



Original : Français

N° : ICC-01/04-01/07
Date : 20 février 2009

LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE II

Composée comme suit : Mr le juge Bruno Cotte (Juge Président)
Mme la juge Fatoumata Dembele Diarra
Mme la juge Fumiko Saiga

SITUATION EN RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO
AFFAIRE LE PROCUREUR
c. GERMAIN KATANGA ET MATHIEU NGUDJOLO CHUI

Public

Réponse de la Défense aux « Mesures proposées par l'Accusation quant aux modalités de communication propres à assurer la protection des témoins à charge ».

Source : L'équipe de Défense de Monsieur Mathieu Ngudjolo

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

Le Bureau du Procureur
M. Luis Moreno-Ocampo
M. Eric MacDonald

Le Conseil de la Défense de Germain Katanga
Me David Hooper
Mme Caroline Buisman

Le Conseil de la Défense de Mathieu Ngudjolo
Me Jean-Pierre Kilenda Kakengi Basila
Prof Jean-Pierre Fofé Djofia Malewa

Les représentants légaux des victimes
Me Joseph Keta
Me Carine Bapita Buyangandu
Me Jean-Louis Gilissen
Me Hervé Diakiese
Me Jean Chrysostome Mulamba Nsokoloni

Les représentants légaux des demandeurs

Les victimes non représentées

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

Le Bureau du conseil public pour les victimes
Mme Massida

Le Bureau du conseil public pour la défense
Mr Keita

Les représentants des États

L'Amicus Curiae

GREFFE

Le Greffier
Mme Silvana Arbia

La Section d'appui à la Défense
Mr Esteban Peralta Losilla

L'Unité d'aide aux victimes et aux témoins

La Section de la détention

La Section de la participation des victimes et des réparations

Autres

I. Rappel du contexte

1. Lors de la conférence de mise en état tenue le 03 février 2009, la Chambre de première instance II (« la Chambre ») a demandé au Procureur de présenter un rapport exposant des mesures qu'il propose pour assurer la protection des témoins dont la déclaration et les transcriptions de la déposition seront communiquées à la Défense en tant qu'éléments de preuve à charge qui seront utilisés au procès¹.
2. Le Procureur a déposé ledit rapport le 09 février 2009.²
3. Par son Ordonnance du 10 février 2009, la Chambre a décidé « *de réduire le délai au terme duquel les participants à la procédure devront répondre audit rapport, de 21 à 10 jours, conformément à la norme 34 du Règlement de la Cour.* »³ Elle a « *enjoint aux participants de déposer leur réponse le 20 février 2009 à 16 heures au plus tard.* »⁴
4. En exécution de cette ordonnance, la Défense de monsieur Mathieu Ngudjolo présente ci-après ses avis et considérations qui rencontrent, point par point, les propositions du Procureur, relèvent les textes légaux et la jurisprudence qu'elles énervent ainsi que le préjudice qu'elles causeraient à l'équipe de Défense de Mathieu Ngudjolo.

II. Rencontre des propositions du Procureur

5. En tête de ses propositions, le Procureur écrit :
« *L'Accusation sait que la Défense est en droit de connaître l'identité des témoins à charge et, par conséquent, tient à veiller à ce que, avant toute communication, des mesures de protection soient rapidement mises en place.* »⁵

¹ ICC-01/04-01/07-T-56-FRA, 3 février 2009, p. 27, lignes 5 à 24 ; ICC-01/04-01/07-T-56-ENG ET, 3 février 2009, p. 40 et 41.

² ICC-01/04-01/07-882, « *Prosecution's Submissions on the Modalities of Disclosure Required for the Protection of Incriminating Witnesses* ». Le Procureur a eu la courtoisie de traduire en Français ce Rapport en l'intitulant : « *Traduction des Mesures proposées par l'Accusation quant aux modalités de communication propres à assurer la protection des témoins à charge.* »

³ « *Ordonnance fixant un délai de réponse aux participants à la procédure (norme 34 du Règlement de la Cour)* », ICC-01/04-01/07-887 du 10 février 2009, paragraphe 2.

⁴ *Idem*, Dispositif.

⁵ ICC-01/04-01/07-882, Traduction fournie par le Procureur, paragraphe 3.

6. Il poursuit :

« Lorsqu'un témoin demande à bénéficier du programme de protection des témoins de la CPI ou d'autres mesures de protection non judiciaires et que la communication d'une bonne partie de la transcription de son témoignage, compte tenu des informations précises qui y figurent, permet à l'accusé de l'identifier sur le champ, l'Accusation propose que des mesures de protection supplémentaires soient prises et s'appliquent tant qu'aucune décision n'a été communiquée à l'intéressé à propos de sa participation au programme de protection des témoins ou d'autres mesures de protection non judiciaires. Il pourrait, par exemple, s'agir de communiquer des résumés ou des passages in extenso du témoignage en question. L'Accusation veillerait à ce que ces résumés et ces passages soient examinés par la Chambre et contiennent, lorsque les circonstances le permettent⁶, les éléments à charge présentés dans le témoignage de manière à ce que la Défense puisse poursuivre la préparation de son dossier. Dès que des mesures de protection suffisantes auraient été prises, plus rien n'empêcherait l'Accusation de finir de communiquer sans plus attendre l'identité de son témoin, ainsi que sa déclaration ou les transcriptions de sa déposition.⁷ »⁸

7. La Défense souligne son droit de connaître à temps l'identité des personnes qui doivent venir témoigner à charge de M. Mathieu Ngudjolo. Pour assurer à l'accusé un procès équitable et transparent, et éviter des suspicions légitimes, il est nécessaire que le Procureur demande dès à présent à l'Unité de protection des victimes et des témoins des mesures utiles à la protection des témoins de l'Accusation. L'Unité de protection des victimes et des témoins doit faire preuve de diligence pour mettre rapidement en œuvre ces mesures afin que la Défense ait accès à toutes les informations nécessaires lui permettant de mener ses propres enquêtes et d'assurer une protection pleine et entière des droits de l'accusé. Nous trouvant théoriquement à quelques mois du début du procès, il est temps que ces mesures soient déjà déployées pour éviter de handicaper l'accomplissement de la mission de la Défense.

⁶ « Si les informations en question ne permettent pas d'identifier le témoin. » : note de bas de page 2 du Rapport du Procureur.

⁷ « Hormis tout élément d'information supprimé tel qu'il est prévu à la règle 81 du Règlement de procédure et de preuve. » : note de bas de page 3 du Rapport du Procureur.

⁸ ICC-01/04-01/07-882, Traduction fournie par le Procureur, paragraphe 4.

8. Dans le paragraphe 5 de son rapport, le Procureur évoque « *l'hypothèse où le Bureau du Procureur et l'Unité d'aide aux victimes et aux témoins ne s'accorderaient pas sur les mesures de protection non judiciaires à prendre ou sur la question de savoir si le témoin doit ou non bénéficier du programme de protection des témoins* », auquel cas, dit-il, « *il serait demandé aux chambres de trancher.* » La Défense soutient qu'il est plus que temps pour le Procureur d'amorcer ces pourparlers avec l'Unité d'aide aux victimes et aux témoins pour aboutir à un accord ou, en cas de désaccord, faire intervenir la Chambre. Tout retard accumulé dans ce domaine aura pour conséquence de retarder l'ouverture du procès car, selon toute équité, celui-ci ne pourra pas commencer tant que la Défense n'aura pas en sa possession tous les éléments lui permettant de réaliser efficacement ses enquêtes, en ce compris l'identité des témoins à charge.
9. Au paragraphe 6, le Procureur parle de « *témoins qui ne seraient pas disposés à bénéficier du programme de protection de la CPI ni d'autres formes de protection judiciaire* », et au sujet desquels il « *propose que soient prises des mesures permettant de trouver un équilibre entre, d'une part, la capacité de la Défense à remonter à la source des éléments à charge et, d'autre part, la sécurité du témoin.* » Il ajoute que « *la non-divulgation de l'identité d'un témoin⁹ jusqu'à une échéance convenue avant qu'il ne dépose (appelée également « communication progressive ») est une mesure équitable qui a déjà été retenue comme solution acceptable pour la communication d'informations dans des affaires portées devant les tribunaux pénaux internationaux ad hoc.* »¹⁰ Il finit par affirmer « *qu'en ne communiquant à la Défense l'identité d'un témoin que 30 jours avant la date prévue pour sa déposition, ou qu'au début de la procédure de « préparation » du témoin à La Haye avant l'audience, celle-ci jouira de toute la souplesse voulue pour préparer son dossier.* »¹¹
10. La Défense note d'abord que le Procureur ne précise pas pourquoi certains témoins « *ne seraient pas disposés à bénéficier du programme de protection de la CPI ni d'autres formes de protection judiciaire* ». De quels témoins s'agit-il ? Ensuite, la Défense s'inscrit en faux contre cette proposition qui consiste à lui divulguer l'identité de témoins alors que le procès a déjà commencé. L'équipe de la Défense est tellement restreinte qu'elle devra

⁹ « L'Accusation communiquerait toutefois une version de la déclaration du témoin qui aurait été résumée ou expurgée avant d'être approuvée » : note de bas de page 4 du rapport du Procureur.

¹⁰ ICC-01/04-01/07-882, Traduction fournie par le Procureur, paragraphe 6.

¹¹ ICC-01/04-01/07-882, Traduction fournie par le Procureur, paragraphe 8.

restée soudée et concentrée au suivi du déroulement du procès. Elle ne pourra pas, en plein procès, se partager entre le suivi assidu des audiences et les enquêtes sur terrain. Il est donc nécessaire que le Procureur divulgue à la Défense tous les éléments, y compris les identités de tous les témoins, au plus tard 5 à 6 mois avant le début du procès. Durant ces 5 ou 6 mois, délai déjà très court au regard des années dont a disposé l'Accusation pour ficeler son dossier, la Défense pourra diligenter quelques enquêtes utiles et indispensables à l'accomplissement de sa mission.

III. Dispositions légales énervées par les propositions du Procureur

11. La proposition avancée par le Procureur de divulguer à la Défense l'identité des témoins à charge 30 jours avant leur comparution et déposition devant la Chambre est contraire aux droits de la Défense. Elle viole de façon flagrante les dispositions des articles 67-1-b du Statut de la CPI qui reconnaît à l'accusé le droit de « *disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense* » ; et 68-1 qui prescrit que les mesures de protection et de participation au procès des victimes et des témoins « *ne doivent être ni préjudiciables ni contraires aux droits de la défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial.* »
12. Cette proposition viole également l'esprit de la règle 76-1 du RPP de la CPI qui dispose : « *Le Procureur communique à la Défense le nom des témoins qu'il entend appeler à déposer et une copie de leurs déclarations. Il le fait suffisamment tôt pour que la défense ait le temps de se préparer convenablement.* »
13. La question qui se pose ici est la suivante : à quoi la défense doit-elle *se préparer convenablement* ? La réponse est évidente : au procès. Or, selon toute logique, on ne peut pas se préparer convenablement au procès pendant le procès. La préparation se déroule et doit se réaliser avant le procès.
14. A cet égard, il convient de mentionner que cette règle 76-1 du RPP de la CPI a été inspirée par l'article 69 du RPP du TPIY qui est clair dans sa formulation et qui dispose : « *Protection des victimes et des témoins*
A) *Dans des cas exceptionnels, le Procureur peut demander à un juge ou à la Chambre de première instance d'ordonner la non-divulgence de l'identité d'une victime ou*

d'un témoin pour empêcher qu'ils ne courent un danger ou des risques, et ce jusqu'au moment où ils seront placés sous la protection du Tribunal.

- B) *En déterminant les mesures de protection destinées aux victimes ou témoins, le juge ou la Chambre de première instance peut consulter la Section d'aide aux victimes et aux témoins.*
- C) *Sans préjudice des dispositions de l'article 75 ci-dessous, **l'identité de cette victime ou de ce témoin devra être divulguée avant le commencement du procès et dans des délais permettant à la défense de se préparer.*** » (Souligné par nous.)

Et l'article 75 A) de préciser : « *Un juge ou une Chambre peut, d'office ou à la demande d'une des parties, de la victime, du témoin intéressé ou de la Section d'aide aux victimes et aux témoins, ordonner des mesures appropriées pour protéger la vie privée et la sécurité de victimes ou de témoins, **à condition toutefois que lesdites mesures ne portent pas atteinte aux droits de l'accusé.*** » (Souligné par nous.)

15. C'est cet article 69 du RPP du TPIY qui a inspiré le législateur au moment de la finalisation du Règlement de procédure et de preuve de la CPI le 30 juin 2000 avec son adoption par accord général entre Etats¹².

16. Selon l'esprit de la loi, découlant des travaux préparatoires¹³ et concordant avec toute logique, le Procureur doit divulguer à la Défense les identités des témoins qu'il entend appeler à déposer *suffisamment tôt **avant le commencement du procès** pour que la défense ait le temps de se préparer convenablement.*

17. En effet, l'identité des témoins à charge est un élément essentiel à la préparation d'une défense pleine et entière de l'accusé. La Défense doit disposer du temps suffisant avant le début du procès pour, par exemple, vérifier les antécédents qu'auraient certains témoins avec l'accusé et établir les motifs qu'auraient ces derniers à déposer contre l'accusé. Si le Procureur retarde la divulgation à la Défense de l'identité des témoins à charge, il prend la lourde responsabilité de retarder le début du procès, car, en toute équité, celui-ci ne peut

¹² Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court, UN Doc. PCNICC/2000/1, 2 November 2000, and its Addenda A and 2, setting out the Rules of Procedure and Evidence and the Elements of Crimes, as adopted.

¹³ PCNICC/1999/1.3/Rev.1, Rapport de la Commission préparatoire sur sa première session (16-26 février 1999), 2 mars 1999.

pas commencer avant que la Défense ne soit en possession de ces renseignements pertinents.

IV. Jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux mise à mal par les propositions du Procureur

18. La Défense voudrait souligner dès l'abord qu'elle est tenue au respect du secret professionnel. Elle peut recevoir, à titre confidentiel, les informations relatives à l'identité des témoins à charge. Elle ne doit pas, en cette matière, être traitée comme le public. La Chambre d'appel de la Cour Pénale Internationale a eu à faire cette distinction entre les parties et le public dans son Arrêt du 13 mai 2008 dont le paragraphe 71 argumente :

« Dans les circonstances à l'examen en l'espèce, on ne peut autoriser la non-communication de certains renseignements en vertu de la règle 81-4 que si, tout d'abord, leur communication mettrait la personne concernée en danger. S'agissant du risque allégué de mise en danger, la Chambre préliminaire doit tenir compte des éléments suivants :

- a) Le danger allégué doit impliquer un risque objectivement justifiable pour la sécurité de la personne concernée ;*
- b) Ce risque doit découler de la communication de renseignements précis à la Défense, et non au grand public. La Chambre devrait déterminer, entre autres, si le danger pourrait être écarté s'il était décidé que les parties doivent respecter la confidentialité des renseignements en question. Dans le cadre de cette évaluation, il convient de tenir compte de la situation du suspect concerné et, entre autres, de déterminer s'il existe des éléments indiquant qu'il est susceptible de transmettre lesdits renseignements à des tiers ou d'agir de telle sorte qu'il fasse courir un risque à la personne en question.»¹⁴*

19. Il importe par ailleurs de souligner que lorsque les deux séries des droits pertinents, ceux relatifs à la protection des témoins et ceux des accusés à un procès équitable et impartial, sont mis en balance, ces derniers doivent prévaloir à l'heure de l'ouverture du procès. C'est ce qui ressort notamment de la jurisprudence du TPIY où l'on peut lire :

¹⁴ CPI, Chambre d'Appel, « Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision de la Chambre préliminaire I intitulé "Première décision relative à la requête de l'Accusation aux fins d'autorisation d'expurger des déclarations de témoins" », 13 mai 2008, ICC-01/04-01/07-475 paragraphe 71.

*« The Prosecution asserts that the duty to provide for the protection and privacy of the witnesses is an affirmative one. The measures which are appropriate should be determined after balancing the right of the accused to a fair and public trial and the protection of victims and witnesses. These propositions are uncontroversial. What is clear from the Statute and Rules of the Tribunal is that the rights of the accused are given primary consideration, with the need to protect victims and witnesses being an important but secondary one ».*¹⁵

20. C'est en reconnaissant la primauté des droits des accusés que la Chambre de Première Instance I a décidé, dans l'affaire Lubanga, que les parties peuvent divulguer des informations confidentielles à des tiers dans la mesure où cela est « *truly necessary for the preparation and presentation of the case* ». Les dites personnes du public pourraient être amenées à signer un accord de confidentialité.¹⁶

21. Pour permettre à la Défense de disposer du temps nécessaire à la préparation de la défense de l'accusé, le Procureur doit donc lui divulguer l'identité des témoins à charge suffisamment longtemps avant le début du procès et non pas pendant le procès.

22. On peut utilement évoquer la décision de la Chambre de première instance I du TPIY qui a imposé au procureur de communiquer les identités de certains témoins à la Défense avant le début du procès en s'appuyant sur ce motif :

*« La philosophie qui imprègne le Statut et le Règlement du Tribunal paraît claire : les victimes et les témoins méritent protection, vis-à-vis de l'accusé, durant le déroulement des procédures préliminaires et jusqu'à un intervalle raisonnable avant le début du procès proprement dit ; mais à compter de ce dernier moment c'est le droit de l'accusé à un procès équitable qui doit prendre préséance et exigera que soit levé en sa faveur le voile de l'anonymat, même si ce voile doit continuer d'obstruer la vue du public et des médias. »*¹⁷

¹⁵ TPIY, Procureur c/ Milosevic, « Decision on prosecution motion for provisional protective measures pursuant to rule 69 », 19 February 2002, para 23.

¹⁶ ICC-01/04-01/06-1372, 3 juin 2008 paragraphes 9 et 12.

¹⁷ TPIY, Chambre de première instance I, Affaire IT-95-14-T, Le Procureur c/ T. Blaskic, Décision sur la requête du Procureur en date du 17 octobre 1996 aux fins de mesures de protection des victimes et des témoins, 5 novembre 1996.

23. Une position plus nette encore a été exprimée dans l’Affaire Milosevic où les juges ont établi en ces termes les critères d’application de l’article 69-A du Règlement de procédure et de preuve¹⁸ :

« [Le] délai, avant le procès, dans lequel il convient de communiquer à l’accusé l’identité des victimes et des témoins (...) la date-butoir du délai de préparation accordé à la Défense doit être la date d’ouverture du procès et non celle de la comparution des témoins ; la définition du délai raisonnable varie en fonction de la catégorie particulière à laquelle appartient le témoin. »¹⁹

24. Ainsi, si le délai raisonnable peut varier, la « date-butoir » reste invariablement « la date d’ouverture du procès ». La Chambre de première instance I du TPIR dans les affaires Rutaganda, Akayesu et Musema a également retenu cette date-butoir.²⁰

25. Bien plus, une Chambre du TPIY a souligné que le délai de 30 jours avant le début du procès pouvait être problématique :

« The Trial Chamber does not believe that it is possible to lay down in advance any particular period which would be applicable to all cases. Everything will depend upon the number of witnesses to be investigated, and the circumstances under which that investigation will have to take place. Some accused may have better resources of their own than others, depending upon their position prior to their arrest. That period can only be determined after the protective measures are in place. However, from evidence given in other cases, the Trial Chamber accepts that the pre-trial investigation process in which any defence team is involved is a difficult one, and that (unless very few witnesses have been made the subject of protection orders) a period somewhat longer than thirty days before the trial is likely to be necessary in most cases if the accused is to be properly ready for trial ». ²¹

¹⁸ Cité supra.

¹⁹ TPIY, Chambre de première instance, Affaire IT-02-54, Le Procureur c. S. Milosevic, *Décision relative à la requête de l’Accusation aux fins de mesures de protection provisoires en application de l’article 69 du Règlement*, 19 février 2002, §26.

²⁰ Voir ICTR-96-13-T, Trial Chamber I, The Pros. v. A. Musema, *Decision on the Prosecutor’s motion for witness protection*, 20 November 1998, §7 ; ICTR-96-3-T, Trial Chamber I, The Pros. v. G.A.N. Rutaganda, *Decision on the preliminary motion submitted by the Prosecutor for protective measures for witnesses*, 26 September 1996 ; ICTR-96-4-T, Trial Chamber I, The Pros. v. J-P Akayesu, *Decision on the preliminary motion submitted by the Prosecutor for protective measures for witnesses*, 27 September 1996.

²¹ TPIY, Procureur c/ Brdjanin and Talic, *Decision on Motion by Prosecution for Protective Measures*, 3 July 2000, para 38.

V. Préjudice grave encouru par la Défense de Mathieu Ngudjolo

26. Dans le contexte particulier de la présente Affaire, vu les difficultés inhérentes à la situation actuelle de la R.D.Congo, la divulgation de l'identité de témoins 30 jours avant leur déposition ne laisse pas le temps nécessaire à la Défense de se préparer.
27. Compte tenu de la petitesse de l'équipe de la Défense, celle-ci n'est pas en mesure de mener de telles enquêtes pendant le déroulement du procès, le Conseil ne pouvant, durant ce temps fort de l'accomplissement de sa mission, ni se rendre lui-même au Congo, ni se priver de la proche et indispensable collaboration d'un des membres de l'équipe en le dépêchant sur le terrain sans possibilité d'un suivi efficace.
28. La non divulgation à temps de l'identité de témoins affaiblira ainsi davantage la Défense en la mettant dans l'impossibilité d'analyser le dossier de l'Accusation dans son entièreté avant le début du procès, de concevoir et de mener des enquêtes appropriées, de rechercher des témoins à décharge en parfaite connaissance de cause et de préparer efficacement les contre-interrogatoires des témoins à charge.

VI. Conclusion

29. La Défense sollicite respectueusement de la Chambre qu'Elle enjoigne au Procureur :

- de prendre immédiatement toutes dispositions, avec l'Unité de protection des victimes et des témoins, pour arrêter et mettre en œuvre les mesures nécessaires à la protection des témoins appelés à venir déposer devant la Chambre à charge des accusés ;
- de communiquer à la Défense tous les éléments à charge, y compris les identités des témoins, au plus tard 5 à 6 mois avant le début du procès.

ET CE SERA JUSTICE.



Me Jean-Pierre Kilenda Kakengi Basila
Conseil principal

Fait le 20 février 2009

A Bruxelles