qui a eu lieu le 24 juin 2008, la Chambre de première instance a fait « [TRADUCTION] des suggestions et des observations sur toute demande qui pourrait être déposée en temps voulu pour lever la suspension de la procédure » : voir la transcription anglaise de l'audience (ICC-01/04-01/06-T-91-ENG ET, p. 30, lignes 22 à 24, p. 31 à 33).

¹¹ ICC-01/04-01/06-1451.

¹² ICC-01/04-01/06-1452.

¹³ ICC-01/04-01/06-1462.

¹⁴ ICC-01/04-01/06-1463.

¹⁵ ICC-01/04-01/06-1464.

¹⁶ ICC-01/04-01/06-1466-Conf-Exp ; ICC-01/04-01/06-1467-tFRA.

5. Le 9 septembre, l'Accusation a demandé l'autorisation d'interjeter appel de cette décision¹⁷, autorisation accordée le 24 septembre 2008 par la Chambre de première instance sur deux questions¹⁸.
6. Le mémoire de l'Accusation est déposé conformément à la norme 65-4 du Règlement de la Cour.

RAPPEL DES FAITS

7. L'ONU et d'autres sources d'information ont accepté de fournir à l'Accusation des informations permettant d'obtenir de nouveaux éléments de preuve relativement aux crimes commis en République démocratique du Congo, conformément aux dispositions de l'article 54-3-e du Statut¹⁹.
8. L'Accusation a fait savoir à la Chambre de première instance que certains des documents obtenus en tant qu'informations permettant d'obtenir de nouveaux éléments de preuve et couverts par les accords de confidentialité contenaient des informations potentiellement à décharge. L'Accusation a communiqué les critères d'évaluation de la nature à décharge de ces informations, offert des informations similaires et invité la Chambre de première instance à revoir le critère utilisé²⁰.
9. Le 13 juin 2008, la Chambre de première instance a conclu qu'elle devra examiner les documents et ordonné la suspension de la procédure au motif qu'elle « a été empêchée d'exercer sa compétence..., dans la mesure où elle est dans l'incapacité de déterminer si la non-communication de ces pièces potentiellement à décharge constitue ou non une violation du droit de l'accusé à un procès équitable²¹ ». Elle a également souligné que rien « ne laisse donc penser qu'il sera remédié aux vices actuels²² ». La Chambre de première instance a estimé que son incapacité à déterminer ou non si la non-communication des documents porterait atteinte aux droits de l'accusé a

¹⁷ ICC-01/04-01/06-1468-tFRA.

¹⁸ ICC-01/04-01/06-1473 (« Décision autorisant l'appel »).

¹⁹ Le Statut de Rome prévoit cette garantie de confidentialité au stade de l'enquête car elle est importante pour la capacité de la CPI à enquêter. Voir, par exemple, Roy S. Lee, *The International Criminal Court*, Kluwer Law International, 1999, p. 1. Voir aussi ICC-01/04-01/06-1446-Anx1 OA13, par. 20 et 21.

²⁰ ICC-01/04-01/06-1248.

²¹ Décision relative à la suspension de la procédure, par. 92 iii) ; voir aussi par. 83 et 84, 88 et 89.

²² Décision relative à la suspension de la procédure, par. 91.

« perturbé » à tel point la procédure qu'il était « désormais impossible de réunir les éléments constitutifs d'un procès équitable²³. »

10. L'Accusation a fait appel de cette décision.
11. Dans le même temps, l'appel étant en cours, l'Accusation a continué de collaborer avec les sources d'information pour résoudre les questions de communication afin que le procès se poursuive tel qu'ordonné par la Chambre de première instance. Elle a ainsi obtenu des accords importants des sources d'information en vue de faciliter l'examen des documents par la Chambre de première instance.
12. En particulier, l'ONU, par lettre adressée au Procureur le 3 juillet 2008, a accepté de fournir les documents à la Chambre de première instance sous réserve que « [TRADUCTION] les juges procèdent à l'examen de ces copies en leur cabinet ou lors d'une session à huis clos et... *ex parte* » et qu'ils ne communiquent pas les informations contenues dans les documents²⁴. L'ONU a donné son accord pour que les juges prennent des notes qu'ils pourront conserver sous scellés. Elle a accepté de fournir des résumés narratifs si ces informations devaient être communiquées à la Défense. Si la fourniture de tels résumés était jugée inopportune, l'ONU est disposée à envisager d'autres solutions telles que la communication d'extraits ou la possibilité pour l'accusé ou sa Défense de consulter les documents sous réserve de mesures de protection.
13. Les autres sources d'information ont également accepté que l'Accusation communique à la Chambre de première instance leurs documents, sous une forme expurgée et sans restrictions, et consenti à ne pas imposer d'autres conditions à l'examen par la Chambre d'appel²⁵.
14. L'Accusation a donc déposé une Requête aux fins de levée de la suspension de la procédure, par laquelle elle informait la Chambre de première instance que dès qu'elle accepterait les conditions de l'ONU, elle pourrait immédiatement se voir communiquer tous les documents non communiqués de l'ONU, sous forme non expurgée²⁶. L'Accusation a également communiqué tous les documents émanant des autres sources

²³ Décision relative à la suspension de la procédure, par. 93 ; renvoyant à ICC-01/04-01/06-772 OA4, par. 39.

²⁴ ICC-01/04-01/06-1431-Anx2 (une copie de cette lettre de l'ONU est jointe en annexe au présent Mémoire d'appel, Anx1).

²⁵ Pour un aperçu de la position adoptée par les ONG, voir ICC-01/04-01/06-1430-Conf-Exp, par. 28 à 44.

²⁶ ICC-01/04-01/06-1431-tFRA, par. 23 ; voir aussi par. 22.

d'information, encore sous forme non expurgée²⁷. Dans une annexe à ce document déposée de manière confidentielle et *ex parte*, l'Accusation a révélé l'identité des sources d'information et la nature de tous les documents concernés²⁸, pour calmer l'inquiétude à l'origine de la suspension de la procédure : la Chambre de première instance pourrait examiner tous les documents non communiqués dans leur intégralité et évaluer leur pertinence et leur nature potentiellement à décharge, ainsi que l'effet de leur non-communication sur les droits de l'accusé, et envisager des solutions de remplacement à leur communication ou d'autres mesures garantissant l'équité du procès²⁹. Des documents déposés ultérieurement ont informé la Chambre que l'ONU acceptait que 136 documents (sur les 152 communiqués) soient communiqués directement à la Défense (53 documents sous forme non expurgée et 83 sous forme expurgée³⁰), ce qui réduisait d'autant plus le nombre de documents non communiqués à la Chambre de première instance pour examen.

15. La Chambre de première instance a conclu que la Requête « [était] conforme aux exigences posées par les juges de la Chambre de première instance aux fins de leur consultation initiale des documents en question³¹ ». Elle a tout de même refusé de les examiner. Elle a estimé que les conditions imposées par l'ONU, à savoir ne pas autoriser l'accès de la Chambre d'appel aux documents tant que celle-ci n'aura pas pris le même engagement, ne lui garantissent pas l'accès aux documents pendant toute la durée du procès et entravent sa capacité à citer les documents non communiqués dans une décision écrite susceptible d'un examen exhaustif en appel.
16. En outre, la Chambre de première instance a ajouté une autre condition à la levée de la suspension de la procédure, à savoir qu'une fois l'examen achevé, « l'accusé pourra véritablement consulter tous les documents dont la Chambre estime qu'ils sont à décharge³² ».

²⁷ ICC-01/04-01/06-1431-tFRA, par. 28, 31, 33, 36, 39 et 42.

²⁸ ICC-01/04-01/06-1430-Conf-Exp-Anx1.

²⁹ Tel que requis par la Chambre d'appel et la Cour européenne des droits de l'homme (voir par. 38 et 39) ci-dessous ainsi que les textes cités ici-même.

³⁰ ICC-01/04-01/06-1462, par. 4.

³¹ Décision, par. 31.

³² Décision, par. 30 (non souligné dans l'original).

Premier moyen d'appel

LE REFUS DE LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE D'EXAMINER LES DOCUMENTS COUVERTS PAR L'ARTICLE 54-3-E EST DÉRAISONNABLE ET JURIDIQUEMENT ERRONÉ

17. Le 13 juin 2008, la Chambre de première instance a prononcé la suspension de l'instance en l'espèce, l'Accusation n'étant pas en mesure de lui fournir les documents couverts par l'article 54-3-e afin de déterminer s'ils contenaient des informations à décharge ou nécessaires à la préparation de la défense de l'accusé. Pour expliquer sa décision, la Chambre de première instance a indiqué que « l'Accusation s'est contentée d'évoquer la possibilité qu'à un stade ultérieur non défini, la Chambre se voie remettre tout au plus des pièces incomplètes et insuffisantes. Aucune des informations soumises à la Chambre ne laisse donc penser qu'il sera remédié aux vices actuels³³. »
18. Comme l'a reconnu la Chambre de première instance dans la Décision, le problème soulevé dans la première décision a été résolu. Les conditions de confidentialité proposées par les sources d'information sont raisonnables et compatibles avec le déroulement équitable de la procédure³⁴. La Chambre de première instance est désormais en mesure de déterminer si les informations contenues dans les documents sont à décharge et d'examiner l'incidence de la non-communication de ces pièces sur l'équité du procès. Cette deuxième étape tendrait à confirmer que les informations sont d'une importance si marginale pour l'affaire, compte tenu de leur nature et de celle des autres pièces similaires déjà fournies, que leur non-communication ne peut en aucun cas affecter l'équité du procès ; ou alors, que ces informations doivent être communiquées.
19. Pourtant, la Chambre de première instance reste sur ses positions et se refuse à examiner les pièces en question, au motif que la Chambre d'appel n'a pas encore accepté les conditions imposées par l'ONU.
20. D'une part, la Chambre de première instance est préoccupée par le fait que la Chambre d'appel puisse ne pas avoir accès à une décision complète et détaillée ainsi qu'aux documents couverts par l'article 54-3-e eux-mêmes. Elle en conclut que priver la

³³ Décision relative à la suspension de la procédure, par. 91.

³⁴ Décision, par. 7.

Chambre d'appel de l'accès à ces pièces revient à priver l'accusé de la possibilité de bénéficier pleinement d'un appel équitable, qui constitue lui-même un élément essentiel d'un procès équitable.

21. D'autre part, la Chambre de première instance est préoccupée par le fait qu'elle puisse ne pas avoir la possibilité de consulter les documents en permanence pendant tout le procès, ce qui, à son avis, affecterait sa capacité à rendre des décisions dûment motivées et pertinentes sur la communication des pièces au cours du procès lui-même. Ainsi, pour éviter à l'accusé un procès potentiellement inéquitable, la Chambre de première instance se refuse tout simplement à examiner les documents, ce qui constitue la condition préalable à la levée de la suspension de la procédure.
22. La Chambre d'appel a expressément reconnu qu'on ne pouvait ordonner la suspension de la procédure que lorsqu'il était impossible de garantir l'équité du procès. Les circonstances en l'espèce sont loin de répondre à ce critère. Par conséquent, la conclusion de la Chambre de première instance est déraisonnable et juridiquement erronée.

1. La prétendue impossibilité de l'examen en appel

23. L'Accusation reconnaît qu'un véritable examen en appel, qu'il soit demandé par l'Accusation ou la Défense, est la garantie d'une procédure équitable. Toutefois, il est erroné de conclure que les propositions de l'ONU compromettraient nécessairement l'examen en appel, et cela justifie d'autant moins le refus de la Chambre de première instance d'examiner les documents dans les circonstances actuelles.
24. Les ONG ayant fourni des informations n'ont formulé aucune exigence concernant la décision ou l'appel. Les conditions de l'ONU sont certes peu draconiennes mais elles expriment des préoccupations fondamentales³⁵ suscitées par l'absence de dispositions précises dans le Statut et le Règlement quant à la procédure à suivre par une chambre de la Cour à l'égard de documents que l'Accusation a obtenus en vertu de l'article 54-3-e. Faute d'obtenir cet engagement, l'ONU pourrait courir le risque de voir la Chambre

³⁵ L'ONU a accepté que les juges de la Chambre de première instance aient accès aux documents couverts par l'article 54-3-e sous réserve qu'ils s'engagent à « [TRADUCTION] procéder à l'examen de ces copies en cabinet ou en session à huis clos et... *ex parte* », et consentirait que la Chambre d'appel ait accès aux documents si elle acceptait aussi « de ne pas communiquer les documents ou leur contenu à toute autre partie ». Lettre de l'ONU, p. 2 et 3.

saisie des documents, qui n'est pas elle-même liée par les accords conclus en vertu de l'article 54-3-e, assurer, conformément à l'article 64-3-c, « la divulgation de documents ou de renseignements encore non divulgués » en communiquant les documents sans l'accord de l'ONU. Ainsi, l'ONU s'est contentée de demander à la Chambre de première instance de ne pas inclure dans sa décision « [TRADUCTION] des citations exactes ou des paraphrases du contenu des documents³⁶ ». Cette condition lui permet de s'assurer qu'aucune information figurant dans les documents ne pourra être communiquée ultérieurement sans son accord préalable. De plus, en raison de l'incertitude exprimée ci-avant quant à la procédure à suivre, l'ONU exige les mêmes assurances de la part de la Chambre d'appel au cas où celle-ci aurait besoin de consulter les documents en question.

25. Comme l'a indiqué la Chambre d'appel, « [l]e degré de détail du raisonnement [requis] sera fonction des circonstances de l'espèce³⁷ ». Une décision motivée de la Chambre de première instance doit « indiquer avec une clarté suffisante le fondement de la décision », « préciser les faits qu'elle a jugé pertinents pour tirer sa conclusion » et « motiver ses conclusions concernant [les éléments pertinents] dont elle a tenu compte dans sa décision³⁸ ». Elle n'a pas besoin de citer ou de paraphraser le contenu des documents pour répondre à ce critère. Elle pourrait se contenter d'indiquer de quel document il s'agit et d'en préciser la teneur ; d'évaluer sa nature à décharge ; et d'évaluer l'incidence de sa non-communication sur l'équité du procès, en tenant compte des autres solutions de remplacement qui pourraient exister.
26. Rien ne permet donc de conclure qu'il est impossible – et c'est là le critère très élevé retenu par la Chambre pour justifier la suspension ou la poursuite de la suspension de la procédure – à la Chambre de première instance de rendre une décision motivée. Si celle-ci décide que les informations en question ne peuvent être communiquées, elle peut en faire une description en termes suffisamment clairs et expliquer pourquoi elles ne sont pas susceptibles de disculper l'accusé, d'atténuer sa culpabilité ou d'affecter la crédibilité des éléments de preuve à charge³⁹. Si la Chambre de première instance décide

³⁶ Lettre de l'ONU, p. 3.

³⁷ ICC-01/04-01/06-773 OA5, par. 20.

³⁸ Ibid.

³⁹ L'Accusation a déjà fait une telle description des informations contenues dans certains des documents non communiqués. Ses conclusions relatives aux documents non communiqués contenant des informations potentiellement à décharge, 28 mars 2008, proposent des catégories d'éléments de preuve. Dans l'un des exemples, l'explication suivante est proposée : « [TRADUCTION] [c]ette catégorie d'information concerne les enfants ayant rejoint l'UPC/FPLC volontairement ou sur ordre de leurs parents parce qu'ils étaient affamés,

que la communication d'informations dont la teneur est la même suffit à protéger les droits de l'accusé, elle peut de même en donner une description et expliquer en quoi elles peuvent s'y substituer. Si la Chambre décide que les informations doivent être communiquées et que la source d'information refuse de donner son accord, la Chambre peut expliquer pourquoi ces moyens de preuve sont à décharge et envisager des solutions autres que leur communication, en précisant si celles-ci suffisent (ou non) à protéger les droits de l'accusé à un procès équitable.

27. En outre, il ne faut pas partir du principe que la Chambre d'appel devra nécessairement examiner une nouvelle fois et évaluer de façon indépendante les documents protégés par l'article 54-3-e pour procéder à un véritable examen en appel. De plus, même si elle décidait d'examiner les documents protégés par l'article 54-3-e, rien ne laisse supposer qu'elle ne pourrait ou ne voudrait pas, dans le cadre de son examen, offrir le même degré de certitude procédurale que la Chambre de première instance.
28. L'Accusation ne pense pas non plus que la Chambre de première instance aurait pu légitimement refuser d'exercer ses fonctions au motif qu'un appel en bonne et due forme n'est pas « garanti ». Le « principe fondamental selon lequel les décisions de première instance... sont susceptibles d'être examinées en appel⁴⁰ » est juste, mais la Chambre commet une erreur en concluant que sa décision ne peut véritablement faire l'objet d'un appel dans le contexte actuel. En tirant cette conclusion, elle a empiété sur les prérogatives de la Chambre d'appel. En outre, en supposant que la situation puisse avoir une incidence sur la procédure en appel ultérieure, cette simple possibilité ne justifie pas le refus de la Chambre de ne pas s'acquitter de ses obligations. La Chambre de première instance est tenue d'exercer ses fonctions. Elle ne peut refuser de s'acquitter de cette responsabilité au motif qu'une autre chambre pourrait être empêchée, à l'avenir, de s'acquitter dûment de ses fonctions.
29. Enfin, le refus de la Chambre d'examiner les documents en question pose un dilemme insoluble qui souligne davantage le caractère déraisonnable de sa décision. La Chambre de première instance demande au Procureur de prendre des mesures qu'il ne peut pas

orphelins, pauvres, ou parce qu'ils voulaient venger la mort de membres de leur famille, etc. L'Accusation fait valoir que l'enrôlement volontaire dans les forces de l'UPC/FPLC n'a pas de pertinence juridique eu égard aux charges et que les enfants de moins de 15 ans ne peuvent pas donner leur consentement quand il s'agit d'enrôlement ou de participation aux hostilités, et que donc le caractère volontaire de la démarche n'est pas une défense valide », ICC-01/04-01/06-1248, par. 10.

⁴⁰ Décision, par. 33.

mettre en pratique. La Chambre d'appel n'a pas de fonction ou de compétence consultative⁴¹. Que la décision de la Chambre de première instance ait pour conséquence la suspension pour une période indéterminée du procès en attendant que soit résolue une question que les parties sont incapables de résoudre est une preuve supplémentaire de son caractère déraisonnable.

30. Cela dit, en vertu du présent appel, la décision de la Chambre de première instance est à présent renvoyée devant la Chambre d'appel, qui peut décider que cet appel lui donne compétence pour examiner la demande de l'ONU.

2. La possibilité que les documents ne soient pas disponibles de manière continue pendant toute la durée du procès

31. La Chambre de première instance a également conclu que la requête du Procureur datée du 10 juillet « ne semble pas répondre à [l']exigence » selon laquelle elle devrait pouvoir garder en sa possession les documents non communiqués pendant toute la durée du procès⁴². L'Accusation ne pense pas que l'existence de ce que la Chambre qualifie de restrictions à la consultation des documents pendant le procès implique nécessairement qu'un procès équitable soit impossible.
32. L'ONU ne veut pas priver la Chambre de première instance de l'accès dont elle a besoin concernant les documents en question. En fait, l'ONU envisage expressément que les juges puissent conserver des copies « [TRADUCTION] à des fins de comparaison et d'évaluation par rapport à d'autres moyens de preuve en l'espèce⁴³ ». La seule préoccupation de l'ONU est que les documents ne soient pas présentés dans le cadre d'un dossier d'appel si la Chambre d'appel n'a pas accepté de protéger leur confidentialité⁴⁴. Ainsi, l'ONU semble n'avoir aucune raison de s'opposer à ce que la Chambre de première instance conserve les documents pendant tout le procès, sauf pendant la période limitée où un appel (ou une autorisation d'interjeter appel) est en cours et à supposer que la Chambre d'appel n'ait pas elle-même accepté de protéger la confidentialité des documents.

⁴¹ ICC-01/04-503 OA4 OA5 OA6, par. 30 ; voir aussi ICC-01/04-01/06-1433-tFRA OA11, Opinion partiellement dissidente du juge Sang-Hyun Song, par. 9 ; ICC-01/04-01/06-873-tFR OA8, par. 6.

⁴² Décision, par. 31.

⁴³ Lettre de l'ONU, p. 2.

⁴⁴ Lettre de l'ONU, p. 3: « [TRADUCTION] Cette démarche serait nécessaire étant donné qu'à ce stade, la Chambre d'appel n'aurait pas encore pris l'engagement, similaire à celui de la Chambre de première instance, de ne pas communiquer les documents ou leur contenu à toute autre partie. »

33. En outre, même au cas où il y aurait à l'avenir des restrictions quant à l'accès aux documents, la capacité de la Chambre de première instance d'examiner les documents à l'heure actuelle n'en est pas affectée.
34. Enfin, même durant toute période où la Chambre de première instance n'a pas directement accès aux documents, les juges peuvent toujours conserver leurs notes. Même si celles-ci ne contiendront vraisemblablement pas de citations directes ou de paraphrases, elles permettront néanmoins de pouvoir s'assurer à tout moment du caractère à décharge ou non des documents. Ces notes ainsi que toutes expurgations pourraient être comparées aux documents originaux, ce qui en faciliterait d'autant plus l'examen et indiquerait s'il est éventuellement possible de les consulter ultérieurement au besoin. Dans ce contexte, la Chambre de première instance ne pouvait pas légitimement conclure que tout examen, préalable au procès ou au cours de celui-ci, ne pouvait se faire de façon adéquate.

Deuxième moyen d'appel

LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE A COMMIS UNE ERREUR DE DROIT EN CONCLUANT QU'IL EST IMPOSSIBLE DE TENIR UN PROCÈS ÉQUITABLE À MOINS QUE L'ACCUSÉ PUISSE CONSULTER DE MANIÈRE SUFFISANTE TOUS LES DOCUMENTS À DÉCHARGE

35. La Décision indique ce qui suit : « avant de lever la suspension de la procédure, la Chambre de première instance doit être convaincue [...] que l'accusé pourra véritablement consulter tous les documents dont la Chambre estime qu'ils sont à décharge⁴⁵ ».
36. L'Accusation n'est pas d'accord avec la conclusion selon laquelle un procès est nécessairement inéquitable si l'accusé ne peut obtenir certaines pièces en raison d'un accord de confidentialité conclu en vertu de l'article 54-3-e. La Chambre d'appel a décidé ce qui suit : « [TRADUCTION] le droit à la communication des éléments de preuve n'est pas absolu [...] [L]a non-communication de certaines informations à la Défense est

⁴⁵ Décision, par. 30 [non souligné dans l'original].

autorisée pour préserver les droits fondamentaux d'un autre individu [...] [T]ous les cas de non-communication ne se traduisent pas automatiquement par un procès inéquitable⁴⁶ ». D'ailleurs, le droit incontesté de la Défense de se voir communiquer les informations à décharge reste subordonné aux « dispositions statutaires relatives aux restrictions à l'obligation de communication⁴⁷ ».

37. Selon la Chambre d'appel, « [TRADUCTION] chaque cas devra faire l'objet d'un examen minutieux afin de veiller à ce que toute mesure qui vise à protéger des personnes courant un risque mais qui limite les droits de la Défense soit strictement nécessaire et suffisamment compensée par les procédures suivies par la Chambre [...]»⁴⁸. Cet examen devra être effectué sur la base des « faits de l'espèce⁴⁹ ».
38. Pour parvenir à cette conclusion, la Chambre d'appel s'est fondée, entre autres, sur la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme⁵⁰, et en particulier sur l'arrêt de la Grande Chambre *Rowe et Davis c. Royaume-Uni*, qui applique le principe exposé ci-dessus tant à la phase préliminaire de la procédure qu'au procès pénal en général.
39. Comme l'indique la jurisprudence de la Chambre d'appel⁵¹, de la CEDH⁵² et d'autres instances ayant examiné cette question⁵³, on part généralement du principe que les

⁴⁶ ICC-01/04-01/07-475, par. 62 [non souligné dans l'original]. De fait, la Chambre de première instance semble avoir adopté ce principe dans sa Décision du 13 juin (voir par. 76 et 89).

⁴⁷ ICC-01/04-01/06-1433-tFRA (OA11), par. 55.

⁴⁸ ICC-01/04-01/07-475, par. 59.

⁴⁹ Ibid., par. 62. La Chambre d'appel a également donné des instructions précises quant à la procédure à suivre pour décider si les expurgations affecteraient ou non l'équité de la procédure (ICC-01/04-01/07-475-tFRA, par. 65 à 73).

⁵⁰ Ibid., par. 57.

⁵¹ Voir en particulier ICC-01/04-01/07-475 OA, par. 62 à 64, 66, 69, 72 c), 72 d) et 73 a) ; voir également ICC-01/04-01/07-476 OA2, par. 62 ; ICC-01/04-01/06-568-tFR OA3, par. 36.

⁵² En plus de *Rowe et Davis c. Royaume-Uni* (ci-dessus), voir par exemple *Fitt c. Royaume-Uni*, requête n° 29777/96, 16 février 2000, par. 45 à 49 ; *Edward et Lewis c. Royaume-Uni*, requêtes n° 39647/98 et 40461/98, 27 octobre 2004, par. 46 ; et *Doorsen c. Pays-Bas*, requête n° 20524/92, 26 mars 1996, par. 70 (voir aussi par. 75 et 83).

⁵³ Au Royaume-Uni, la *Criminal Procedure and Investigations Act* (1996) prévoit expressément la non-communication de preuves potentiellement à décharge [section 3(1)(a) et (6)]. Aux États-Unis d'Amérique, la loi prévoit également des mesures pouvant remplacer la communication des pièces en cas de renseignements confidentiels (voir par exemple la *Classified Information Procedures Act*, Titre 18 US Code App., sections 4 et 6). Au Canada, la Cour suprême a admis que « [l']obligation de divulguer n'est pas absolue », qu'« il ne faut refuser de divulguer aucun renseignement s'il existe une possibilité raisonnable que la non-divulgaration porte atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, à moins que cette non-divulgaration ne se justifie par le droit au secret », et que le « refus absolu de divulguer des renseignements pertinents pour la défense ne peut se justifier que par l'existence d'un droit au secret qui soustrait ces renseignements à la divulgation » (*R. c. Stinchcombe* [1991] 3 R.C.S. 326). S'agissant du privilège relatif aux indicateurs, la divulgation n'est requise que lorsque la démonstration de l'innocence de l'accusé est en jeu (*R. c. Leipert* [1997] 1 R.C.S. 281, par. 20 à 25), à savoir qu'il convient d'apprécier la véritable valeur à décharge des informations et non de communiquer chaque pièce susceptible d'être utile. En Afrique du Sud, la Cour constitutionnelle a de la même façon admis qu'un accusé a le droit de se voir communiquer les pièces à décharge à moins que « [TRADUCTION] l'État [soit] en mesure de justifier le refus de les mettre à disposition au motif que cette mesure n'est pas justifiée aux fins d'un procès équitable », tout en considérant

informations à décharge doivent être communiquées. Toutefois, il est erroné de dire que tous les cas de non-communication privent à première vue l'accusé d'un procès équitable.

40. Consciente des obligations que lui impose le Statut de Rome, l'Accusation a pris pour norme une interprétation très large du qualificatif « à décharge » dans l'expression « information potentiellement à décharge ». C'est le caractère très large de cette norme qui est à l'origine du grand nombre de documents revêtant une certaine valeur à décharge potentielle. En l'espèce, comme l'Accusation l'a précisé à la Chambre de première instance, certains documents répondant à la définition des documents potentiellement « à décharge » et couverts par des accords de confidentialité n'ont aucune incidence sur l'issue du procès.
41. Par exemple, en l'espèce, certains documents non communiqués ont trait au recrutement et à l'utilisation d'enfants soldats par d'autres groupes armés en Ituri⁵⁴. Refuser que la Défense consulte une de ces pièces ne pourrait d'aucune façon rendre le procès inéquitable sachant que l'Accusation a fourni plus de 100 pièces contenant des informations sur le sujet⁵⁵. Cet exemple illustre bien le fait que la Chambre de première instance n'a pas correctement apprécié les conséquences potentielles de la non-communication de certaines pièces pour l'équité de la procédure.
42. Il est impossible de conclure, avant le procès (et encore moins avant d'avoir effectivement examiné les documents en question), que la non-communication d'informations à décharge rend automatiquement un procès inéquitable. Au contraire, l'incapacité de communiquer certaines pièces ne constitue que le début de l'examen de la question : elle déclenche un processus consistant à trouver un juste équilibre entre la pertinence des informations à décharge, l'effet de la non-communication sur l'équité du procès, l'existence d'autres solutions adaptées permettant la communication de l'intégralité des pièces (y compris les passages supprimés, les résumés, les accords ou les conclusions) et la possibilité pour l'Accusation de retirer une ou plusieurs charges si elle est tenue de communiquer les pièces concernées et qu'il n'y a aucune autre solution. Ce n'est qu'au terme de cet examen qu'il convient de décider en dernière analyse si la non-communication de pièces, compte tenu des faits de la cause, rend le procès inéquitable.

que ces cas seront rares (*Shabalala v Attorney-General of Transvaal* [1995] ZACC 12, par. 72. 3), voir aussi par. 37, 39, 43, 49, 50 et 52).

⁵⁴ ICC-01/04-01/06-1248, par. 11 et 12.

⁵⁵ Voir ICC-01/04-01/06-1248, note 28.

43. C'est à tort qu'il a été décidé, avant même l'examen des documents et le début du procès, que l'éventuelle non-communication de documents dont on ignore s'ils revêtent une quelconque valeur à décharge et l'éventuel recours à d'autres mesures correctives rendent nécessairement le procès inéquitable.

MESURES SOLLICITÉES

44. Pour les raisons exposées plus haut, l'Accusation demande à la Chambre d'appel d'accueillir l'appel, d'annuler la Décision et d'ordonner à la Chambre de première instance :
- 1) de lever la suspension ;
 - 2) d'examiner les pièces ;
 - 3) de décider dans quelle mesure la communication des pièces et/ou d'autres mesures correctives sont nécessaires pour garantir l'équité du procès.
45. Sachant que la Décision du 13 juin ordonnant la suspension de la procédure reposait sur l'incapacité de l'Accusation de remettre les documents à la Chambre de première instance pour examen, le fait que ceux-ci soient désormais à sa totale disposition justifie, de l'avis de l'Accusation, de demander la levée de la suspension. Si la Chambre d'appel en convient et ordonne en conséquence à la Chambre de première instance de lever la suspension, l'Accusation peut alors se désister de l'appel n° OA13 interjeté contre la décision déposée sous la cote ICC-01/04-01/06-1401, bien que l'appel n° OA12 interjeté contre la décision ICC-01/04-01/06-1418 reste pendant.

/signé/

Luis Moreno-Ocampo

Procureur

Fait le 6 octobre 2008

À La Haye (Pays-Bas)