



Original : français

N° : ICC-01/04-01/07

Date: 19 juin 2009

LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE II

Composée comme suit : M. le juge Bruno Cotte, Président
Mme la juge Fatoumata Dembele Diarra
M. le juge Hans-Peter Kaul

**SITUATION EN REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO
AFFAIRE
LE PROCUREUR
*c/Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui***

Public
Observations de la Défense de Mathieu Ngudjolo sur l'interprétation de la norme 42 du
Règlement de la Cour
(norme 28 du Règlement de la Cour)

Origine : Equipe de Défense de 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 Fidel Nsita Luvengika

Me Vincent Lurquin

Me Flora Ambuyu Andjelani

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

Me 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

L'Unité d'aide aux victimes et aux témoins

La Section de la détention

La Section de la participation des victimes et des réparations

Fiona McKay

Autres

I. POSITION DU PROBLEME

1. En date du 2 avril 2009, le Procureur a soumis à la Chambre de première instance II de la Cour Pénale Internationale (« la Chambre »), une requête aux fins d'expurger des documents relevant de la règle 77 du Règlement de Procédure et de Preuve (RPP). Cette requête a été déposée avec mention « *confidentielle ex parte, réservée au Procureur* »¹, tandis qu'une version publique expurgée a été notifiée à toutes les parties le 8 mai 2009.²
2. De son côté, le Bureau du conseil public pour les victimes (« BCPV ») a, dans ses écritures du 11 mai 2009³, présenté à la Chambre des « *éléments d'informations relatifs au document DRC-OTP-0207-0130* », appelant l'attention de celle-ci sur deux expurgations visées dans une annexe de la requête du Procureur et pour lesquelles la Chambre avait demandé des précisions complémentaires. « *Le BCPV a également demandé, le 20 mai 2009, à comparaître devant la Chambre en vue d'aborder des questions spécifiques relatives au témoin 7.*⁴ *Le BCPV invoque la norme 42 du Règlement de la Cour pour demander que les mesures de protection dont le témoin 7 bénéficie et qui ont été ordonnées par la Chambre de première instance I, en particulier les expurgations ci-dessus mentionnées, continuent de s'appliquer dans l'affaire actuellement suivie devant la Chambre de première instance II.* »⁵
3. Le 28 mai 2009, le Bureau du Procureur a soumis à la Chambre « *un addendum à sa requête du 2 avril 2009 aux fins d'expurgations de mentions contenues dans*

¹ Bureau du Procureur, Requête aux fins d'expurgations d'informations dans certains éléments de preuve relevant de la Règle 77 (W-007 et W-294), 2 avril 2009, ICC-01/04-01/07-1018-Conf-Exp, avec des Annexes confidentielles réservées et ex parte réservées au Procureur.

² Bureau du Procureur, Version publique expurgée du document ICC-01/04-01/07-1018-Conf-Exp du 2 avril 2009, Requête aux fins d'expurgations d'informations dans certains éléments de preuve relevant de la Règle 77 (W-007 et W-294), 8 mai 2009, ICC-01/04-01/07-1118 avec Annexes confidentielles, ex parte, réservées à l'Accusation.

³ Bureau du conseil public pour les victimes, Eléments d'informations relatifs au document DRC-OTP-0207-0130, 11 mai 2009, ICC-01/04-01/07-1126, avec une annexe confidentielle ex parte réservée au BCPV.

⁴ Bureau du conseil public pour les victimes, Demande du BCPV afin d'être autorisé en vertu de la norme 81-4-b du Règlement de la Cour à comparaître devant la Chambre dans le cadre de questions spécifiques liées aux mesures de protection au bénéfice du témoin W-007, 20 mai 2009, ICC-01/04-01/07-1160.

⁵ Chambre de première instance II, Ordonnance relative à la soumission d'écritures sur l'interprétation de la norme 42 du Règlement de la Cour (norme 28 du Règlement de la Cour), 12 juin 2009, ICC-01/04-01/07-1205, paragraphe 2.

une déposition du témoin 294 en indiquant à la Chambre qu'il s'est récemment rendu compte que cette suppression avait été déjà autorisée, de façon permanente, par la Chambre de première instance I dans une décision orale du 18 janvier 2008.⁶ Il invoque ensuite la norme 42 du Règlement de la Cour pour informer la Chambre qu'il souhaite retirer cette demande d'autorisation d'expurgation. »⁷

4. Dans son Ordonnance rendue le 12 juin 2009, la Chambre note que la norme 42-1 du Règlement de la Cour prévoit que *« les mesures de protection ordonnées en faveur d'une victime ou d'un témoin dans le cadre d'une affaire portée devant la Cour continuent de s'appliquer mutatis mutandis dans toute autre affaire portée devant la Cour ainsi qu'à l'issue de toute procédure devant la Cour, sous réserve que lesdites mesures soient révisées par une chambre. »⁸*
5. Considérant que l'interprétation qu'il convient de donner à cette norme 42 du Règlement de la Cour justifie un débat contradictoire eu égard à ses implications sur les expurgations préalablement autorisées par une Chambre et, notamment, sur les obligations de communication de pièces par les parties, la Chambre demande aux parties et aux participants de soumettre, au plus tard le 19 juin 2009 à 16 heures, leurs observations sur l'interprétation qu'il y a lieu de donner à cette norme⁹.
6. Après analyse approfondie des soumissions du Procureur¹⁰ et de l'OPCV¹¹, et ayant compris la motivation de l'Ordonnance de la Chambre du 12 juin 2009, la

⁶ Bureau du Procureur, Addendum du Bureau du Procureur à la Requête aux fins d'expurgations d'informations dans certains éléments de preuve relevant de la Règle 77 (W-007 et W-294), ICC-01/04-01/07-1018-Conf-Exp, 28 mai 2009, ICC-01/04-01/07-1117, paragraphe 3.

⁷ - *Idem*, paragraphe 4 ;

- Chambre de première instance II, Ordonnance relative à la soumission d'écritures sur l'interprétation de la norme 42 du Règlement de la Cour (norme 28 du Règlement de la Cour), 12 juin 2009, ICC-01/04-01/07-1205, paragraphe 3.

⁸ Chambre de première instance II, Ordonnance relative à la soumission d'écritures sur l'interprétation de la norme 42 du Règlement de la Cour (norme 28 du Règlement de la Cour), 12 juin 2009, ICC-01/04-01/07-1205, paragraphe 4. La Chambre précise bien, entre parenthèses, que le passage souligné ne l'est pas dans la version originale.

⁹ *Idem*, paragraphe 5 et dispositif.

¹⁰ - Bureau du Procureur, Version publique expurgée du document ICC-01/04-01/07-1018-Conf-Exp du 2 avril 2009, Requête aux fins d'expurgations d'informations dans certains éléments de preuve relevant de la Règle 77 (W-007 et W-294), 8 mai 2009, ICC-01/04-01/07-1118.

- Bureau du Procureur, Addendum du Bureau du Procureur à la Requête aux fins d'expurgations d'informations dans certains éléments de preuve relevant de la Règle 77 (W-007 et W-294), ICC-01/04-01/07-1018-Conf-Exp, 28 mai 2009, ICC-01/04-01/07-1117.

¹¹ - Bureau du conseil public pour les victimes, Eléments d'informations relatifs au document DRC-OTP-0207-0130, 11 mai 2009, ICC-01/04-01/07-1126.

Défense de Mathieu Ngudjolo (ci-après « la Défense ») résume la question qui se pose en ces trois propositions interrogatives :

- Est-ce que la Chambre de première instance II est liée par la décision de la Chambre de première instance I sur les expurgations d'informations relatives aux témoins W-007 et W-294 ?
- Est-ce que la norme 42-1 du Règlement de la Cour limite le pouvoir de la Chambre de première instance II dans l'appréciation des demandes d'expurgations des informations dans des pièces relevant de la règle 77 et relatives aux témoins W-007 et W-294 ?
- Est-ce que, d'une manière générale, la norme 42 a pour effet de faire appliquer automatiquement des mesures de protection prises par une autre Chambre dans une procédure antérieure et d'annuler le pouvoir d'appréciation de ces mesures par la Chambre saisie de l'affaire sous examen ?

7. A ces trois interrogations, la Défense répond par la **négative** pour les raisons ci-dessous développées.

II. ARGUMENTATION DE LA DEFENSE

A. Il convient de replacer la norme 42 dans le cadre de l'ordonnancement juridique global de la Cour.

8. La Défense soutient que la norme 42 du Règlement de la Cour ne doit pas être interprétée de manière isolée. Pour bien en comprendre la portée, elle doit être replacée dans le cadre de l'ordonnancement juridique global de la Cour. Celui-ci est hiérarchisé, car, aux termes de l'article 21-1-a du Statut, « *la Cour applique en premier lieu, le présent Statut, les éléments des crimes et le Règlement de procédure et de preuve...* » ; sans minimiser les autres textes juridiques fondamentaux, à savoir le Règlement de la Cour, le Règlement du Greffe et le Code de conduite professionnelle des conseils.

- Bureau du conseil public pour les victimes, Demande du BCPV afin d'être autorisé en vertu de la norme 81-4-b du Règlement de la Cour à comparaître devant la Chambre dans le cadre de questions spécifiques liées aux mesures de protection au bénéfice du témoin W-007, 20 mai 2009, ICC-01/04-01/07-1160.

9. Le Statut est le texte suprême de cet ordonnancement juridique spécifique. A telle enseigne qu'une disposition du Règlement de la Cour ne peut pas aller à l'encontre d'une prescription du Statut, en vertu précisément du principe de la hiérarchie des normes consacré par cet article 21-1-a.
10. Or, le Statut contient des dispositions pertinentes qui portent que chaque affaire est déférée devant une Chambre de première instance constituée qui, seule, est habilitée à en connaître – sauf recours devant la Chambre d'appel- et qui se voit attribuer des pouvoirs pour se faire. Il s'agit notamment des articles 61-11, 64-1, 64-2, 64-3-a, 64-3-c, 64-6-e, 64-6-f que la Défense estime utile de citer pour la clarté de son argumentation, en précisant que tous les passages soulignés en gras le sont par elle :
- Article 61-11 : « *Dès que les charges ont été confirmées conformément au présent article, la Présidence constitue une chambre de première instance qui, sous réserve du paragraphe 9 et de l'article 64, **conduit la phase suivante de la procédure et peut remplir à cette fin toute fonction de la Chambre préliminaire utile en l'espèce.*** »
 - Article 64-1 : « *Les fonctions et pouvoirs de la Chambre de première instance énoncés dans le présent article sont exercés conformément au Statut et au Règlement de procédure et de preuve.*»
 - Article 64-2 : « *La Chambre de première instance veille à ce que le procès soit conduit de façon équitable et avec diligence, dans le plein respect des droits de l'accusé et en ayant pleinement égard à la nécessité d'assurer la protection des victimes et des témoins.* »
 - Article 64-3 : « *Lorsqu'une affaire est renvoyée en jugement conformément au présent Statut, **la Chambre de première instance à laquelle elle est attribuée :***
 - a) *Consulte les parties et adopte toutes procédures utiles à la conduite équitable et diligente de l'instance ;*
 - b) *...*
 - c) *Sous réserve de toutes autres dispositions applicables du présent Statut, assure la divulgation de documents ou de renseignements encore non divulgués, suffisamment tôt avant l'ouverture du procès pour permettre une préparation suffisante de celui-ci.* »

- Article 64-6 : « *Dans l'exercice de ses fonctions avant ou pendant un procès, la Chambre de première instance peut, si besoin est :*
 - e) Assurer la protection de l'accusé, des témoins et des victimes, et*
 - f) Statuer sur toute autre question pertinente. »*

11. C'est donc la Chambre saisie de l'affaire Katanga et Ngudjolo, en l'occurrence la chambre de première instance II, qui conduit la phase préparatoire au procès et la phase du procès, et qui remplit toute fonction utile au déroulement de la procédure, en ce compris l'examen des demandes des mesures de protection des témoins et victimes, parmi lesquelles les expurgations. Elle le fait en ayant comme leitmotiv l'assurance de l'équité de la procédure et la garantie de l'équilibre entre les droits de ces derniers et ceux des accusés.

12. Aux dispositions statutaires ci-dessus citées s'ajoutent les prescrits pertinents du Règlement de Procédure et de Preuve qui est également hiérarchiquement supérieur au Règlement de la Cour. Conséquemment, aucune norme de ce dernier ne peut avoir pour vocation de violer les règles posées par le Règlement de Procédure et de Preuve.

13. Il s'avère précisément que le Règlement de Procédure et de Preuve prévoit des prescriptions claires relatives aux « *restrictions à l'obligation de communiquer des éléments de preuve* ». Il s'agit notamment de règles 81-2 et 81-4 que le Procureur a très justement évoquées à l'appui de sa requête du 02 avril 2009 et qui disposent :

- Règle 81-2 : « *Lorsqu'il est en possession ou qu'il a sous son contrôle des pièces ou renseignements qui doivent être divulgués selon le Statut, mais dont la communication peut être préjudiciable à des enquêtes en cours ou à venir, **le Procureur peut demander à la Chambre saisie de l'affaire de déterminer si ces pièces ou ces renseignements doivent être communiqués à la Défense. La Chambre entend le Procureur ex parte. Néanmoins, le Procureur ne peut par la suite produire ces pièces ou ces renseignements comme éléments de preuve à l'audience de confirmation des charges ou au procès sans que l'accusé en ait eu préalablement connaissance.*** »

- Règle 81-4 : « **La Chambre saisie de l'affaire prend, d'office ou à la demande du Procureur, de l'accusé ou de tout Etat, les mesures nécessaires pour préserver le caractère confidentiel des renseignements conformément aux articles 54, 72 et 93, et assurer la sécurité des témoins, des victimes et des membres de leur famille conformément à l'article 68, notamment en autorisant la non-divulgence de l'identité de ces personnes avant le début du procès.** »

14. On voit donc clairement que c'est à **la Chambre saisie de l'affaire**, en l'espèce la Chambre de première instance II, que le RPP reconnaît le pouvoir de décider des expurgations de certains renseignements.
15. Exerçant ce pouvoir reçu de l'article 64-3-a du Statut et des règles 81-2 et 81-4 du RPP, la Chambre de première instance II a fixé une procédure spécifique en cette matière d'expurgations et a décidé d'y faire participer toutes les parties dans le souci de conduire de façon légale, équitable et diligente l'instance.¹² Aucune autre Chambre ni aucune partie à la procédure ne peut dénier à la Chambre de première instance II cette prérogative statutaire et réglementaire.
16. C'est toujours dans le souci d'assurer la légalité et l'équité de la procédure que la Chambre de première instance II, mettant en œuvre l'article 64-3-c du Statut et les règles 81-2 et 81-4 du RPP, décide que des renseignements non encore divulgués à la Défense le soient « *suffisamment tôt avant l'ouverture du procès pour permettre une préparation suffisante de celui-ci.* »¹³
17. La Défense voudrait souligner que cet article 64-3-c du Statut ainsi que les règles 81-2 et 81-4 du RPP devraient répondre aux préoccupations exprimées par l'OPCV dans ses écritures du 11 et du 20 mai 2009. En effet, au paragraphe 6 de sa soumission du 11 mai 2009, l'OPCV argue : « *Le Bureau n'ayant pas reçu notification des annexes concernant la Requête, il n'est pas en mesure de comprendre les raisons qui sous-tendent la proposition de l'Accusation de divulguer les noms des interprètes 30 jours avant le début du procès. Cependant, le Bureau est d'avis que de telles expurgations sont nécessaires quelque soit la*

¹² Chambre de première instance II, Décision relative à la procédure d'expurgation, ICC-01/04-01/07-819, 12 janvier 2009.

¹³ Article 64-3-c du Statut

phase de la procédure.»¹⁴ Ensuite, dans sa Demande du 20 mai 2009 au paragraphe 12, « le Conseil principal [de l'OPCV] note que l'approche des Chambres de première instance I et II en matière d'expurgation diffère. En effet, à la lecture des décisions récentes rendues par la Chambre de première II, il semble que l'approche adoptée par celle-ci est d'ordonner que les expurgations demandées soient levées au plus tard 30 jours avant le début du procès, sauf au Procureur à en demander le maintien au plus tard 45 jours avant l'ouverture du procès. »¹⁵

18. Il ressort de ces deux extraits des soumissions de l'OPCV que celui-ci ne serait pas d'accord avec la Décision de la Chambre de première instance II d'imposer au Procureur la divulgation à la Défense des renseignements expurgés 30 jours avant le début du procès. A cette Décision de la Chambre de première instance II, l'OPCV préfère celle de la Chambre de première instance I et évoque la norme 42 du Règlement de la Cour qui, selon lui, imposerait à la Chambre de première instance II la décision prise par la Chambre de première instance I.
19. Ce raisonnement ne peut pas prospérer, car la norme 42 n'a pas pour vocation de réduire le pouvoir que la Chambre de première instance II tient du Statut, notamment de l'article 64-3-c, et de règles 81-2 et 81-4 du RPP.
20. Chaque affaire est une espèce. C'est pourquoi elle est dévolue à une Chambre spécifique. Que « l'approche des Chambres de première instance I et II en matière d'expurgation diffère », ne saurait ni étonner, ni troubler, car chaque Chambre raisonne et conduit le procès en tenant compte des spécificités de l'espèce qui lui est dévolue. Ceci est d'autant vrai que le Statut de la Cour Pénale Internationale ne consacre pas le régime de la pensée unique. Chaque Chambre de première instance est indépendante et conduit la procédure en respect strict des dispositions du statut et du RPP, et en considération des particularités de chaque affaire.

¹⁴ Bureau du conseil public pour les victimes, Eléments d'informations relatifs au document DRC-OTP-0207-0130, 11 mai 2009, ICC-01/04-01/07-1126, paragraphe 6.

¹⁵ Bureau du conseil public pour les victimes, Demande du BCPV afin d'être autorisé en vertu de la norme 81-4-b du Règlement de la Cour à comparaître devant la Chambre dans le cadre de questions spécifiques liées aux mesures de protection au bénéfice du témoin W-007, 20 mai 2009, ICC-01/04-01/07-1160, paragraphe 12.

21. L'approche adoptée par la Chambre de première instance II apparaît plus soucieuse du respect des droits de toutes les parties et participants : les victimes, les témoins, les accusés.
22. Dans sa soumission du 20 mai 2009, le BCPV, après avoir cité la norme 42 du Règlement de la Cour sur laquelle il appuie sa Demande, écrit : « *Or, en ce qui concerne les mesures de protection au bénéfice du témoin W-007, la Chambre de première instance I a **indiqué** que les mesures de protection ordonnées dans l'affaire Lubanga **doivent** être maintenues dans l'affaire Katanga et Ngudjolo Chui.* »¹⁶
23. L'OPCV se réfère aux « *transcriptions de l'audience du 15 mai 2009 dans l'affaire Le Procureur c. Thomas Lubanga Dylo, n° ICC-01/04-01/06-T-175-CONF-ENGRT, pp. 83-85.* »¹⁷ La Défense fait observer qu'elle n'a pas pu accéder à ces transcriptions, compte tenu de leur caractère confidentiel. Elle n'a donc pas pu vérifier ni la nature, ni les termes, ni le contenu de la Décision prise par cette Chambre, ni les renseignements dont celle-ci a décidé l'expurgation. Cette observation vaut également pour la décision orale du 18 janvier 2008 à laquelle renvoie le Procureur dans son Addendum du 28 mai 2009.¹⁸
24. Néanmoins, en analysant l'extrait cité par l'OPCV¹⁹, la Défense relève d'abord le caractère imprécis du verbe « indiquer ». « *La Chambre de première instance I a **indiqué*** » : que cela veut dire ? Est-ce un souhait ? Alors, l'usage du verbe « **doivent** » n'est pas approprié. En tout cas, une Chambre de première instance n'agit pas par « indication ». Est-ce en revanche une instruction que la Chambre de première instance I donnerait à la Chambre de première instance II ? Cette indication-instruction serait manifestement illégale car contraire aux prescrits de l'article 64-3-c du Statut et des règles 81-2 et 81-4 du RPP. La Chambre de

¹⁶ Bureau du conseil public pour les victimes, Demande du BCPV afin d'être autorisé en vertu de la norme 81-4-b du Règlement de la Cour à comparaître devant la Chambre dans le cadre de questions spécifiques liées aux mesures de protection au bénéfice du témoin W-007, 20 mai 2009, ICC-01/04-01/07-1160, paragraphe 9.

¹⁷ *Idem*, note 10.

¹⁸ Bureau du Procureur, Addendum du Bureau du Procureur à la Requête aux fins d'expurgations d'informations dans certains éléments de preuve relevant de la Règle 77 (W-007 et W-294), ICC-01/04-01/07-1018-Conf-Exp, 28 mai 2009, ICC-01/04-01/07-1117, paragraphe 3. Et en note 4, le Procureur cite : « *ICC-01/04-01/06-T-71-ENG-ET, 18 janvier 2008, pp. 1 et 4 lu conjointement avec ICC-01/04-01/06-T-72-CONF-EXP-ENG, p. 2, lignes 8-17...* »

¹⁹ Voir paragraphe 22 ci-dessus.

première instance I ne peut pas imposer ses décisions à la Chambre de première instance II. L'indépendance de chaque chambre est pleine et entière.

25. Ensuite, la Défense souligne que la Chambre de première instance I n'étant saisie que de l'affaire Lubanga et non de l'affaire jointe Katanga-Ngudjolo, elle ne doit rendre aucune décision sur cette dernière. Si elle étend ses décisions à l'affaire Katanga et Ngudjolo dont elle n'est pas saisie, elle statue *ultra petita*. Ce qui est inadmissible.

26. Dans le paragraphe 10 de la même soumission, l'auteur poursuit : « *De plus, eu égard au document DRC-OTP-0207-0130, le Conseil principal rappelle que les expurgations y appliquées ont été autorisées de manière permanente par la Chambre de première instance I.* »²⁰

27. Suivant l'OPCD dans cette logique, le Procureur a déposé, le 28 mai 2009, un *Addendum* dans lequel il écrit :

« 1. Le 2 avril 2009, le Bureau du Procureur a soumis une requête confidentielle et ex parte aux fins d'expurgation d'informations dans certains éléments de preuve relevant de la règle 77 (W-007 et W-294). Une version publique expurgée en a été déposée le 8 mai 2009.

« 2. L'accusation y demandait notamment l'autorisation d'expurger de manière temporaire, dans la déposition écrite du témoin P-294, le nom de l'endroit où l'audition de ce témoin s'était déroulée.

« 3. L'Accusation s'est récemment rendue compte que l'expurgation de cette information a déjà été autorisée par la Chambre de première instance I par décision orale du 18 janvier 2008. L'Accusation comprend **qu'il s'agit d'une expurgation permanente selon la pratique de la Chambre de première instance I** pour ce type d'informations qui est dénué de pertinence pour les charges reprochées aux accusés.

« 4. L'accusation a souhaité en informer la Chambre de première instance II. L'Accusation retire donc sa demande d'expurgation sur ce point et se permet de se

²⁰ Bureau du conseil public pour les victimes, Demande du BCPV afin d'être autorisé en vertu de la norme 81-4-b du Règlement de la Cour à comparaître devant la Chambre dans le cadre de questions spécifiques liées aux mesures de protection au bénéfice du témoin W-007, 20 mai 2009, ICC-01/04-01/07-1160, paragraphe 10.

référer désormais à la norme 42 paragraphes 1 et 2 du Règlement de la Cour s'agissant du nom de l'endroit où l'audition du témoin P-294 s'est déroulée. »²¹

28. La Défense soutient que le conseil principal de l'OPCV et le Procureur se sont mépris dans leur mise en œuvre de la décision de la Chambre de première instance I. En effet, si cette Chambre de première instance I a décidé des expurgations permanentes, cette permanence ne joue que pour l'affaire dont cette chambre est saisie et dont elle connaît, à savoir l'affaire Lubanga, et ne peut nullement être étendue à l'affaire jointe Katanga-Ngudjolo dont elle n'est pas saisie. La pratique dont parle le Procureur au paragraphe 3 de son *Addendum* est la pratique de la chambre de première instance I qui ne s'impose pas à la Chambre de première instance II.

29. Seule la Chambre de première instance II a le pouvoir de se prononcer sur les mesures de protection applicables dans le cadre de l'affaire Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo. La décision rendue par la Chambre de première instance I en matière d'expurgations ne lie pas la Chambre de première instance II.

30. La Défense soutient fermement que seule la Chambre saisie de l'affaire sous examen est en mesure d'appliquer ou de contrôler le respect des critères qui se dégagent de l'Arrêt rendu par la Chambre d'Appel en date du 13 mai 2008, visant la Chambre préliminaire certes, mais devant s'appliquer également au niveau de la Chambre de première instance :

- Elle, seule, (la Chambre saisie), doit procéder à un examen minutieux et au cas par cas de la question de savoir si la mesure de protection envisagée devrait être autorisée **au vu des faits de l'espèce**, en mettant en balance les divers intérêts en présence.²²
- Elle, seule, peut soigneusement évaluer le risque que peut entraîner la communication à la Défense de l'information dont le Procureur sollicite

²¹ Bureau du Procureur, *Addendum* du Bureau du Procureur à la Requête aux fins d'expurgations d'informations dans certains éléments de preuve relevant de la Règle 77 (W-007 et W-294), ICC-01/04-01/07-1018-Conf-Exp, 28 mai 2009, ICC-01/04-01/07-1117, paragraphes 1 à 4.

²² Voir dans ce sens, Chambre d'appel, Affaire Le Proc. c. G. Katanga et M. Ngudjolo, *Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision de la Chambre préliminaire I intitulée « Première décision relative à la requête de l'Accusation aux fins d'autorisation d'expurger des déclarations de témoins »*, ICC-01/04-01/07 (OA), 13 mai 2008, paragraphe 66.

l'expurgation, en appliquant les critères arrêtés par la Chambre d'Appel²³ et en appréciant si une telle expurgation n'est contraire ni aux droits de la défense, ni aux exigences d'un procès équitable et impartial.

- Elle, seule, a le pouvoir d'examiner et de se prononcer sur les mesures de protection sollicitées, **avec obligation de fonder sa décision sur les circonstances spécifiques de l'affaire**, au cas par cas, et **en pleine considération de la situation particulière de l'accusé ou des accusés dans l'affaire dont elle est saisie**.

31. Dès lors, le fait qu'une Chambre considère nécessaire de ne pas communiquer une information du fait de circonstances particulières à un accusé dans telle affaire précise ne peut *de facto* être automatiquement transposé et s'appliquer à une autre affaire visant un autre accusé. Car, l'évaluation du risque ne peut être transposable d'une affaire à une affaire.

32. La méprise de l'OPCV et du Procureur procède de leur interprétation erronée de la norme 42 à laquelle ils accordent plus de force qu'elle n'en a juridiquement.

33. Cette norme ne peut pas faire échec aux dispositions statutaires et réglementaires qui lui sont hiérarchiquement supérieures. Même l'interprétation littérale de cette norme ne saurait fonder la position erronée soutenue par l'OPCV et le Procureur.

²³ S'agissant du risque, la Chambre saisie 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. » (Voir Chambre d'appel, Affaire Le Proc. c. G. Katanga et M. Ngudjolo, *Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision de la Chambre préliminaire I intitulée « Première décision relative à la requête de l'Accusation aux fins d'autorisation d'expurger des déclarations de témoins »*, ICC-01/04-01/07 (OA), 13 mai 2008, paragraphe 71.

B. L'analyse sémantique de la norme 42 permet d'en délimiter l'exacte portée.

34. La norme 42-1 du règlement de la Cour est ainsi libellée :

*« Les mesures de protection ordonnées en faveur d'une victime ou d'un témoin dans le cadre d'une affaire portée devant la Cour continuent de s'appliquer **mutatis mutandis** dans toute autre affaire portée devant la Cour ainsi qu'à l'issue de toute procédure devant la Cour, **sous réserve** que lesdites mesures soient **révisées** par une chambre. »*

35. Ce texte contient trois expressions clés que la Défense de Mathieu Ngudjolo a fait ressortir en gras et dont il importe de préciser la signification :

- la locution latine « *mutatis mutandis* » signifie : en changeant ce qui doit être changé ;
- l'expression « *sous réserve...* » veut dire : à la condition que... ;
- le verbe « *réviser* » signifie : revoir, examiner de nouveau en vue de modifier...

36. La définition de ces concepts permet ainsi de comprendre que la norme 42-1 n'annule pas le pouvoir que le Statut et le RPP confèrent à une Chambre de première instance dans le domaine de fixation de mesures de protection de victimes et témoins, en l'occurrence en matière d'expurgations. En effet, cette norme précise bien que les mesures déjà prises continuent à s'appliquer **sous réserve qu'elles soient révisées par ladite Chambre, c'est-à-dire à la condition qu'elles soient revues ou examinées de nouveau par la Chambre en vue de leur modification**. En d'autres termes, la Chambre a le pouvoir de modifier ces mesures pour les adapter aux circonstances de l'espèce dont elle est saisie. C'est ce qu'il faut comprendre de par l'emploi de l'expression latine ***mutatis mutandis*** : en changeant ce qui doit être changé.

37. Dès lors, les expurgations décidées par la Chambre de première instance I au sujet des témoins 007 et 294 ne s'appliquent pas automatiquement dans l'affaire jointe Katanga-Ngudjolo. Elles doivent être soumises à la révision par la Chambre de première instance II qui a le pouvoir de les adapter et de modifier ce qui doit l'être en fonction des spécificités de l'affaire dont elle est saisie.

38. Pour motiver le retrait de sa demande d'expurgation, le Procureur évoque également, dans son *Addendum* du 28 mai 2009, la norme 42-2 qui dispose :

« Lorsque le Procureur s'acquitte de ses obligations de communication dans des procédures ultérieures, il respecte les mesures de protection qui ont été ordonnées lors de la première procédure et informe la Défense à laquelle les informations sont communiquées de la nature des mesures de protection ordonnées. »

39. Cette disposition ne doit pas être interprétée comme dispensant le Procureur de son obligation de s'en remettre à la Chambre saisie de l'affaire pour solliciter les mesures d'expurgations. Elle ne signifie pas que le Procureur soit fondé à mettre automatiquement en œuvre les mesures prises antérieurement dans le cadre d'une procédure concernant une autre affaire, sans s'en référer à la Chambre. Ce paragraphe 2 s'applique et doit s'appliquer en parfaite harmonie avec le paragraphe 1^{er} de cette norme 42. Autrement dit, le paragraphe 2 de cette norme 42 ne peut être appliqué qu'après la mise en œuvre du paragraphe 1^{er}. Ainsi, les mesures de protection ordonnées par la Chambre de première instance I dans l'affaire Lubanga, ne peuvent être déployées dans l'affaire jointe Katanga-Ngudjolo qu'après leur examen par la Chambre de première instance II qui a le pouvoir de les réviser et de modifier ce qui doit l'être en fonction des particularités de l'espèce dont elle est saisie.

40. La Défense estime utile de discuter également de l'interprétation du paragraphe 3 de cette norme 42 qui porte :

« Toute demande visant la modification des mesures ordonnées est soumise tout d'abord à la chambre qui a ordonné les premières mesures de protection. Si la chambre en question a été dessaisie de l'affaire, la demande est alors soumise à la chambre devant laquelle la modification des mesures ordonnées est demandée. Ladite chambre doit obtenir toutes les informations nécessaires concernant l'affaire relativement à laquelle lesdites mesures ont été ordonnées pour la première fois. »

41. Ce paragraphe 3 ne porte pas préjudice au prescrit du paragraphe 1^{er}. Il ne doit pas être interprété comme imposant à la Chambre devant laquelle la modification est

demandée l'obligation de respecter les mesures de protection prises par la première chambre. Il ne signifie pas que pour modifier ces mesures conformément au paragraphe 1^{er}, la Chambre saisie doit se référer à la Chambre qui a antérieurement pris ces mesures. Ce paragraphe 3 vise plutôt l'hypothèse où l'initiative de la demande de modification est prise par une partie. Dans ce cas de figure, cette demande de modification doit d'abord être adressée à la Chambre qui avait ordonné les premières mesures de protection.

42. Dans tous les cas, même si cette demande obtient une suite favorable de la part de cette première Chambre, ces mesures modifiées ne seront déployées dans la nouvelle affaire qu'après leur examen, révision et adaptation par la Chambre saisie de celle-ci, conformément au paragraphe premier de cette norme 42.

C. Le rapprochement de la norme 42 avec la règle 75 du RPP du TPIY permet de consolider la délimitation de la portée de celle-là.

43. La règle 75 du RPP du TPIY²⁴ est la disposition équivalente à la norme 42 du Règlement de la Cour pénale internationale. Dans sa version actuelle, cette règle est beaucoup plus détaillée que la norme 42. Son paragraphe F dispose :

²⁴ Règle 75 du RPP du TPIY :

« (...) C) La Section d'aide aux victimes et aux témoins s'assure qu'avant de comparaître, le témoin a bien été informé que son témoignage et son identité pourront, en application de l'article 75 F), être divulgués ultérieurement dans une autre affaire. (Amendé le 12 déc 2002)

(...) E) Lorsqu'un juge ou une Chambre prend une ordonnance en application du paragraphe A) ci-dessus, il ou elle y précise, le cas échéant, si le compte rendu de la déposition du témoin bénéficiant des mesures de protection peut être communiqué et utilisé dans le cadre d'autres affaires portées devant le Tribunal ou une autre juridiction. (Amendé le 12 juil 2007)

F) ...(repris dans le corps de nos développements)

G) Une partie à la deuxième affaire, qui souhaite obtenir l'abrogation, la modification ou le renforcement de mesures ordonnées dans la première affaire, doit soumettre sa demande

i) à toute Chambre encore saisie de la première affaire, quelle que soit sa composition, ou

ii) à la Chambre saisie de la deuxième affaire, si aucune Chambre n'est plus saisie de la première affaire. (Amendé le 12 juil 2007)

H) Un juge ou un collège de juges saisi d'une affaire portée devant une juridiction autre que le Tribunal, une partie à cette affaire habilitée par une autorité judiciaire compétente, ou une victime ou un témoin bénéficiant de mesures de protection ordonnées par le Tribunal peut demander l'abrogation, la modification ou le renforcement de mesures de protection ordonnées dans une affaire portée devant le Tribunal en soumettant une requête en ce sens au Président du Tribunal, lequel la transmet:

i) à toute Chambre encore saisie de la première affaire, quelle que soit sa composition ;

ii) à une Chambre saisie d'une deuxième affaire, si aucune Chambre n'est plus saisie de la première affaire ;

iii) à une Chambre nouvellement constituée, si aucune Chambre n'est plus saisie. (Amendé le 12 juil 2007, amendé le 28 février 2008)

I) Avant de se prononcer sur une demande présentée en application des paragraphes G) ii), H) ii) ou H) iii) ci-dessus, la Chambre doit s'efforcer d'obtenir toutes les informations nécessaires concernant la première affaire, notamment des parties à cette affaire, et consulter le juge qui a ordonné les mesures de protection dans celle-ci,

44. « F) Une fois que des mesures de protection ont été ordonnées en faveur d'une victime ou d'un témoin dans le cadre d'une affaire portée devant le Tribunal (la « première affaire »), ces mesures

i) continuent de s'appliquer **mutatis mutandis** dans toute autre affaire portée devant le Tribunal (« deuxième affaire ») ou une autre juridiction et ce, jusqu'à ce qu'elles soient rapportées, modifiées ou renforcées selon la procédure exposée dans le présent article, mais

ii) n'empêchent pas le Procureur de s'acquitter des obligations de communication que lui impose le Règlement dans la deuxième affaire, sous réserve qu'il informe de la nature des mesures de protection ordonnées dans la première affaire les conseils de la Défense auxquels il communique les éléments en question. »

45. On voit bien que dans ce texte est aussi utilisé l'expression *mutatis mutandis* : en changeant ce qui doit être changé.

46. La portée de cette règle 75 est précisée dans une décision rendue dans l'affaire Stanisić et Simatović par la Chambre de première instance qui argumente :

« Selon l'article 21 du Statut, un accusé a le droit d'interroger or de faire interroger les témoins à charge. En accord avec l'article 22 du Statut, le Règlement du Tribunal prévoit la protection des témoins. L'article 75 du RPP porte sur les mesures de protection des victimes et témoins. Toutes les mesures de protection accordées sur le fondement de l'article 75 du RPP doivent respecter les droits de l'accusé. Il faut aussi noter que cette règle concerne les mesures de protection de l'identité des témoins à l'égard du public ou des médias. Elle

s'il est toujours en fonction au Tribunal. (Amendé le 12 juil 2002, amendé le 12 déc 2002, amendé le 12 juil 2007)

J) Avant de se prononcer sur une demande présentée en application des paragraphes G) et H) ci-dessus, la Chambre demande à la Section d'aide aux victimes et aux témoins de s'assurer que la victime ou le témoin protégé consent à l'abrogation, à la modification ou au renforcement des mesures de protection. Elle peut toutefois, lorsqu'il est établi que les circonstances l'exigent, ou pour éviter toute erreur judiciaire, ordonner d'office l'abrogation, la modification ou le renforcement de mesures de protection sans l'aval du témoin. (Amendé le 12 juil 2007, amendé le 28 février 2008)

K) Toute demande d'abrogation, de modification ou de renforcement de mesures de protection ordonnées au bénéfice d'une victime ou d'un témoin doit être tranchée, soit par la Chambre qui en est saisie, soit par un des juges de celle-ci, le terme « Chambre » employé dans le présent article s'entendant également d'« un juge de cette Chambre ». (Amendé le 12 juil 2007)»

n'inclut pas les mesures permettant de protéger l'identité d'un témoin à l'égard de l'accusé contre lequel il va déposer. En effet, l'article 69 du RPP prévoit la non-communication de l'identité d'une victime ou d'un témoin à une équipe de défense d'un accusé jusqu'au moment où elle ou il sera placé(e) sous la protection du Tribunal. L'article 69C) du RPP dispose que 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, dans le respect de l'article 75. Par conséquent, l'accusé connaîtra l'identité du témoin qui dépose contre lui.»²⁵
(Traduction libre et non officielle)

47. La Chambre précise ainsi que cette règle 75 vise les mesures de protection de l'identité des témoins à l'égard du public ou des médias. Elle n'inclut pas les mesures permettant de protéger l'identité d'un témoin à l'égard de l'accusé contre lequel il va déposer.

48. Bien plus, comme l'ont affirmé les juges dans l'affaire Blaskic, la nécessité d'ordonner des mesures de protection et la nature de ces mesures varient selon les circonstances de chaque affaire. Celles ordonnées dans une affaire ne peuvent donc être purement et simplement transposables à une autre²⁶. A cela s'ajoute que des mesures de protection ne peuvent être justifiées dans une affaire « *pour la simple raison que l'Accusation craint de rencontrer des difficultés lorsqu'il*

²⁵ Trial Chamber, Prosecutor v. Stanisic and Simatovic, *Decision Reconsidering Conditions for the Defence Access to Confidential Testimony and Documents from the Slobodan Milosevic Case*, 4 February 2008 :

“6. Pursuant to Article 21 of the Statute, an accused has the right to examine, or have examined, the witnesses against him. In accordance with Article 22 of the Statute, the Rules of the Tribunal address the protection of witnesses. Rule 75 of the Rules governs measures for the protection of victims and witnesses. Any protective measures granted pursuant to Rule 75 are to be consistent with the rights of the Accused. It is also noted that this Rule concerns measures that ensure the protection of the identity of the witness from the public or the media. It does not include measures to shield the identity of the witness from an accused in whose case the witness is giving evidence. This is regulated in Rule 69, which provides that the identity of a witness can be withheld from the Defence of an accused until such person is brought under the protection of the Tribunal. Rule 69(C) provides that the identity of witnesses shall be disclosed in sufficient time prior to the trial to allow adequate time for preparation of the defence, subject to Rule 75. It follows that an accused will know the identity of the witnesses brought against him.”

²⁶ Chambre d'appel, Le Proc. c. T. Blaskic, *Décision relative à la requête de l'accusation aux fins d'éclaircissements concernant la décision de la Chambre d'appel datée du 4 décembre 2002 relative à la requête de Pasko Ljubicic aux fins d'avoir accès à des pièces, comptes rendus d'audience et pièces à conviction confidentiels de l'affaire Blaskic*, IT-95-14-A, 8 mars 2004 :

« 34. Chambre d'appel est d'avis que lorsqu'elles ont rendu l'Ordonnance Ljubicic et la Décision du 4 décembre, les Chambres d'appel *Kordic* et *Blaskic* avaient la même préoccupation, celle de concilier de manière raisonnable les droits de l'accusé et la protection des témoins et des victimes. C'est pourquoi ces deux décisions prévoient des mesures de protection de différents ordres. **La nécessité d'ordonner des mesures de protection et la nature de ces mesures dépend des circonstances propres à chaque affaire.** »

s'agira de trouver des témoins prêts à déposer dans d'autres affaires ». Dans cette décision rendue dans l'affaire Brdanin et Talic, la Chambre de première instance a en effet souligné que « *les droits des accusés en l'espèce demeurent sa première préoccupation* »²⁷.

CONCLUSION

49. En conclusion, la Défense soutient que la norme 42 du Règlement de la Cour n'a pas pour vocation de réduire le pouvoir de la Chambre de première instance II en matière d'expurgation.

50. Pour bien interpréter cette norme et en délimiter la portée, il convient de la replacer dans l'ordonnancement juridique global régissant la CPI. Cette norme est hiérarchiquement inférieure aux dispositions statutaires, en l'occurrence les articles 61-11, 64-1, 64-2, 64-3-a, 64-3-c, 64-6-e, 64-6-f ; et aux prescriptions réglementaires, notamment les règles 81-2 et 81-4 du RPP.

51. La Chambre de première instance II est la seule instance habilitée à apprécier de façon impartiale si les informations dont le Procureur sollicite l'expurgation ne sont pas nécessaires à la préparation de la défense de Germain Katanga et de Mathieu Ngudjolo. Elle ne peut pas être dépouillée de ce droit au motif qu'en application de la norme 42 du Règlement de la Cour, elle doit s'aligner sur la décision rendue par la Chambre de première instance I, car les affaires Thomas Lubanga d'une part, et Katanga-Ngudjolo d'autre part, sont deux espèces distinctes. Les observations formulées par les Equipes de défense dans ces deux affaires ne sont pas forcément les mêmes, l'affaire jointe Katanga-Ngudjolo étant plus complexe que celle-là de par le nombre de charges retenues contre les accusés et l'ampleur de questions juridiques soulevées, liées notamment aux modes de responsabilité et à la preuve des faits similaires.

²⁷ Chambre de première instance II, Le Proc. c. R. Brdanin et M. Talic, *Décision relative à la requête de l'accusation aux fins de mesures de protection*, IT-99-36, 3 juillet 2000, §30.

Cité et approuvé par la Chambre de première instance dans *Prosecutor v. Milošević, First Decision on Prosecution Motion for Protective Measures for Sensitive Source Witnesses*, Case No. IT-02-54-T, 3 May 2002, par 8.

52. Si, comme il l'a fait dans son *Addendum* du 28 mai 2009, le Procureur retire sa demande d'expurgation et que la Chambre de première instance II ne se prononce pas sur cette demande, alors le Procureur doit communiquer à la Défense, dans leur intégralité, les pièces relevant de la Règle 77 et relatives aux témoins W-007 et W-294.

53. Pour clore, la Défense souligne :

- que la Chambre de première instance II n'est pas liée par la décision de la Chambre de première instance I sur les expurgations d'informations relatives aux témoins W-007 et W-294.
- que la norme 42-1 du Règlement de la Cour ne limite pas le pouvoir de la Chambre de première instance II dans l'appréciation des demandes d'expurgations des informations dans des pièces relevant de la règle 77 et relatives aux témoins W-007 et W-294.
- que, d'une manière générale, la norme 42 n'a pas pour effet de faire appliquer automatiquement dans une affaire des mesures de protection prises par une autre Chambre dans une procédure antérieure différente ni d'annuler le pouvoir d'appréciation de ces mesures par la Chambre saisie de l'espèce sous examen.



Me Jean-Pierre Kilenda Kakengi Basila
Conseil Principal de Mr Mathieu Ngudjolo Chui

Fait à La Haye, le 19 juin 2009