



Original : français

N° : ICC-01/04-01/07

Date : 27 mars 2009

LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE II

**Composée comme suit : M. le juge Bruno Cotte, 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

**Observations de la Défense de Mathieu Ngudjolo suite à la décision intitulée
« Order concerning the Presentation of Incriminating Evidence
and the E-court Protocol »**

Origine : 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

Mr Eric MacDonald

Le conseil de la Défense de M.Katanga

Me David Hooper

Me Andreas O'Shea

Le conseil de la Défense de M.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

Me Vincent Lurquin

Ms Flora Mbuyu Anjelani

Les représentants légaux des demandeurs

Les victimes non représentées

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

Le Bureau du conseil public pour les victimes

Mme Paolina Massida

Le Bureau du conseil public pour la Défense

Mr Keita

Les représentants des États

L'amicus curiae

GREFFE

Le Greffier et greffier adjoint

Mme Silvana Arbia et Mr Didier Preira

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. Bref exposé introductif

1. Le 13 mars 2009, la Chambre de Première Instance II (ci-après « la Chambre ») a rendu une ordonnance publique intitulée « *Order concerning the Presentation of Incriminating Evidence and the E-court Protocol* »¹. Dans le cadre de cette ordonnance, la Chambre invitait la Défense à soumettre ses observations sur la possibilité d'examiner toutes les questions relatives à la pertinence et à la recevabilité des éléments de preuve qui lui sont déjà connues, ceci avant le début du procès au fond².

2. La Défense de Monsieur Ngudjolo (ci-après « la Défense ») remercie la Chambre pour son souci de bonne administration de la justice. Par la présente soumission, la Défense entend faire valoir ses observations afin de répondre à l'ordonnance susmentionnée.

II. Observations de la Défense

2.1. Distinction entre pertinence et recevabilité d'un élément de preuve et conséquences en termes de contestations par la Défense

3. Dans l'ordonnance du 13 mars 2009, il ne ressort pas une nette distinction entre pertinence et recevabilité d'un élément de preuve. La Défense expose respectueusement que, pour répondre adéquatement à la question de la Chambre, cette distinction est de première importance. L'article 69 paragraphe 4 du Statut de Rome précise : « *La Cour peut se prononcer sur la pertinence et l'admissibilité de tout élément de preuve conformément au Règlement de procédure et de preuve, en tenant compte notamment de la valeur probante de cet élément de preuve et de la possibilité qu'il nuise à l'équité du procès ou à une évaluation équitable de la déposition d'un témoin* ». Par ailleurs,

¹ ICC-01-04-01-07-956.

² Ibidem, paragraphe 37.

la règle 63 paragraphe 2 du RPP confère une entière discrétion à la Chambre pour « *évaluer librement tous les moyens de preuve présentés en vue d'en déterminer la pertinence ou l'admissibilité comme le prévoit l'article 69* ».

4. Comme le souligne Anne-Marie La Rosa, les deux critères guidant la recevabilité d'un élément de preuve sont la pertinence et la valeur probante³. Madame La Rosa définit la valeur probante : « *[elle] caractérise un élément de preuve qui tend à établir le bien-fondé de faits ou de moyens invoqués par une partie et qui, en conséquence est de nature à influencer sur la décision à rendre*⁴ ». Concernant la pertinence d'un élément de preuve, elle précise : « *la pertinence implique un certain degré de valeur probante. Un fait est pertinent par rapport à un autre s'il existe entre eux 'une connexité, un lien qui permette de supposer par inférence que l'un existe si l'autre existe*⁵ ». A l'estime de la Défense, un troisième élément s'ajoute à la pertinence et à la valeur probante : cet élément touche à la fiabilité et partant à l'authenticité d'un élément de preuve.

5. La Défense tient à rappeler avec force que la charge de la preuve repose sur le Procureur qui doit prouver la recevabilité, la pertinence et la valeur probante des éléments de preuve qu'il présente dans le cadre du procès contre Monsieur Ngudjolo. Cette détermination ne peut être rapportée de manière générale et abstraite mais au contraire, elle doit faire l'objet d'une démonstration au cas par cas pour chaque élément de preuve. Le Procureur ne peut se contenter de verser l'élément de preuve au dossier pour considérer que sa recevabilité est établie. Par conséquent, la problématique de la contestation des éléments de preuve avant même que le Procureur en ait démontré la recevabilité, la pertinence et la valeur probante, semble être une question contre nature. En effet, la Défense soumet qu'elle n'a pas à supporter la charge de la preuve en contestant tel ou tel élément de preuve si le Procureur n'en a pas établi la recevabilité au préalable. L'article 67 paragraphe 1 i) du

³ A.-M. LA ROSA, *Juridictions pénales internationales, la procédure et la preuve*, PUF, Paris, 2003, p.351.

⁴ Ibidem p.352.

⁵ Ibidem p.352.

Statut est particulièrement clair, l'accusé doit disposer du droit de : *« ne pas se voir imposer le renversement du fardeau de la preuve ni la charge de la réfutation »*.

6. La Défense rappelle à l'attention de la Chambre que Mathieu Ngudjolo plaide non coupable. Cela veut dire qu'il rejette tous les éléments de preuve produits par le Bureau du Procureur tendant à établir sa responsabilité pour les crimes qui lui sont injustement imputés.

7. La Défense attend voir quelle utilisation le Procureur fera de chaque élément de preuve pour pouvoir les contester à bon escient. Elle estime qu'à ce stade de la procédure, elle ne peut pas se voir imposer cet exercice. La Défense souligne donc que c'est au cours du procès qu'elle contestera la recevabilité, la pertinence et la valeur probante de chaque élément de preuve présenté par le Procureur. Sur ce point, Madame La Rosa soulignait à juste titre : *« la détermination de la valeur probante et de la pertinence d'un élément de preuve s'effectue au moment du procès. Les juges ont dès lors l'opportunité d'examiner un élément de preuve, de le placer dans le contexte du procès et de l'exclure par la suite s'il est largement inférieur à l'exigence d'un procès équitables⁶ »*.

8. Néanmoins, il existe des éléments de preuve portant sur des problèmes de recevabilité intrinsèques. La Défense renvoie ici à l'article 69 paragraphe 7 du Statut qui précise : *« Les éléments de preuve obtenus par un moyen violant le présent Statut ou les droits de l'homme internationalement reconnus ne sont pas admissibles : a) Si la violation met sérieusement en question la crédibilité des éléments de preuve ; ou b) Si l'admission de ces éléments de preuve serait de nature à compromettre la procédure et à porter gravement atteinte à son intégrité »*. Dans l'affaire qui nous occupe, la Défense fait notamment référence à la recevabilité d'éléments de preuve liés aux dépositions de personnes décédées. Pour cette question et d'autres restants à identifier, la Défense pourrait, avant le début du procès, saisir la Chambre par voie de requête en irrecevabilité

⁶ Ibidem p.352.

d'éléments de preuve. Elle renvoie néanmoins au point 2.3 *infra* pour les contingences d'un tel travail.

2.2. La différence de niveau d'appréciation en phase préliminaire et en phase de procès sur la recevabilité d'un élément de preuve

9. La Défense relève que dans son ordonnance du 13 mars 2009, la Chambre affirme : *"the Chamber cannot simply ignore the decisions by the Pre-Trial Chamber, considering that the latter is bound to apply the same criteria as the Chamber in evaluating the relevance and admissibility of evidence. Accordingly, even though the Chamber is not bound by any evidentiary rulings made by the Pre-Trial Chamber, the Chamber will only depart from a previous ruling on a challenge to the admissibility of a particular item of evidence where there are compelling reasons to do so"*. La Défense soumet respectueusement son désaccord avec la Chambre dans la mesure où celle-ci ne différencie pas entre le niveau requis pour la recevabilité d'un élément de preuve au stade préliminaire de la procédure pénale de celui exigé au stade du procès.

10. La Chambre de première instance II n'a pas manqué de rappeler les dispositions statutaires et réglementaires qui lui donnent l'autorité absolue pour statuer sur des questions de procédure et sur l'admissibilité et la pertinence des éléments de preuve. Il convient d'évaluer l'objectif d'un tel pouvoir. Conformément à l'article 74 paragraphe 2 du Statut, la Chambre de première instance fonde sa décision relative à la culpabilité ou l'innocence d'un accusé sur son appréciation des preuves et sur l'ensemble des procédures, les juges s'appuyant exclusivement sur les preuves produites et examinées au procès.

11. Eu égard à ce cadre statuaire et réglementaire, la Défense soumet avec respect que le niveau des critères requis pour l'admission d'un élément de preuve aux fins

⁷ ICC-01/04-01/07-956, op.cit., paragraphe 36.

de l'audience de confirmation des charges ne s'identifie pas aux exigences requises pour statuer sur la culpabilité ou l'innocence d'un accusé. Tant la décision confirmative des charges prise à l'encontre de Monsieur Lubanga⁸ que celle émise dans l'affaire qui nous concerne⁹ relèvent la limitation exclusive de la recevabilité des éléments de preuve aux fins de l'audience de confirmation des charges. La Chambre préliminaire, dans le respect de l'article 61 paragraphe 7 du Statut¹⁰, avait d'ailleurs rappelé au préalable et à plusieurs reprises le caractère circonscrit et la portée limitée de l'audience de confirmation des charges : à savoir l'établissement de motifs substantiels de croire qu'un suspect a commis les crimes mis à sa charge¹¹. Partant, la Défense estime que le niveau d'exigence par rapport à un élément de preuve est *de facto* inférieur dans le cadre de la confirmation des charges que dans la phase de procès. La responsabilité des juges est largement supérieure au stade du procès : le fond de l'affaire va être abordé dans tous ses aspects (procéduraux, factuels et juridiques). Par conséquent, le travail d'examen relatif à la pertinence, la force probante et la recevabilité d'un élément de preuve ne peut être purement et simplement assimilé au stade préliminaire nécessaire à la confirmation des charges.

⁸ Affaire le Procureur contre Thomas Lubanga Dyilo, Chambre préliminaire I, *Décision relative à la confirmation des charges* ICC-01/04-01/06-803, 29 janvier 2007, paragraphe 40. Voir également : le Procureur contre Thomas Lubanga Dyilo, Chambre préliminaire I, *Décision relative au calendrier et au déroulement de l'audience de confirmation des charges*, ICC-01/04-01/06-678-tFR, 7 novembre 2006, p.9 : « [tout élément de preuve figurant dans l'inventaire des preuves de l'Accusation et de la Défense] doit être admis comme élément de preuve aux fins de l'audience de confirmation des charges, à moins qu'il n'ait été jugé expressément irrecevable par la Chambre à la suite d'une contestation soulevée par l'un quelconque des participants à l'audience ».

⁹ Chambre préliminaire I, *Décision relative à la confirmation des charges*, ICC-01/04-01/07-717-tFRA, 30 septembre 2008, paragraphe 71 : « La Chambre rappelle qu'en cas de confirmation des charges portées contre les suspects, toute décision relative à l'admissibilité d'un élément de preuve particulier aux fins de l'audience de confirmation des charges et de la présente décision n'empêchera aucunement la prise d'une autre décision sur son admissibilité à un stade plus avancé de la procédure parce que « l'admission d'éléments de preuve [à la phase préliminaire] se fait sans préjudice de l'exercice par la Chambre de première instance de ses fonctions et pouvoirs d'évaluation finale de l'admissibilité et de la valeur probante de tout élément »

¹⁰ Pour rappel cet article stipule : « À l'issue de l'audience, la Chambre préliminaire détermine s'il existe des preuves suffisantes donnant des motifs substantiels de croire que la personne a commis chacun des crimes qui lui sont imputés (...) ».

¹¹ Voir par exemple, ICC-01/04-01/06-803, op.cit., paragraphe 37 ; ICC-01/04-01/07-717-tFRA, op.cit., paragraphe 63.

12. Le Statut de Rome reconnaît lui-même cette distinction, notamment en autorisant le Procureur à recourir à l'usage de résumés aux fins de l'audience de confirmation des charges¹². La Chambre préliminaire, elle-même a estimé à plusieurs reprises que l'audience de confirmation des charges et le procès sont de nature différente et appliquent des règles différentes en matière de preuve¹³. La Chambre préliminaire I avait notamment clairement spécifié : « *qu'en matière de preuve, la règle énoncée à l'article 61-5 du Statut cadre avec la portée limitée de l'audience de confirmation des charges et des débats sur la preuve qui s'y tiennent ; que cette règle ne s'applique qu'aux fins de l'audience des charges ; et que comme elle constitue une disposition spéciale, elle prend le pas, aux fins de l'audience de confirmation des charges, sur les dispositions générales en la matière prévues à l'article 69 du Statut*¹⁴ ». Par ailleurs, la Chambre préliminaire avait explicitement affirmé que : *"the Pre-Trial Chamber neither has the competence to decide upon the admissibility of evidence at trial nor is the confirmation hearing the appropriate stage to debate the admissibility at trial of the evidence on which the parties intend to rely at the confirmation hearing"*¹⁵.

13. La Chambre d'appel n'a pas manqué de confirmer la position prise par la Chambre préliminaire, en précisant : « *At the confirmation hearing, the suspect has the right to challenge the evidence presented by the Prosecutor (article 61 (6) (b) of the Statute). As a corollary to this right, the suspect has a right to be informed, prior to the hearing, of the evidence on which the Prosecutor intends to rely (article 61 (3) (b) of the Statute). The right to challenge the evidence, however, must be understood in the context of the confirmation hearing, which does not amount to a determination of the guilt or innocence of the suspect. Pursuant to article 61 (7) (a) of the Statute, the Pre-Trial Chamber shall confirm those*

¹² Article 61 paragraphe 5 du Statut.

¹³ Voir par exemple Chambre préliminaire I, *Décision relative à l'admissibilité, aux fins de l'audience de confirmation des charges, des transcriptions de l'entretien avec le témoin 12, aujourd'hui décédé*, ICC-01/04-01/07-412-tFRA, 18 avril 2008, p.5.

¹⁴ Ibidem. Voir également Chambre préliminaire I, *Decision on the Defences' Applications for Leave to Appeal the "Decision on the admissibility for the confirmation hearing of the transcripts of interview of deceased witness 12"*, ICC-01/04-01/07-496, 22 mai 2008, p.7.

¹⁵ Ibidem, p.7-8.

charges in relation to which it has determined that there is sufficient evidence to establish substantial grounds to believe that the suspect committed the crime charged. As the threshold for the confirmation of the charges is lower than for a conviction, the Prosecutor may be able to convince the Pre-Trial Chamber that the threshold for the confirmation of the charges has been reached even if the reliability of the witnesses and other evidence was not fully tested¹⁶”.

Cet arrêt de la Chambre d’appel démontre à quel point le contrôle judiciaire par la Chambre de première instance ne peut se limiter à celui effectué par la Chambre préliminaire.

14. La Défense constate que dans le cadre de l’affaire le Procureur contre Thomas Lubanga Dyilo, la Chambre de première instance I avait certes relevé qu’elle ne devrait revenir sur les décisions de la Chambre préliminaire que si cela est nécessaire¹⁷. Néanmoins, la Défense attire l’attention de la Chambre de première instance II sur le fait qu’il s’agissait en réalité d’une position qui avait emporté l’accord des parties, *quod non in casu*.

15. Enfin, la Défense tient à souligner que relativement à certains éléments de preuve, la Chambre préliminaire I lui avait reproché de se référer à la jurisprudence qui ne serait applicable qu’en phase de procès¹⁸. Ce reproche démontre à l’évidence la réalité du postulat présenté par la Défense : le niveau d’admissibilité d’un élément de preuve à la phase préliminaire n’équivaut pas à celui requis devant la Chambre de première instance.

¹⁶ Affaire le Procureur contre Thomas Lubanga Dyilo, Chambre d’appel, *Judgment on the appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled “Second Decision on the Prosecution Requests and Amended Requests for Redactions under Rule 81”*, ICC-01/04-01/06-774, 14 décembre 2006, paragraphe 47.

¹⁷ Affaire le Procureur contre Thomas Lubanga Dyilo, Chambre de première instance I, *Décision relative au statut, devant la Chambre de première instance, des témoignages entendus par la Chambre préliminaire et des décisions de la Chambre préliminaire dans le cadre des procédures de première instance, et aux modalités de présentation des éléments de preuve*, ICC-01/04-01/06-1084-tFR, 13 décembre 2007, paragraphe 6.

¹⁸ ICC-01/04-01/07-412-tFRA, op.cit., p.6.

2.3. Implications de la contestation de l'irrecevabilité des éléments de preuve pour le travail de la Défense

16. Outre les considérations juridiques développées ci-dessus, la Défense souhaite porter à la connaissance de la Chambre plusieurs contraintes qui l'empêchent de contester la recevabilité de l'ensemble des éléments de preuve soumis à la Chambre dès avant le début du procès. Ces contraintes relèvent de trois ordres distincts.

17. Premièrement, la Défense estime que, comme mentionné supra, la pertinence et la recevabilité ne peuvent pas être appréciées *in abstracto* mais que, au contraire, l'usage et la présentation des éléments de preuve qui seront faits par le Bureau du Procureur durant le procès seront déterminants. Par conséquent, il reviendra à la Défense de soulever au stade du procès les questions de recevabilité liées à ces éléments de preuve. La priver d'un tel droit serait à l'évidence contraire au prescrit de l'article 61 paragraphe 1 du Statut gouvernant l'équité du procès devant la Cour.

18. Deuxièmement, la Défense expose que, vu sa composition réduite (un conseil principal, un co-conseil, un assistant conseil et un gestionnaire de dossier), elle ne dispose nullement des ressources suffisantes pour traiter, en intégralité et avant le début du procès, l'ensemble des questions liées à la recevabilité. En outre, tant la demande de l'Accusation aux fins de reporter la communication du tableau relatif aux documents incriminants¹⁹ que sa demande d'autorisation d'interjeter appel²⁰ relativement à l'ordonnance intitulée « *Order concerning the Presentation of*

¹⁹ Chambre de première instance II, *Prosecution's Application for Extension of Time Limit Pursuant to Regulation 35 to Submit a Table of Incriminating Evidence and related material in compliance with Trial Chamber II 'Order concerning the Presentation of Incriminating Evidence and the E-Court Protocol'*, ICC-01-04-01-07-969, 19 mars 2009.

²⁰ Chambre de première instance II, *Prosecution's Application for Leave to Appeal the Order concerning the Presentation of Incriminating Evidence and the E-court Protocol*, ICC-01-04-01-07-956, 23 mars 2009.

Incriminating Evidence and the E-court Protocol »²¹ auront un impact sur le temps et les dispositions octroyés à la Défense pour identifier et contester les problèmes éventuels relatifs aux moyens de preuve. Il va sans dire que la Défense peut difficilement, avant le procès (sauf à postposer celui-ci de plusieurs mois), faire face à une telle charge de travail en plus des tâches en cours (suivi de la divulgation des éléments de preuve à charge, PEXO et tombant sous le champ d'application de la règle 77 du RPP, analyses juridiques et factuelles, recherches juridiques, recherches factuelles, préparation et exécution de missions d'enquêtes, soumissions juridiques diverses, etc.).

19. Troisièmement, la Défense estime que, quelle que soit la décision de la Chambre, elle ne peut perdre le droit de revenir sur la recevabilité, la pertinence et la force probante d'éléments de preuve au stade du procès. En effet, outre la problématique liée à la présentation et l'utilisation des éléments de preuve par le Bureau du Procureur, la Défense soit par manque de temps, soit par manque de ressources, ne peut se voir déchoir du droit d'invoquer en cours de procès des moyens liés à l'irrecevabilité, la pertinence et la force probante des éléments de preuve. Car le débat contradictoire sur toutes ces questions devra se dérouler au cours du procès.

²¹ ICC-01-04-01-07-956, op.cit.

En conclusion, la Défense, pour les raisons ci-dessus exposées, sollicite respectueusement de la Chambre :

- qu'elle différencie le niveau de recevabilité, de pertinence et de valeur probante avec les critères adoptés par la Chambre préliminaire
- de ne pas contraindre la Défense à la saisir dès avant le début du procès relativement à tout problème relatif à la recevabilité, la pertinence et la valeur probante.



Jean-Pierre KILENDA KAKENGI BASILA
Conseil principal

Fait le 27 mars 2009, à Bruxelles.