



Original : Français

N° : ICC-01/04-01/07
Date : 23 octobre 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 Christine Van den Wyngaert**

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

Public

**Requête de la Défense en vue d'obtenir une décision d'irrecevabilité des documents liés
aux témoins décédés référencés sous les numéros T-167 et T-258**

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. Eric MacDonald

Le Conseil de la Défense de Germain Katanga
Me David Hooper
Me Andreas O'Shea

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 Jean-Louis Gilissen
Me Fidel Nsita Luvengika

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
M. Keita

Les représentants des États

L'*Amicus Curiae*

GREFFE

Le Greffier
Mme Silvana Arbia

La Section d'appui à la Défense
M. Esteban Peralta Losilla

L'Unité d'aide aux victimes et aux témoins

La Section de la détention

I. Bref rappel procédural et recevabilité de la présente requête

1. Durant la conférence de mise en état du 1^{er} octobre 2009, plus précisément à la session de travail du 2 octobre 2009, la Chambre de première instance II (ci-après 'la Chambre'), par l'intermédiaire de son Honorable Président, s'est exprimée comme suit :

« 25- A été abordée, tout à l'heure, la question — notamment — des témoins décédés. Il y a 1-certainement, chez l'une et l'autre équipe de défense, d'autres contestations qui peuvent 2- peut-être se traiter, non pas in concreto, dans le détail, mais de manière générale et plus 3-spécifique. C'est celles-là, Maître Hooper, Maître Kilenda, que nous vous demandons de nous soumettre. 4-Nous vous demandons de nous les soumettre par requête écrite, motivée, très précisément motivée et dans un délai qui ne dépasse pas trois semaines (...) »¹.

2. Souhaitant introduire une telle requête et se conformant au délai donné par la Chambre, la Défense de Mathieu Ngudjolo (ci-après 'la Défense') sollicite respectueusement, par la présente soumission, l'irrecevabilité des documents liés aux témoins décédés référencés sous les numéros 167 et 258.
3. La Défense reconnaît que la Chambre préliminaire I a déjà, dans l'affaire qui oppose le Procureur à Messieurs Katanga et Ngudjolo, statué sur la question des témoins décédés 12 (aujourd'hui 258) et 167². Néanmoins, la Défense constate que les décisions qui ont été prises ont un champ d'application limité à la confirmation des charges et ne sont dès lors nullement transposables au stade du procès.

¹ ICC-01/04-01/07-T-72-FRA ET WT 02-10-2009, p56-57.

² Voir à titre principal : 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, 18 avril 2008 ; *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 ; *Décision relative à la confirmation des charges*, version publique expurgée, ICC-01/04-01/07-717, 30 septembre 2008, voir également version confidentielle ICC-01/04-01/07-716-Conf-tFRA-Corr, 26 septembre 2008, paragraphes 100-125 et paragraphes 186-196.

4. En effet, l'intitulé même de la décision 412 fait état de sa portée limitée à la confirmation des charges : « *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* ». Le corpus du texte ne diffère pas dans la mesure où la Chambre, dans cette même décision, rapporte que l'audience de confirmation des charges et le procès sont de nature et de portée différentes et sont gouvernés par des règles en matière de preuve qui peuvent varier³.
5. Par ailleurs, la Chambre préliminaire I avait clairement indiqué que la Défense avait soulevé des arguments valables exclusivement pour le fond de procès et non pour le contexte de la phase préliminaire⁴.
6. La Chambre préliminaire I n'a d'ailleurs pas manqué de rappeler, citant ses décisions 412 et 428, que « *Il revient [...] à la chambre compétente de se prononcer sur la valeur probante de tout élément de preuve introduit aux fins de l'audience de confirmation des charges ou du procès. [...] 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 de l'évaluation finale de l'admissibilité et de la valeur probante [...] de tout élément de preuve, y compris, entre autres, i) toute décision relative à des éléments recueillis en vertu de l'article 56 du Statut dans le cas où l'occasion de les obtenir ne se présentera plus ; ou ii) tout témoignage préalablement enregistré conformément à la règle 68 du Règlement* »⁵.
7. En outre, la Défense souligne que la confirmation des charges a été en matière de production d'éléments de preuve strictement régulée notamment par l'article 61 paragraphe 5 du Statut qui prescrit : « *À l'audience, le Procureur étaye chacune des charges avec des éléments de preuve suffisants pour établir l'existence de motifs substantiels de croire que la personne a commis le crime qui lui est imputé. Il peut se*

³ Voir notamment ICC-01/04-01/07-412, p.5.

⁴ Ibidem, p.6. Lire également ICC-01/04-01/07-496, p.10 dernier attendu : « *Considering that, in the Decision, the Single Judge does not address such arguments insofar as she is neither competent to decide on the admissibility of the evidence at trial nor is the confirmation hearing the appropriate stage of proceedings to hold a debate on the admissibility of evidence at trial* ». Voir également : ICC-01/04-01/07-716-Conf-tFRA-Corr, paragraphes 125 et 189.

⁵ ICC-01/04-01/07-717, paragraphe 193.

fonder sur des éléments de preuve sous forme de documents ou de résumés et n'est pas tenu de faire comparaître les témoins qui doivent déposer au procès ».

8. Dans la mesure où le Procureur n'était pas contraint de faire comparaître ses témoins à l'audience, il va de soi que la portée de la recevabilité d'éléments de preuve liés à des témoins décédés revêtait une nature et un enjeu spécifiques, nature et enjeu qui ne peuvent être abordés de manière identique au stade du procès pénal au fond.
9. Enfin, aucune Chambre de la CPI, ni en degré d'appel ni en première instance, n'a eu jusqu'à présent à se prononcer sur la question des témoins décédés au stade du fond du procès pénal.
10. Par conséquent, la Défense estime que sa présente requête est recevable et fondée. Elle sollicite donc de la Chambre qu'Elle statue aujourd'hui sur les arguments avancés, à la lumière de la phase actuelle du procès pénal, en exerçant le pouvoir que lui confère l'article 64 paragraphe 9 du Statut : statuer sur la recevabilité des preuves liées aux témoins décédés.
11. La Défense considère néanmoins que si, par extraordinaire, les éléments de preuve liés aux témoins décédés 167 et 258 devaient être déclarés recevables par la Chambre, elle se réserverait le droit de revenir de manière plus détaillée sur la pertinence et la force probante des éléments de preuve querellés.

II.Considérations générales

12. La Défense, après avoir rappelé que la charge de la preuve repose sur l'Accusation en termes de recevabilité d'éléments de preuve (2.1), examinera le principe de la comparution des témoins (2.2). La Défense s'attachera ensuite à démontrer en quoi les documents liés aux témoins décédés sont irrecevables en raison de l'impossibilité pour la Défense d'interroger ou de contre-interroger lesdits témoins (2.3). Enfin, la Défense avancera les arguments et conséquences relatifs au préjudice subi en cas de recevabilité des éléments de preuve liés aux témoins décédés, préjudice qui dépasse largement la valeur probante des éléments contestés (2.4).

2.1. Nécessité pour l'Accusation de prouver la recevabilité des éléments de preuve liés aux témoins décédés

13. A titre liminaire, la Défense tient à rappeler le prescrit de l'article 67 paragraphe 1 i) du Statut : « *Lors de l'examen des charges portées contre lui, l'accusé a droit à ce que sa cause soit entendue publiquement, compte tenu des dispositions du présent Statut, équitablement et de façon impartiale. Il a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes : (...) Ne pas se voir imposer le renversement du fardeau de la preuve ni la charge de la réfutation* ».

14. A la lumière de ce texte, la Défense est d'avis que l'Accusation, en versant simplement des éléments au dossier, n'est pas dispensée de démontrer la recevabilité de chacun de ces éléments⁶. Ainsi, elle ne peut soutenir le postulat de base visant à estimer que les éléments versés au dossier sont *a priori* recevables. La Défense considère donc qu'il revient à l'Accusation de prouver la recevabilité et la pertinence des éléments de preuve liés aux témoins décédés. La Défense avance qu'une telle démonstration n'a pas été effectuée jusqu'à présent à suffisance de fait et/ou de droit.

15. La Défense, tout en estimant néanmoins devoir faire valoir ses arguments, est d'avis que la Chambre devrait, dans son analyse des éléments de preuve liés aux témoins décédés, être guidée par cette réalité du fardeau de la preuve dans le chef de l'Accusation, tout en faisant application du principe *in dubio pro reo*.

2.2. Nécessité pour un témoin de venir déposer à l'audience en phase du procès

16. L'article 69 paragraphe 2 du Statut précise : « *Les témoins sont entendus en personne lors d'une audience...* » On le constate d'emblée, la règle générale à dégager à

⁶ Affaire le Procureur c. Blagojevic, Chambre d'appel, Arrêt, 3 avril 2003, paragraphe 28 <http://www.un.org/icty/blagojevic/appeal/decision-e/030408-2.pdf> ; Affaire le Procureur c. Blagojevic, *Decision on Joint Defence Motion for Reconsideration of Trial Chamber's Decision to Review all Discovery Material Provided to the Accused by the Prosecution*, 21 janvier 2003, <http://www.un.org/icty/blagojevic/trialc/decision-e/030121.pdf>

l'audience au stade du procès au fond, est la comparution des témoins en personne. Le paragraphe 2 de l'article 69 du Statut diffère donc significativement de l'article 61 paragraphe 5 qui stipule, pour rappel, que l'Accusation n'est pas tenue de faire comparaître ses témoins à l'audience de confirmation des charges.

17. Cette priorité également consacrée par les TPI *ad hoc*⁷ est guidée, comme l'a souligné le professeur Eric David, par le principe de l'oralité de la procédure⁸. Les dépositions et les témoignages en dehors des salles d'audience ou encore par écrit ont, en effet, été considérés comme des exceptions à la règle. Il est donc justifié de ne les envisager qu'avec prudence et, en tout état de cause, d'une manière compatible avec les droits de l'accusé à un procès équitable.
18. Dans l'affaire Milosevic, la Chambre d'appel du TPIY a clairement rappelé, entre autres principes de base, l'importance pour la Chambre de pouvoir poser des questions à un témoin : *"the appearance of the witness in court to orally attest to the accuracy of the tendered statement is an important safeguard in itself because the witness is certifying the accuracy of the statement before the court and is available to answer questions from the bench"*⁹. La comparution n'est donc pas seulement une question de forme du témoignage mais une nécessité pour la compréhension des acteurs judiciaires du dossier à charge.
19. Dans un article récent comparant le régime procédural de la CPI et celui des TPI *ad hoc*, le Juge Kwon faisait remarquer que les règles en vigueur à la CPI offraient moins d'opportunité pour l'admission de témoignages écrits¹⁰.

⁷ A titre d'exemple, l'article 92 bis du RPP du TPIY prévoit des conditions particulièrement limitatives à l'exception qui permet l'admission de déclarations écrites et de comptes rendus de dépositions au lieu et place d'un témoignage oral. Voir également, Affaire le Procureur c. Dario Kordic et Mario Cerkez, Chambre d'appel, IT-95-14/2, *Décision relative à l'appel concernant la déclaration d'un témoin décédé*, 21 juillet 2000, http://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/acdec/fr/00721EV313609.htm ; Affaire le Procureur c. Kupreskic, *Décision relative à l'appel interjeté par Dragan Papic contre la décision de procéder par voie de déposition*, 15 juillet 1999, <http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/acdec/fr/90715EV39113.htm> ; Affaire le Procureur c. Milosevic, *Decision on interlocutory appeal on the admissibility of evidence- in-chief in the form of written statements* 30 septembre 2007, paragraphe 19, <http://www.un.org/icty/milosevic/appeal/decision-e/030930.htm>

⁸ Voir notamment E.David, *Eléments de droit pénal international et européen*, Bruylant, 2009, p.842.

⁹ Affaire le Procureur c. Milosevic, *Decision on interlocutory appeal on the admissibility of evidence- in-chief in the form of written statements*, 30 septembre 2007, paragraphe 19.

<http://www.un.org/icty/milosevic/appeal/decision-e/030930.htm>

¹⁰ O. Kwon, *The Use of Written Evidence in Lieu of Oral Testimony in Trial Before the ICTY*, Visiting Lecture Speech, ICC, page 6.

20. De plus, il faut garder à l'esprit le prescrit univoque de l'article 21 a) du Statut qui précise que les Chambres doivent appliquer en premier lieu le Statut, les éléments des crimes et le RPP, avant de recourir à des sources externes.
21. L'article 69 paragraphe 2 du Statut de Rome, après avoir édicté la comparution des témoins en principe, poursuit néanmoins : *« sous réserve des mesures prévues à l'article 68 ou dans le Règlement de procédure et de preuve. La Cour peut également autoriser un témoin à présenter une déposition orale ou un enregistrement vidéo ou audio, et à présenter des documents ou des transcriptions écrites, sous réserve des dispositions du présent Statut et conformément au Règlement de procédure et de preuve. Ces mesures ne doivent être ni préjudiciables ni contraires aux droits de la défense »*. Que recouvrent ces exceptions au principe de la comparution en personne des témoins en phase du procès ?
22. Une seule possibilité est prévue par le Statut pour accepter des dépositions préalablement enregistrées en lieu et place de témoignages oraux. Il s'agit de l'article 56 du Statut qui prévoit la possibilité de recueillir un témoignage ou une déposition lorsque l'enquête offre l'occasion unique, qui peut ne plus se présenter par la suite. Si ce cas de figure est mis en branle, il faut impérativement que les conditions prévues à la règle 68 du RPP soient respectées.
23. Manifestement, les conditions prévues par la règle 68 du RPP ne sont nullement rencontrées concernant les témoins décédés 167 et 258. En effet, les références claires aux articles 56 et 69 paragraphe 2 du Statut obligent à l'évidence, une application de la règle 68 conforme à ces dispositions.
24. Nous l'avons déjà dit, l'article 69 paragraphe 2 insiste sur la règle générale qui est le témoignage en personne devant la Cour. Comme l'a souligné Donald K Piragoff, le choix des témoignages *“reflects the desire that the primary source of evidence of a witness (i.e. his or her own testimony before the Court) should be available for the purposes of the trial. This permits the best opportunity for the parties to examine and cross-examine the witness and for the Court to ask questions and evaluate the demeanour and credibility of the witness. It also furthers the right of the accused “to examine, to have examined, the witnesses against him or her and to obtain the*

attendance and examination of witnesses on his or her behalf under the same conditions as witnesses against him or her” as guaranteed by article 67 para 1(e).”¹¹

Une comparution en personne offre donc une garantie sans comparaison en termes de respect des droits de la défense et particulièrement, à l'équité du procès.

25. La Défense relève à ce titre que, si la règle du témoignage en personne devant la Cour connaît une exception eu égard à la formulation de l'article 69 paragraphe 2, cette exception reste subordonnée au respect des droits de la défense. Par conséquent, l'acceptation de documents liés à des témoins décédés ne pourrait être accordée que si la Défense a pu exercer ses droits de manière effective¹², *quod non in casu*. Le fait de ne pouvoir appeler les témoins 167 et 258 à comparaître pour déposer ne peut donc répondre au caractère équitable que doit revêtir le procès pénal.

26. A ce sujet, la Défense rappelle que la Cour européenne des droits de l'homme a clairement précisé que : « *le but de la Convention [et notamment l'article 6] consiste à protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs ; la remarque vaut spécialement pour ceux de la défense eu égard au rôle éminent que le droit à un procès équitable, dont ils dérivent, joue dans une société démocratique (...)*¹³ ».

27. Enfin la Défense relève que la Chambre de première instance peut, aux termes de l'article 64 paragraphe 6 b) du Statut, dans l'exercice de ses fonctions, avant ou pendant un procès, si besoin est : « *Ordonner la comparution des témoins et leur audition ainsi que la production de documents et d'autres éléments de preuve, en obtenant au besoin l'aide des États selon les dispositions du présent Statut* ». Ce pouvoir conféré à la Chambre implique, à l'estime de la Défense, que les témoins soient disponibles pour être cités à comparaître à l'audience, ce qui à l'évidence, est impossible pour les témoins 167 et 258. Ce constat contribue donc également de manière essentielle au rejet des documents les concernant.

¹¹ Donald K. Piragoff, *Article 69: Evidence*, in Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court : Observers' Notes, Article by Article*, C.H.Beck-Hart-Nomos, 2008, 2ème éd., p. 1312.

¹² CEDH, *Affaire Artico c. Italie*, Requête n° 6694/74, Arrêt, 13 mai 1980, paragraphe 33. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&source=tkp&highlight=artico%20%7C%20italie&sessionid=31948471&skin=hudoc-fr>.

¹³ Ibidem, paragraphe 33.

2.3. Les éléments liés aux témoins décédés sont irrecevables en ce qu'ils violent le droit de la Défense de les contre-interroger

28. Toute une série de textes internationaux protecteurs des droits de l'homme insistent sur le caractère impératif que doit revêtir le droit de l'accusé à contre-interroger les témoins à charge¹⁴.

29. Le droit de contre-interroger les témoins à charge a également été consacré par l'article 67 paragraphe 1^{er} e) du Statut qui dispose : « *Lors de l'examen des charges portées contre lui, l'accusé a droit à ce que sa cause soit entendue publiquement, compte tenu des dispositions du présent Statut, équitablement et de façon impartiale. Il a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes : (...) Interroger ou faire interroger les témoins à charge* ». Par ailleurs la même disposition prescrit : « *L'accusé a également le droit de faire valoir des moyens de défense et de présenter d'autres éléments de preuve admissibles en vertu du présent Statut* ». A l'évidence, ce droit passe également par le droit de contre-interroger puisqu'il s'agit là d'un des modes pour faire valoir ses moyens de défense.

30. La règle 140 du RPP circonscrit clairement la procédure à suivre en cas d'interrogatoire et de contre-interrogatoire en précisant des instructions pour la conduite des débats et les dépositions. Le paragraphe 2 b) stipule de manière précise : « *Dans tous les cas, sous réserve des paragraphes 8 b) et 9 de l'article 64, du paragraphe 4 de l'article 69 et de la disposition 5 de la règle 88, les témoins peuvent être interrogés comme suit : (...) b) Le Procureur et la défense ont le droit d'interroger ce témoin sur des points pertinents concernant son témoignage et la fiabilité de celui-ci, ainsi que sur sa propre crédibilité et d'autres questions pertinentes* ». Cette instruction fait transparaître avec clarté, la nécessité pour les débats au fond de pouvoir tester la fiabilité et la crédibilité des témoins, notamment des témoins à charge.

¹⁴ Voir Article 11 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, 10 décembre 1948 Résolution 217 A(II) ; Article 14 (2) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966 ; Les mêmes dispositions sont reprises par l'article 6 (2) de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; L'article 8 (2) de la Convention Américaine relative aux droits de l'homme, O.A.S., Treaty Series N° 36, 1144 U.N.T.S., 123 entrée en vigueur le 18 juillet 1978.

31. Peu importe donc que l'on puisse sonder ou non les différents éléments de preuve relatifs aux témoins décédés, par le biais, par exemple, d'enregistrements vidéo-filmés, comme cela pourrait être le cas pour le témoin 258. La Défense est en effet d'avis qu'il est nécessaire, pour la garantie d'un procès équitable, qu'elle puisse contre-interroger tout témoin à charge sur lesquels l'Accusation entend se baser pour démontrer la responsabilité de Mathieu Ngudjolo dans l'attaque de Bogoro et requérir sa condamnation.
32. Les TPI *ad hoc* ont clairement rappelé que le droit de contre-interroger fait partie intégrante du droit à un procès équitable¹⁵. Ces instances internationales ont d'ailleurs, à diverses reprises, rejeté l'admission de dépositions de témoins décédés au motif que la Défense n'avait pu ni ne pourrait contre-interroger ces témoins¹⁶.
33. La chambre d'appel du TPIY a quant à elle, dans l'affaire Kordic, refusé d'admettre au dossier à charge, la déclaration d'un témoin décédé interrogé par un enquêteur de la poursuite et non soumise à un contre-interrogatoire¹⁷.
34. D'autres décisions visent, pour leur part, le poids à donner au contre-interrogatoire pour le respect général des droits de la défense et l'équité du procès pénal : le rôle du contre-interrogatoire est tel que la Chambre de première instance du TPIY, dans l'affaire Martić, n'a accordé qu'une importance limitée à une déposition orale d'un témoin à charge en raison du décès de ce dernier avant la fin de contre-interrogatoire par la Défense¹⁸. Même un respect partiel du droit de contre-interroger ne suffit donc pas à satisfaire les droits de la Défense.

¹⁵ Affaire le Procureur c. Milosevic, *Décision relative à la requête de l'accusation aux fins d'admettre des déclarations écrites en vertu de l'article 92 bis du règlement*, 21 mars 2002, IT-016-47-T. paragraphe 25. http://www.icty.org/x/cases/slobodan_milosevic/tdec/fr/020321-2.htm

¹⁶ Voir notamment, Affaire le Procureur c. Élie Ndayambaje, Joseph Kanyabashi, Pauline Nyiramasuhuko, Arsène Shalom Ntahobali, Sylvain Nsabimana & Alphonse Nteziryayo, ICTR-98-42-T, *Decision on the Prosecutor's Motion to Remove from her Witness List Five Deceased Witnesses and to Admit into Evidence the Witness Statements of Four of Said Witnesses*, 22 janvier 2003, paragraphes 19 et 23. <http://www.icty.org/default.htm>

¹⁷ Voir par exemple, Affaire le Procureur c. Dario Kordic et Mario Cerkez, IT-95-14/2, Chambre d'appel, *Décision relative à l'appel concernant la déclaration d'un témoin décédé*, 21 juillet 2000, http://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/acdec/fr/00721EV313609.htm.

¹⁸ Affaire le Procureur c. Martić, Chambre de première instance, Jugement, affaire N° IT-95-11-T 12 juin 2007, paragraphes 33 et suivants. <http://www.icty.org/x/cases/martij/tjug/fr/090612f.pdf>

35. La Cour européenne des droits de l'homme a, dans un arrêt récent, tenu à rappeler l'importance capitale du contre-interrogatoire eu égard au plein respect de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Deux requérants, Messieurs Ali Tahery et Imad Al-Khawaja, se plaignaient, tirant argument de l'article 6 paragraphes 1 et 3 d) de la Convention¹⁹, que leurs condamnations avaient été, dans une mesure décisive, fondées sur les déclarations de témoins qu'ils n'avaient pas pu contre-interroger au cours du procès, ce qui les avait selon eux privés d'un procès équitable. Dans le cas de Monsieur Imad Al-Khawaja, il n'avait pu contre-interroger un témoin à charge en raison du décès de ce dernier postérieurement à sa déclaration aux forces de police. La Défense avait eu l'opportunité de sonder indirectement ce témoignage en contre-interrogeant d'autres témoins. La CEDH a pourtant estimé que le droit au procès équitable de Monsieur Imad Al-Khawaja n'avait pas été respecté en raison de l'impossibilité de contre-interroger le témoin décédé²⁰.
36. Au niveau doctrinal également, on constate que les auteurs s'opposent au témoignage des personnes décédées. Max et Powles avaient notamment relevé à juste titre que : *«An ambiguity in a statement by a deceased person where there is no firm ground on which a jury can resolve the ambiguity will render such a statement inadmissible²¹»*.
37. Par conséquent, au vu des développements jurisprudentiels et doctrinaux mentionnés *supra*, la Défense estime que sur la seule base du fait que les témoins décédés ne peuvent être contre-interrogés, les éléments y relatifs doivent être déclarés irrecevables pour les débats au fond.

¹⁹ Voir Article 6 paragraphe 1 et paragraphe 3 c).

²⁰ CEDH, Al-Khawaja Et Tahery C. Royaume-Uni, requêtes n^{os} 26766/05 et 22228/06, Arrêt, 20 janvier 2009, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionSimilar=32043042&skin=hudoc-fr&action=similar&portal=hbkm&Item=1&similar=englishjudgement>

²¹ R. MAY et S. POWLES, *Criminal Evidence*, 5ème édition, Sweet & Maxwell, Londres, 2004, p. 195.

2.4 Le préjudice causé à la Défense dépasse de loin toute valeur probante qui serait accordée aux documents liés aux témoins décédés

38. L'article 69 paragraphe 4 du Statut consacré à la preuve, 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* ». L'article 69 paragraphe 2 comprend également une référence claire au respect des droits de la défense.

39. Dans la mesure où la Défense ne pourra contre-interroger les témoins 167 et 258, ni opérer les vérifications essentielles en lien avec lesdits témoins, la Défense estime qu'admettre les documents liés à ces témoins engendrerait à l'évidence un préjudice important et difficilement réparable. Ce préjudice dépasse de loin la valeur probante que pourraient éventuellement revêtir les éléments querellés et est à ce point important qu'il rendrait inéquitable le procès contre Mathieu Ngudjolo, si la Chambre devait faire droit à leur recevabilité.

40. La Défense rappelle par ailleurs qu'au niveau de la confirmation des charges, la Chambre préliminaire I avait estimé, en dépit du droit du Procureur de se baser sur des preuves écrites, que le fait pour la Défense de se voir priver du droit de contre-interroger le témoin 258 affectait nécessairement la force probante des éléments y relatifs²². Ce constat vaut d'autant plus pour le fond des débats où l'enjeu est désormais la condamnation ou l'acquittement de Monsieur Ngudjolo.

41. La Défense relève à nouveau que la Cour européenne des droits de l'homme a également soutenu dans de nombreux arrêts que l'impossibilité de contre-interroger un témoin était contraire à l'article 6 de la CEDH. Cette jurisprudence tient notamment compte du préjudice subi par un accusé en rapport avec la valeur probante d'un élément de preuve.

²² ICC-01/04-01/07-716-Conf-tFRA-Corr, paragraphe 195.

42. Dans l'arrêt Luca contre Italie, par exemple, la Cour n'a pas manqué de rappeler sa jurisprudence: "[...] comme la Cour l'a précisé à plusieurs reprises (voir, entre autres, les arrêts *Isgrò c. Italie* du 19 février 1991, série A n° 194-A, p. 12, § 34, et *Lüdi précité*, p. 21, § 47), dans certaines circonstances il peut s'avérer nécessaire, pour les autorités judiciaires, d'avoir recours à des dépositions remontant à la phase de l'instruction préparatoire, notamment lors du refus de les réitérer en public par crainte des conséquences pour la sécurité de l'auteur des dépositions, ce qui peut être le cas dans le cadre de procès visant les agissements d'organisations mafieuses. Si l'accusé a eu une occasion adéquate et suffisante de contester pareilles dépositions, au moment où elles sont faites ou plus tard, leur utilisation ne se heurte pas en soi à l'article 6 §§ 1 et 3 d). Il s'ensuit, cependant, que les droits de la défense sont restreints de manière incompatible avec les garanties de l'article 6 lorsqu'une condamnation se fonde, uniquement ou dans une mesure déterminante, sur des dépositions faites par une personne que l'accusé n'a pu interroger ou faire interroger ni au stade de l'instruction ni pendant les débats (...) ²³".

43. La jurisprudence des TPI *ad hoc* va dans le même sens. Par exemple, dans l'affaire Prlic, la Chambre d'appel du TPIY a précisé l'avantage de pouvoir questionner les témoins par rapport à la production de simple dépositions écrites, à savoir notamment que les dépositions orales permettent une remise en contexte par le biais de questions de la part des parties²⁴. Sur cette base, on peut conclure qu'une déposition écrite peut avoir une valeur probante si réduite qu'elle doit être déclarée irrecevable.

44. La Chambre d'appel du TPIY a clairement affirmé, concernant un document lié à un témoin décédé, que si « *cette preuve est admise pour prouver la véracité de ce qui y est dit, une Chambre de première instance doit être convaincue que, envisagée dans cette perspective, elle est crédible en ce sens qu'elle est volontaire, véridique et digne de foi et elle peut à cette fin prendre en compte à la fois le contenu de la déclaration et les*

²³ *Lucà v. Italy*, n°33354/96 (Sect. 1) (bil.), ECHR 2001-II – (27.2.01), paragraphe 40. Voir également les arrêts *Unterperthinger c. Autriche* du 24 novembre 1986, série A n° 110, pp. 14-15, paragraphes 31-33 ; *Saïdi c. France* du 20 septembre 1993, série A n° 261-C, pp. 56-57, paragraphes 43-44 ; et *Van Mechelen* et autres précité, p. 712, paragraphe 55; voir aussi *Dorigo c. Italie*, requête n° 33286/96, rapport de la Commission du 9 septembre 1998, paragraphe 43, non publié, et, sur cette même affaire, *Résolution du Comité des Ministres DH (99) 258* du 15 avril 1999.

²⁴ Affaire le Procureur c. Prlic, *Decision on Appeals against Decision Admitting Transcript of Jadranko Prlic's Questioning into Evidence*, 23 novembre 2007, IT 04-74-AR. 73.6, paragraphe 46.

circonstances dans lesquelles elle a été faite; ou comme l'a dit le juge Stephen, la valeur probante d'une telle déclaration dépend du contexte et du caractère du moyen de preuve en question. L'impossibilité de contre-interroger la personne qui a fait les déclarations et le fait qu'il s'agit ou non d'un témoignage de première main sont aussi à prendre en compte dans l'appréciation de la force probante de l'élément de preuve²⁵ ».

45. Le préjudice que subirait Mathieu Ngudjolo et de manière plus générale l'équité du procès, si les documents liés aux témoins décédés devaient être déclarés recevables, est considérable. D'autant que Mathieu Ngudjolo serait alors dans la position inacceptable pour la Défense, de devoir répondre de faits qu'il n'a pu contester par le biais d'un contre-interrogatoire, alors même que la crédibilité de ces témoins est sujette à caution puisque émaillée de diverses contradictions et imprécisions²⁶. Par voie de conséquence, la Chambre ne peut que constater que le préjudice pour les droits de la défense l'emporte sur la valeur probante que pourrait revêtir les documents liés aux témoins décédés puisque la défense ne pourra les contre-interroger. Le seul remède pour garantir le respect des droits de la Défense est de les extirper des éléments de preuve à charge et de les rejeter.

III. Problématiques spécifiques liées aux témoins

3.1. Les raisons spécifiques qui doivent mener à l'irrecevabilité des documents liés au témoin décédé 167

3.1.1. Remarques liminaires

46. Le témoin 167 présente un récit de plus de 400 pages que l'on peut qualifier davantage de mémoire que de journal. La Défense estime que ce document était destiné à la vente

²⁵ Affaire le Procureur c. Dario Kordic et Mario Cerkez, Chambre d'appel, *Décision relative à l'appel concernant la déclaration d'un témoin décédé*, 21 juillet 2000, paragraphe 23 http://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/acdec/fr/00721EV313609.htm

²⁶ Cf. infra point III, considérations spécifiques aux témoins décédés 167 et 258.

par son auteur²⁷. Il est important de garder cet objectif à l'esprit : en effet, le document a été compilé à d'autres fins qu'une procédure exclusivement judiciaire.

47. La Défense tient à souligner à ce sujet que les juridictions en Angleterre et aux USA excluent l'admission de livres, journaux et articles comme moyens de preuve²⁸. Il ne serait, en tout état de cause, pas sérieux d'accorder au document produit par le témoin 167 la foi que l'on accorderait à des documents divulgués à des fins strictement judiciaires.

48. La Défense relève par ailleurs que la Chambre préliminaire avait précisé que « *le témoin 167 ne devait pas être considéré comme un témoin de l'Accusation mais comme une source décédée de l'Accusation*²⁹ ». La Défense note néanmoins qu'au stade du procès, la personne répertoriée sous le numéro 167 est bel et bien citée par le Bureau du Procureur en qualité de témoin³⁰.

49. La Défense estime donc qu'il y a lieu, à titre principal, de considérer cette personne comme un témoin de l'Accusation et partant, de faire application des considérations générales évoquées ci-dessus.

50. A titre subsidiaire, même si la Chambre devait estimer que le témoin 167 est en réalité une source décédée de l'Accusation, la Défense avance que le nombre important de problèmes cruciaux liés au manuscrit présenté par ce témoin, devrait *de facto* amener la Chambre à déclarer cet élément de preuve irrecevable.

²⁷ Voir la lettre portant référence DRC-OTP-0140-522.

²⁸ D.D. BLINKA. 'Practical Inconvenience' or Conceptual Confusion: The Common-Law Genesis of Federal Rule of Evidence 703', (1927) 20 *American Journal of Trial Advocacy* 467, citant Henry Wade Rogers, *The Law of Expert Testimony* 2nd ed. (1991) (1891).

²⁹ ICC-01/04-01/07-717, paragraphe 100.

³⁰ Voir Annexe A p.4, ligne 11 du *Mémoire aux fins de dépôt du tableau des éléments à charge, de la liste des témoins de l'Accusation et de la liste des pièces à charge*, ICC-01/04-01/07-1174, 27 mai 2009.

3.1.2. La qualité du document produit ne permet pas à ce témoin de constituer une source fiable du Bureau du Procureur

Le Document est partiellement illisible

51. La Chambre préliminaire a rapporté concernant le document présenté par le témoin 167 : « *la Chambre elle-même ayant été en mesure de lire le manuscrit tout entier dans sa forme originale et n'ayant pas considéré que celle-ci compromettait sa capacité d'apprécier l'élément de preuve comme il se doit, elle rejette les contestations des deux équipes de la Défense s'agissant de la forme du manuscrit* ³¹ ».

52. La Défense ne peut que marquer son étonnement et son désaccord par rapport à la lisibilité du manuscrit présenté par le témoin 167. Elle réitère ses constatations et affirme que certains passages sont illisibles³². A ce sujet, la Défense tient à souligner que l'Accusation a dans un courriel daté du 12 octobre 2009 fait état de ce qu'elle ne dispose pas d'une version dactylographiée de ce document.

L'authenticité du manuscrit est sujette à caution

53. En plus de n'être ni daté ni signé, le document contient plusieurs écritures. Sans vouloir s'ériger en graphologue, la Défense avance n'avoir aucune assurance quant à l'identité de l'auteur du récit, à savoir une seule et même personne ou différents auteurs. Aucune étude authentifiant ces documents n'a été menée.

54. La Défense relève néanmoins, suite à un examen minutieux qu'elle soumet respectueusement à la Chambre, deux écritures principales³³ et deux écritures secondaires³⁴ qui semblent démontrer le travail d'auteurs différents. La Défense estime donc que ces éléments renforcent le degré d'incertitude quant à l'authenticité du manuscrit présenté par le témoin 167.

³¹ ICC-01/04-01/07-717, paragraphe 105.

³² Voyez notamment DRC-OTP-0140-664, page 677, et DRC-OTP-0140-678, pages 682 et 686.

³³ Voyez par exemple DRC-OTP-0140-561 aux pages 571, DRC-OTP-0140-698 aux pages 700, 703, 705, 707, 708, 719, 720, 723, 724, DRC-OTP-0140-839 aux pages 842, 843, 844.

³⁴ DRC-OTP-0140-867 à la page 881 et DRC-OTP-0140-900 à la page 924.

3.1.3. Le défaut de pertinence d'un manuscrit écrit postérieurement au fait

55. Le « mémoire » produit par le témoin 167 est un récit discontinu, plutôt contradictoire et qui s'éloigne largement des faits mis à charge de Monsieur Ngudjolo. Certains paragraphes n'ont d'ailleurs aucun lien avec l'histoire de la RDC en soi³⁵. Dans le même sens, la Défense ignore quelles ont été les sources du témoin³⁶.
56. En outre, le document n'a pas été rédigé au moment des faits, il voit donc sa valeur probante largement diminuée³⁷. Généralement, devant les juridictions pénales internationales, le caractère contemporain des documents, c'est-à-dire rédigés à l'époque des faits, est décisif quant à la crédibilité des informations y relatées.
57. Knoops, suite à une analyse jurisprudentielle, fait état de ce que le TPIY semble avoir établi quatre critères afin de déterminer si oui ou non un document type journal de guerre peut être recevable comme preuve dans le cadre d'une procédure pénale internationale. Ces critères peuvent être présentés comme suit : (1) le caractère contemporain de la production du document ; (2) la vérification de son authenticité, par exemple par le biais de l'écriture ; (3) l'authentification du document par le constat d'absence de falsification ou d'altération ; (4) la pertinence du contenu sur la procédure d'établissement de la vérité au regard des charges³⁸.

³⁵ Voyez à titre d'exemple les éléments référencés sous les numéros DRC-OTP-0140-0553 pages 554, 556 et 558, DRC-OTP-0140-0577, page 578 et 580, DRC-OTP-0140-0604, page 605.

³⁶ Sur le caractère contemporain et la nécessité de connaître l'identité de l'auteur et ses sources de connaissances, voir *Budlong v. Budlong* 136 Atl. 308 (R. I. 1927) in 'Evidence-Admissibility of Book Entries', (1927) 36 *Yale Law Journal* 1184.

³⁷ En ce sens Carla Del Ponte avait insisté sur l'importance pour le Bureau du Procureur de se baser sur le caractère contemporain de documents ainsi que sur l'importance de relater des informations de première main. C. Del Ponte, *Investigation and Prosecution of Large-scale Crimes at the International Level - The Experience of the ICTY*, *Journal of International Criminal Justice*, 2006, 4(3), pp. 539-558 <http://ijci.oxfordjournals.org/cgi/content/full/4/3/539#RFN60>; Voyez également devant la Cour Internationale de Justice, dans l'affaire Congo c. Ouganda, *Jugement*, I.C.J. Reports 2005, p. 201, paragraphe 61.

³⁸ G.J.A. KNOOPS, op.cit., p. 21. En outre, la Défense note que les indices de fiabilité qui ont été retenus pour l'admission en qualité de preuve par la jurisprudence des Tribunaux *ad hoc* comprennent des éléments qui *in casu* sont absents ou invérifiables, à savoir : le lieu de saisie du document, la chaîne de détention du document, la corroboration du contenu du document avec d'autres éléments de preuve, la nature du document, la présence d'une signature, d'un tampon et la forme d'écriture manuscrite. Voir notamment au TPIR Affaire le Procureur c/ Bagosora et al, *Decision on Admission of Tab 19 of Binder Produced in Connection with Appearance of Witness Maxwell Nkole*, No. ICTR-98-41-T, Chambre de Première Instance, 13 septembre 2004, paragraphes 8 et 22, <http://69.94.11.53/default.htm> ; au TPIY Affaire le Procureur c/ Delalić et al., *Decision on Application of Defendant Zejnil Delalić for Leave to Appeal Against the Decision of the Trial Chamber of 19 January 1998 for*

3.1.4. Le manque de crédibilité de la source décédée de l'Accusation : contradictions et preuve par oui-dire

58. La Défense tient également à soulever que le document fourni par le témoin 167 est émaillé de contradictions et repose principalement sur des preuves par oui-dire. Sans vouloir entrer dans un débat approfondi sur la preuve par oui-dire, la Défense souhaite relever une décision jurisprudentielle pertinente dans le contexte de témoins décédés. Dans l'affaire Kordic, la Chambre de première instance avait jugé que : “[The] material [...] based on anonymous sources or hearsay statements that are incapable of now being tested by cross-examination [...], the probative value of the evidence is so reduced that it is "substantially outweighed by the need to ensure a fair trial"³⁹.

59. La Défense s'inquiète également du fait que l'auteur, depuis longtemps malade, n'ait pu éventuellement disposer des capacités intellectuelles nécessaires à l'écriture d'un tel récit⁴⁰. Dans la mesure où cette personne est aujourd'hui décédée, la Chambre ne pourra obtenir aucune réponse à ce sujet, ce qui fragilise encore la fiabilité du document querellé.

60. La Défense avance que pour considérer un document comme recevable, la Chambre doit s'assurer qu'il existe des indices suffisants de fiabilité pour justifier son admission,⁴¹ c'est à dire « un certain degré de pertinence » et un « certain degré de valeur probante »⁴². Il revient à l'Accusation d'établir une preuve *prima facie* de

the Admissibility of Evidence, affaire IT-96-21-AR 73.2, Chambre d'Appel., 4 mars 1998, paragraphe 18, <http://www.un.org/icty/celebici/appeal/decision-e/80304a13.htm>.

³⁹ Affaire le Procureur c. Kordic et Cerkez, IT-95-14/2, *Decision On Prosecutor's Submissions Concerning "Zagreb Exhibits" And Presidential Transcripts.*, 1 décembre 2000, paragraphe 39 <http://www.un.org/icty/kordic/trialc/decision-e/01201AE514292.htm>

⁴⁰ DRC-OTP-0140-992, p.996

⁴¹ TPIY le Procureur c/ Bagosora et al., *Decision on Ntabakuze motion to deposit certain United Nations documents*, affaire ICTR-96-7, Chambre de Première Instance, 19 mars 2007, paragraphe 3 ; le Procureur c/Bagosora et al., *Decision on admission of tab 19 of binder produced in connection with appearance of witness Maxwell Nkole*, affaire ICTR-96-7, Chambre de Première Instance, 13 septembre 2004, paragraphe 8, voir, <http://69.94.11.53/default.htm>.

⁴² TPIY le Procureur c/ Hadzihasanovic et Kubura, *Décision rendant publique la décision confidentielle relative à l'admissibilité de certaines pièces contestées et des pièces aux fins d'identification*, IT-01-47, Chambre de Première Instance, 2 août 2004, paragraphe 38 ; <http://www.un.org/icty/hadzihas/trialc/decision-f/040802.pdf>.

fiabilité avant qu'une pièce puisse être admise⁴³, ce que l'Accusation est en défaut de prouver *in casu* vu les éléments mentionnés *supra*. Par conséquent, la Défense estime que le manuscrit présenté par le témoin 167 doit être déclaré irrecevable.

3.2. Les raisons spécifiques qui doivent mener à l'irrecevabilité des documents liés au témoin décédé 258

61. Dans la décision confirmative des charges, la Chambre préliminaire I épinglait la valeur probante limitée que revêtaient les transcriptions de la déposition du témoin 258 dans le contexte de la confirmation des charges⁴⁴. La Défense estime que ce constat mis à jour dans le contexte du procès au fond devrait conduire la Chambre à rejeter les éléments de preuve liés à ce témoin.

3.2.1. Le manque d'informations par rapport au droit à être assisté d'un avocat

62. La Défense rappelle que le témoin 258 a été entendu en qualité de suspect sans l'assistance d'un conseil⁴⁵. Or, le droit à l'assistance par un avocat est consacré par de nombreux textes protecteurs des droits de l'homme et repris par l'article 67 paragraphe 1, b) du Statut.

63. La Défense constate que ni les participants au procès, ni la Chambre ne disposent d'informations quant aux circonstances de la renonciation à l'assistance d'un avocat ou encore à l'état d'esprit dans lequel elle a été donnée. Ces éléments contextuels ne sont donc pas vérifiables. Or, ce n'est que par le biais du contre-interrogatoire que la Chambre aurait pu se forger une opinion éclairée.

⁴³ Voir à cet effet la jurisprudence du TPIY, plus particulièrement le Procureur c/ Naletilić & Martinović, *Decision on the Admission of Exhibits Tendered During the Rejoinder Case*, affaire IT-98-34, Chambre de Première Instance, 23 Octobre 2002, p. 2, voir <http://www.un.org/icty/naletilic/trialc/decision-e/25163211.htm> ; le Procureur c/ Naletilić & Martinović, *Decision on the Admission of Exhibits Tendered Through Witness Jadranko Martinović*, affaire IT-98-34, Chambre de Première Instance, 3 Septembre 2002, p. 2, <http://www.un.org/icty/naletilic/trialc/decision-e/11111151.htm> ; le Procureur c/ Kordić and Čerkez, *Decision on Appeal Regarding Statement of a Deceased Witness*, affaire IT-95-14/2-AR73.5, Chambre d'Appel, 21 Juillet 2000, paragraphes 18-28, <http://www.un.org/icty/kordic/appeal/decision-e/00721EV313608.htm> ; le Procureur c/ Aleksovski, *Decision on Prosecutor's Appeal on Admissibility of Evidence*, affaire IT-95-14/1-AR73, Chambre d'Appel, 16 Février 1999, <http://www.un.org/icty/aleksovski/appeal/decision-e/90216EV36313.htm>.

⁴⁴ Voir notamment ICC-01/04-01/07-716-Conf-tFRA-Corr, paragraphe 195.

⁴⁵ Transcrit de la déposition commençant à la référence DRC-OTP-0173-0560.

64. La décision confirmative des charges à l'encontre de Mathieu Ngudjolo précise : « *La Chambre fait observer que même l'Accusation ne conteste pas que le témoin 258, aujourd'hui décédé, était un suspect et qu'il ait été entendu sans l'assistance d'un conseil, ce qui pourrait en principe jeter le doute sur la fiabilité de sa déclaration. Le témoin 258 étant décédé, aucune des deux équipes de la Défense ne pourra jamais le contre-interroger. À la lumière de ces éléments, la Chambre décide que les contestations soulevées par les équipes de la Défense sont susceptibles d'affecter la valeur probante de la déclaration du témoin 258. La Chambre répète qu'elle utilisera un tel élément avec prudence à l'heure de confirmer ou rejeter toute allégation de l'Accusation*⁴⁶ ».

65. La Défense estime dès lors que la valeur probante des transcriptions d'auditions est à ce point aléatoire qu'il convient que la Chambre de première instance, au stade du procès, les déclare irrecevables afin que l'équité de la procédure soit entièrement respectée.

3.2.2. Le non-respect du droit à ne pas s'auto-incriminer et à garder le silence

66. Les circonstances telles que rapportées dans le transcrit du témoin 258 sont en contradiction avec ces droits. Il est en effet dit au témoin 258 que deux droits lui sont conférés en vertu du Statut de Rome (sans pour autant citer les articles en question) : le droit de rester silencieux et le droit de recourir à un avocat.

67. Néanmoins, il n'est jamais précisé au témoin 258 qu'il est interrogé comme suspect. Les enquêteurs lui disent qu'ils sont liés par le Statut, qu'ils sont requis de lui faire prendre connaissance de ces droits notamment en raison du fait que le témoin 258 appartenait à un groupe armé ayant commis des crimes présumés tombant sous la juridiction de la Cour. Cependant, pour les enquêteurs, il s'agit d'un 'témoignage' aux fins de recueillir des informations sur le groupe armé auquel le témoin 258 appartenait,

⁴⁶ ICC-01/04-01/07-717-tFRA-Corr, paragraphe 195.

leur intérêt étant concentré sur des personnes ayant eu de plus grandes responsabilités dans la commission des crimes⁴⁷.

68. A ce titre la Défense relève que les droits garantis par l'article 55 paragraphes 1 et 2 du Statut ne peuvent que recevoir une interprétation effective et non superficielle. Pour renoncer volontairement au droit de ne pas témoigner contre soi-même, la personne doit être pleinement informée des conséquences de sa déposition. Cette obligation est d'autant plus importante quand une personne n'est pas assistée d'un conseil. La Défense est ainsi convaincue que le témoin 258 n'était pas en mesure de renoncer à ses droits puisqu'au moment de sa déposition, il n'avait pas été informé de l'affaire dans laquelle son témoignage serait utilisé. Dans la mesure où cette personne est décédée, il est aujourd'hui impossible de vérifier par le biais du contre-interrogatoire, si la renonciation à l'assistance d'un avocat et/ou le droit à garder le silence était volontaire ou non.

69. Le droit à ne pas s'auto-incriminer et le droit à garder le silence sont sauvegardés par une série d'instruments nationaux et régionaux protecteurs des droits de l'homme et garanti par l'article 67 paragraphe 1, g) du Statut⁴⁸.

70. La CEDH a, dans un arrêt récent, rappelé la définition et l'importance du droit à ne pas s'auto-incriminer. Elle précisait : « *Quant au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et au droit de garder le silence, la Cour rappelle que ces droits sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable. Ils ont notamment pour but de protéger l'accusé contre une coercition abusive de la part des autorités et, ainsi, d'éviter les erreurs judiciaires et d'atteindre les buts de l'article 6 (John Murray c. Royaume-Uni, 8 février 1996, § 45, Recueil 1996-I). Le droit de ne pas s'incriminer soi-même concerne en premier lieu le respect de la détermination d'un accusé à garder le silence et présuppose que, dans une affaire pénale, l'accusation cherche à fonder son argumentation sans recourir à*

⁴⁷ Voir pages 1-15 de la première audition du témoin 258.

⁴⁸ Cet article précise : « *Lors de l'examen des charges portées contre lui, l'accusé a droit à ce que sa cause soit entendue publiquement, compte tenu des dispositions du présent Statut, équitablement et de façon impartiale. Il a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes : ...g) Ne pas être forcé de témoigner contre lui-même ou de s'avouer coupable, et garder le silence sans que ce silence soit pris en considération pour déterminer sa culpabilité ou son innocence* ».

des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou des pressions, au mépris de la volonté de l'accusé (voir, notamment, Saunders c. Royaume-Uni, 17 décembre 1996, §§ 68-69, Recueil 1996-VI, Allan, précité, § 44, Jalloh, précité, §§ 94-117, et O'Halloran et Francis c. Royaume-Uni [GC] n^{os} 15809/02 et 25624/02, §§ 53-63, CEDH 2007-...)⁴⁹ ».

71. La CEDH, dans ce même arrêt, proposait des clefs d'évaluation afin de déterminer si une procédure déterminée avait anéanti ou non la substance même du droit à ne pas s'auto-incriminer et du droit à garder le silence⁵⁰. La Défense relève deux critères applicables au témoin 258 : 1/ l'existence de garanties appropriées dans la procédure et 2/ l'utilisation qui est faite des éléments ainsi obtenus. Dans la mesure où le suspect n'a pas été assisté d'un avocat, la Défense estime que les garanties appropriées pour le respect de la procédure n'existent pas. En outre, vu le décès du témoin 258, la Défense estime que recourir à l'utilisation de sa déposition est incompatible avec le droit au procès équitable. Ce double constat doit impérativement mener à la conclusion de l'irrecevabilité des transcrits querellés.

72. Les Chambres extraordinaires établies au sein des tribunaux cambodgiens pour juger les Khmers rouges ont traité, pour un témoin décédé, de la question du respect du droit au silence et du droit à être informé pleinement de ce qu'un témoignage pourrait être utilisé ultérieurement dans une procédure judiciaire. Cette décision est particulièrement intéressante *in casu*. En effet, la Chambre de première instance a rappelé clairement à ce sujet que⁵¹ :

⁴⁹ CEDH, Affaire Bykov c. Russie, requête 4378/02, Arrêt, 10 mars 2009, paragraphe 92.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=848156&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>.

⁵⁰ Ibidem

⁵¹ Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, Affaire le Procureur c. Kaing Guek Eav alias Duch, Chambre de première instance, *Décision relative à la recevabilité en tant qu'élément de preuve de certaines pièces contenues dans le dossier*, 26 mai 2009 http://www.eccc.gov.kh/french/cabinet/courtDoc/315/E43_4_FR.pdf. Les références légales et jurisprudentielles pour arriver à cette conclusion étaient les suivantes :

19. Le droit de garder le silence et la garantie faite à l'accusé de ne pas devoir faire de déclarations qui pourraient être retenues contre lui sont inscrits à la règle 21 d) du Règlement. Ils sont les pendants de normes internationales généralement admises en la matière. Selon ces normes, les déclarations effectuées au cours d'enquêtes préalables au procès ne peuvent être tenues pour fiables que si elles ont été faites volontairement et sans contrainte. L'exclusion est la mesure qui s'impose habituellement lorsque des violations de ces droits sont avérées³².

73. Partant, la Défense postule l'irrecevabilité des transcrits de dépositions effectuées par le témoin 258.

3.2.3. Le consentement du témoin à voir sa déposition utilisée dans le cadre de l'affaire MN et GK

74. La Chambre préliminaire I a souligné « *lors de l'entretien avec le témoin 12 qui s'est déroulé avant l'ouverture de l'affaire qui nous concerne en mai 2007, celui-ci a expressément autorisé l'utilisation de la transcription dudit entretien dans le cadre des procédures tenues devant la Cour*⁵² ». La Défense estime que ce consentement d'ordre général ne rencontre pas le minimum requis pour être utilisé dans un procès spécifique devant la Cour dans la mesure où le témoin 258 ne peut volontairement consentir à une utilisation dans le cadre de l'affaire spécifiquement déterminée contre Mathieu Ngudjolo et Germain Katanga.

³² Voir, par exemple, article 14.3 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (le « Pacte international »); article 6 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (la « Convention européenne »); *Murray c. Royaume-Uni*, CEDH (1996) 18731/91, par. 45; *Saunders c. Royaume-Uni*, CEDH (1996) 19187/91, par. 68; *Shabelnik v. Ukraine*, CEDH (2009) 16404/03, par. 54 à 59. La jurisprudence du TPIY et du Tribunal pénal international pour le Rwanda (le « TPIR ») a fait siennes les dispositions essentielles du droit au procès équitable tels qu'elles sont inscrites dans le Pacte international et la Convention européenne: voir par exemple, *Le Procureur c. Mucić et consorts*, IT-96-21-T, « *Decision on Zdravko Mucić's Motion for Exclusion of Evidence* », 2 septembre 1997, par. 41; *Le Procureur c. Bagosora*, ICTR-98-41-T, « *Décision relative à la requête du Procureur intitulée Prosecutor's Motion for the Admission of Certain Materials Under Rule 89(C) of the Rules of Procedure and Evidence* », 14 octobre 2004, par. 21; *Le Procureur c. Halilović*, IT-01-48-AR73.2, « *Decision on Interlocutory Appeal Concerning Admission of Record of Interview of the Accused from the Bar Table* », 19 août 2005, par. 15.

⁵² ICC-01/04-01/07-412, op.cit., p.8.

75. Tant la jurisprudence que la doctrine affirment que le consentement est requis pour la validité d'un témoignage⁵³. De même, l'article 64 paragraphe 6 b) du Statut, précise que la Chambre de première instance a le pouvoir "*d'ordonner la comparution des témoins et leur audition [...] ; cette disposition doit néanmoins être mise en relation avec l'article 93 (1) du Statut. Cette dernière disposition exige des Etats Parties une pleine et entière collaboration dans la prise de "mesures propres à faciliter la comparution volontaire devant la Cour de personnes déposant comme témoins ou experts"*.
76. Il y a donc lieu d'examiner la problématique du consentement non spécifiquement donné par le témoin (simple connaissance de ce que son témoignage pourrait être utilisé en justice) à la lumière de l'article 68 paragraphe 1^{er} du Statut et de la règle 86 du RPP.
77. Pour procéder à un tel examen, il convient notamment de se référer à la décision de confirmation des charges prise par la Chambre préliminaire dans l'affaire Lubanga mais que la Défense estime pertinent *mutatis mutandis* au stade du procès au fond. Ladite Chambre a estimé que: "*la première et la plus importante mesure imposée par l'article 68-1 du Statut et par la règle 86 du Règlement est d'informer chaque témoin potentiel du fait qu'une partie entend, aux fins de l'audience de confirmation des charges dans le cadre d'une affaire spécifique, se fonder sur sa déclaration, sur le rapport établi dans le cadre de son audition ou sur la transcription de ladite audition. En conséquence, si, comme c'est le cas en l'espèce s'agissant des témoins DRC-OTP-WWWW-0033, DRC-OTP-WWWW-0035 et DRC-OTPW-0037, cette information n'a pas été donnée aux témoins en question afin d'assurer adéquatement leur protection, la Chambre considère que leurs déclarations, les transcriptions de leur audition ou les rapports établis dans le cadre de leur audition doivent être déclarés inadmissibles aux fins de l'audience de confirmation des charges. Par conséquent, la*

⁵³ Lire notamment L.N. SADAT, *Redefining Universal Jurisdiction*, New England Law Review, p. 254 ; K. AMBOS, *The Right of Non-Self-Incrimination of Witnesses Before the ICC*, Leiden Journal of International Law, 2002, p. 171 ; G. SLUITER, *International Criminal Adjudication and the Collection of Evidence: Obligations of States*, Antwerpen, Oxford, New York: Intersentia, 2002, p. 254.

Chambre ne réexaminera en aucun cas les parties des requêtes introduites par l'Accusation en vertu de la règle 81 qui portent sur ces trois témoins⁵⁴.

78. Ainsi, dans la mesure où le témoin 258 ignorait que son témoignage serait utilisé dans une affaire spécifique, *in casu* contre Messieurs Ngudjolo et Katanga, peu importe que des mesures de protection aient été prises ou non, son témoignage doit être écarté des débats. En effet, un consentement général et non éclairé ne peut être considéré comme valide.

79. Par conséquent, la Défense considère que l'élément tiré de l'absence de consentement du témoin 258 aujourd'hui décédé doit également contribuer à l'exclusion des éléments de preuve qui le concernent.

PAR CES MOTIFS

La Défense sollicite respectueusement de la Chambre :

- de déclarer irrecevables, pour le procès au fond, les documents liés aux témoins 167 et 258.



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

Fait le 23 octobre 2009

A La Haye (Pays-Bas)

⁵⁴ Affaire le Procureur c. Lubanga, *Confirmation of Charges*, ICC-01/04-01/06-803-tEN, 29 January 2007, paragraphe 59.