



Original : Français

N° : ICC-01/04-01/07

Date : 28 octobre 2009

LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE II

Composée comme suit : M. 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

**Mémoire de la Défense de Mathieu Ngudjolo sur l'interprétation de
l'article 25(3) (a) du Statut de Rome**

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 Sita 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 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

L'Unité d'aide aux victimes et aux témoins

La Section de la détention

I. Objet de la soumission

1. Le Bureau du Procureur (ci-après l'Accusation ou le Procureur) a obtenu, à l'issue de l'audience de confirmation des charges, le renvoi en phase de jugement de Mathieu Ngudjolo et son co-accusé Germain Katanga devant la Chambre de première instance II (ci-dessous la Chambre). Ces derniers doivent répondre de 10 charges des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre qui ont été retenues à leur encontre¹.

2. La Chambre préliminaire a fondé sa décision sur un mode particulier de responsabilité pénale tiré de la théorie du contrôle sur le crime déduite de l'interprétation de l'article 25(3) (a) du Statut de Rome.

3. Au moment où l'ouverture des débats au fond a été fixée au 24 novembre 2009, ce type de responsabilité a éveillé l'attention de la Chambre qui, soucieuse de statuer en connaissance de cause à l'heure de rendre son jugement, a requis, au cours de sa conférence de mise en état du 1^{er} octobre 2009, des parties et des participants à la procédure leur propre interprétation de cette disposition statutaire en insistant surtout sur le point de savoir d'eux, de façon motivée, si elle devrait infirmer ou confirmer cette interprétation telle que faite par la Chambre préliminaire I dans sa décision du 26 septembre 2008².

4. L'Accusation³ et les Représentants légaux des victimes⁴ ont soumis leurs écritures quant à ce en date du 19 octobre 2009.

5. Dans la présente soumission, la Défense de Mathieu Ngudjolo Chui (ci-après la Défense) entend systématiser le point de vue selon lequel l'interprétation donnée par la Chambre préliminaire I doit voir son évolution nettement stoppée. Elle doit être infirmée. Cela, après avoir, fort d'un argument théorique, contesté le fondement juridique de ce mode de responsabilité. Au total, la Défense se propose, pour y arriver, de déployer un argumentaire à deux aspects (théorique et pratique) dont elle spécifie tout de suite les définitions stipulatives.

¹ ICC-01/04-01/07-717.

² ICC-01/04-01/07-T-71-Conf-FRA ET, p. 7, lignes 8-24 : « La Chambre de première instance II ordonne aux participants de déposer un mémoire préalable au procès sur leur interprétation en droit de l'article 25-3-a du Statut en exposant les raisons pour lesquelles l'interprétation donnée à cet article par la Chambre préliminaire devrait être soit confirmée, soit infirmée, avant le vendredi 30 octobre 2009 à 16h. »

³ ICC-01/04-01/07-1541 "Prosecution's Pre-Trial Brief on the Interpretation of Article 25(3)(a)."

⁴ ICC-01/04-01/07-1539 « Mémoire des Représentants légaux des victimes sur l'interprétation de l'article 25,3,a du Statut. »

6. Par l'argument théorique, la Défense, par un jeu de spéculation intellectuelle, le droit étant du reste une science qui procède par interprétation, s'évertue à contester la légalité de la théorie du contrôle sur le crime.

7. L'argument pratique est celui qui, ayant après tout donné acte aux partisans de l'interprétation litigieuse de leur manière de voir, s'escrime à démontrer que, quand bien même l'existence légale de cette théorie du contrôle sur le crime ne serait pas sujette à caution, les données de l'espèce, au stade préliminaire, ne fournissaient aucune raison juridiquement plausible à la Chambre préliminaire I de retenir ce mode de responsabilité pour renvoyer les accusés en jugement devant la Chambre. Cet argument se veut juridiquement pragmatique, réaliste.

8. La Défense tient à souligner à titre liminaire et avec force que la présente soumission est faite sous réserve de toute modification ultérieure reposant sur la présentation du dossier de l'Accusation et les éléments de preuve, qu'elle soumettra, le cas échéant, lors de l'exposé de son dossier à décharge. En effet, la Défense est d'avis qu'il est prématuré d'adopter un mode défini de responsabilité sans disposer de tous les éléments factuels de la cause et de leur contestation, éléments qui doivent éclairer la religion de la Chambre sur la manifestation de la vérité.

II. Développements

A. L'argument théorique en faveur du rejet de la théorie du contrôle sur le crime

9. La Chambre préliminaire I (ci-après également le Juge *a quo*), interprétant la notion de la commission du crime par l'entremise d'un tiers, en a déduit que, sans être acteurs sur le terrain, les accusés, après avoir planifié leur projet criminel de rayer Bogoro de la carte, étaient présumés avoir la parfaite maîtrise des événements sur le théâtre des opérations en ce qu'ils donnaient des ordres et suivaient de très près l'exécution de leur plan⁵. La Chambre, pour décider du renvoi des accusés en jugement, s'est basée sur la théorie de l'auteur derrière l'auteur direct issue d'une doctrine allemande ayant pour protagoniste le juriste Allemand Roxin. Le Juge *a quo* affirme : « *L'approche fondée sur l'exercice d'un contrôle sur le crime*

⁵ Voy. paragraphes 540 à 572 de la Décision confirmative des charges, ICC-01/04-01/07-717.

a été appliquée dans un certain nombre de systèmes juridiques et est largement reconnue en doctrine. Ses principaux éléments sont ainsi décrits :

« Les auteurs principaux d'un crime ne se trouvent pas uniquement parmi ceux qui exécutent physiquement les éléments objectifs de l'infraction, mais également parmi ceux qui, en dépit de la distance qui les sépare du lieu du crime, contrôlent ou dirigent la commission de ce dernier parce qu'ils décident si l'infraction sera commise et comment. »⁶

10. La Chambre, dans cette décision, a retenu la co-perpétration (« commission conjointe ») du crime de guerre consistant à utiliser des enfants de moins de 15 ans pour les faire participer activement aux hostilités et la co-perpétration indirecte (« commission conjointe par l'intermédiaire d'autres personnes ») de tous les autres crimes. Il y aurait, à bien suivre le raisonnement du Juge *a quo*, division rationnelle des tâches entre les accusés et tous les deux auraient un regard profond sur l'exécution de ces tâches au point où la faillite de l'un des accusés pourrait compromettre la réalisation du plan commun qu'ils auraient savamment concocté. C'est cette solidarité fonctionnelle entre les deux accusés qui aurait permis à l'exécution de leur plan de porter ses fruits.⁷

11. La Défense est d'avis que l'existence légale d'une telle théorie ne ressort pas clairement des textes juridiques fondamentaux régissant la CPI, tout comme elle ne résulte pas du tout du droit international coutumier.

1°) La légalité de la théorie du contrôle sur le crime est sujette à caution

12. La Chambre préliminaire s'est appuyée sur la doctrine développée par Roxin pour justifier le mode de responsabilité en vertu duquel les accusés sont présumés co-auteurs. Or, la doctrine n'est pas une source créatrice du droit. Bien au contraire, elle en est une source interprétative. En se fondant ainsi sur une doctrine dépourvue de vertu créatrice, la Chambre préliminaire a violé le principe de la légalité pénale dans lequel se trouve enchâssé le procès au niveau de la CPI. Une telle doctrine, à l'évidence, porte atteinte aux libertés individuelles et crée une insécurité juridique dans le chef de l'accusé qui se voit opposer un mode de responsabilité introduit par la Chambre préliminaire I à l'insu même de l'Accusation (dont le document de notification des charges était axé sur la coaction), des parties et des participants.

⁶ ICC-01/04-01/07-716, paragraphe 488.

⁷ Idem.

13. Le principe de légalité et du procès équitable sont des pierres angulaires du droit international pénal⁸ qui interdit l'expansion de toute théorie de responsabilité criminelle, réalisée dans le but de combler les manques de preuves sur le rôle spécifique joué par les individus impliqués dans la planification, la préparation ou l'exécution dans les campagnes de criminalité généralisée ou de très grandes étendues.⁹

14. En décidant d'axer son raisonnement sur ce type de responsabilité, la Chambre préliminaire n'a pas invité les acteurs présents à l'audience de confirmation des charges à conclure quant à ce. Elle aurait pu se comporter comme la Chambre préliminaire dans l'affaire Jean-Pierre Bemba qui, après avoir changé de qualification juridique quant au mode de responsabilité, a instamment invité toutes les parties à conclure quant ce. Dans son document de notification des charges, le Procureur lui-même poursuivait les accusés en se fondant sur la coaction.

15. La Chambre doit rejeter cette forme de responsabilité au motif que le Juge *a quo* a agi *ultra vires* en renvoyant l'affaire en jugement sur la base d'une forme de responsabilité qu'elle a elle-même créée. Une telle faculté n'est pas prévue par l'article 61 du Statut. La Chambre d'appel du TPIY et du TPIR a rappelé qu'une Chambre ne peut se fonder que sur une forme de responsabilité prévue par le Statut du Tribunal et existant en droit international coutumier au moment où l'accusé aurait commis le crime.¹⁰

16. Dans *l'affaire Milutinovic*, une décision de la Chambre d'appel stigmatise encore mieux ce qui s'affirme ici car elle établit des critères précis faisant relever toute forme de responsabilité de la compétence *ratione personae* du Tribunal, à savoir : i) elle doit être explicitement ou implicitement prévue dans le Statut ; ii) elle devait être établie en droit international coutumier à l'époque des faits ; iii) la législation prévoyant cette forme de responsabilité doit, à l'époque des faits, avoir été suffisamment accessible à quiconque

⁸ Duch Case (Amicus Curiae Brief of Professor Antonio Cassese and Members of the Journal of International Criminal Justice on joint Criminal Enterprise Doctrine) 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ(PTC 02)-D99-3-24 (27 October 08) in this volume, at 5.1.2.

⁹ En ce sens, OLASOLO Hector, « Joint Criminal enterprise and its extend form : a theory of co-perpretation giving rise to principal liability, amotion of accesorial liability, or a form of partnership in crime ? »,Criminal law forum, 2009, page 266.

¹⁰ Voy. Prosecutor v Tadic, case N°. IT-94-1-a, judgement 1999, para. 220; Prosecutor v. Karemera et al, Décision on Jurisdictional Appeals: Joint criminal Enterprise, 12 April 2006, par.15; Prosecutor v Hadzihasa et al, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in relation to Command Responsibility, 16 july 2003, par 44; Prosecutor v Milutinovic et al, trial Chamber, Decision on Odajanic's Motion Challenging Jurisdiction: Indirect Co-Perpetration, 22 March 2006, par. 15.

agissait de la sorte ; et iv) l'intéressé doit avoir été en mesure de prévoir qu'il pourrait être tenu pénalement responsable de ses actes s'il venait à être appréhendé. »¹¹

17. En évaluant le mode de responsabilité querellé sur pied de ces quatre critères, la Chambre se rendra vite à l'évidence que les conditions n'étaient pas légalement réunies pour que le Juge *a quo* retienne le mode de responsabilité qu'elle a défini.

2°) La Théorie du contrôle sur le crime n'a pas d'existence prouvée en droit international coutumier

18. L'on chercherait en vain, en droit international coutumier, la pratique généralisée qui consacre la théorie de l'auteur derrière l'auteur de l'acte et qui l'impose dans l'opinion comme une règle juridique pourvue d'effets juridiques (*Opinio juris*).

19. Le droit international coutumier comprend 1/ la pratique étendue des Etats et 2 / *l'opinio juris*.¹² Dans l'arrêt Nicaragua de la Cour internationale de justice, la notion du droit international coutumier a été également largement explicitée par la rétention de ces deux éléments lorsque dans son paragraphe¹³ 184 *in fine* les Juges décident que « *La Cour doit s'assurer que l'existence de la règle dans l'opinio juris des Etats est confirmée par la pratique.* »

20. Il faut également faire observer que l'article 61(7) du Statut ne permet pas à la Chambre préliminaire d'ignorer le choix fait par le Procureur à l'égard de la forme de responsabilité pour introduire la forme de responsabilité de son choix. Le Juge *a quo* a donc commis un excès de pouvoir en agissant au-delà des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 61. Elle aurait dû, comme dit ci-dessus, notifier aux parties sa création prétorienne de cette quatrième forme de responsabilité par elle retenue, les inviter à se prononcer et

¹¹ Prosecutor c. Milutinovic et al, Appeals Chamber, Decision on Dragoljub Ojdanic's Motion Challenging Jurisdiction-Joint Criminal Enterprise, 21 May 2003, par. 21.

¹² Prosecutor v Rwamakuba, decision on Interlocutory Appeal Regarding Application of Joint Criminal Enterprise to the Crime of Genocide, 22 October 2004, par. 14: "Norms of customary international law are characterized by the two familiar components of State practice and opinion juris." Voy aussi, ICJ, case of Nicaragua v. US, para. 184

¹³ Cour internationale de justice, Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, arrêt du 27 juin 1986, Nicaragua c. États-Unis d'Amérique, paragraphe 184.

demander au Procureur d'examiner la possibilité de modifier les charges comme la Chambre préliminaire l'a fait dans l'affaire Jean-Pierre Bemba.¹⁴

21. Pour toutes ces raisons, la Chambre ne peut retenir un tel mode de responsabilité. Décider autrement serait reconnaître un attribut créateur¹⁵ à une doctrine qui ne fait même pas l'unanimité en Allemagne, son pays de provenance. Si les rédacteurs du Statut de Rome avaient voulu instituer un tel mode de responsabilité, ils l'auraient dit clairement sans chercher à s'abriter derrière des formules floues. Il y va du souci de lisibilité et de prévisibilité qui sont les deux qualités de la loi, d'après la Cour européenne des droits de l'homme¹⁶.

22. Si, cependant, par impossible, la Chambre jugeait opportune de partir de cette théorie au motif qu'elle aurait un fondement statutaire pour juger les accusés, elle constatera néanmoins que les données de l'espèce, au stade de l'audience de confirmation des charges, auraient pu incliner la Chambre préliminaire à ne pas la consacrer.

B. L'argument pratique en faveur du rejet de la théorie de contrôle sur le crime

23. La Défense rappelle d'abord à la Chambre qu'elle n'est pas liée par la décision confirmative des charges, en ce qui concerne les qualifications légales et les modes de responsabilité pénale retenus. Elle lui fait voir ensuite que la présentation même des faits par l'Accusation à l'audience de confirmation des charges ne devrait pas logiquement conduire à l'application de cette théorie.

1°) La Chambre n'est pas liée par la décision de confirmation des charges, en ce qui concerne les modes de responsabilité pénale.

24. La Chambre préliminaire elle-même a décidé que la Chambre demeurerait maîtresse, seule, de l'évaluation finale des éléments de preuve présentés par les parties. Ce disant, la Chambre de première instance n'est pas liée par le mode de responsabilité retenu par la

¹⁴ Prosecutor v. Bemba, Decision Pursuant to Article 61(7)(a)(b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, 15 June 2009, para. 341, referring to PTC III, ICC-01/05-01/08-388.

¹⁵ C'est-à-dire faire de la doctrine une source créatrice de droit alors qu'elle est une source interprétative qui peut suggérer des modifications de lege ferenda.

¹⁶ CERF-HOLLENDER, A., « Le nouveau code pénal et le principe de la légalité », in *Archives de Politique Criminelle*, n° 16, Paris, éditions A. Pédone, 1994, p. 10.

Chambre préliminaire¹⁷. Cela revient clairement à dire que, tout en restant liée par les faits tels que décrits dans la Décision relative à la confirmation des charges, la Chambre pourrait retenir une autre qualification de ces faits ; qu'elle pourrait apprécier autrement les éléments de preuve produits par les parties et finalement décider de retenir un autre mode de responsabilité que la Chambre préliminaire I. Dit autrement, les accusés qui ont été renvoyés en jugement devant la Chambre pour répondre des faits décrits dans la décision confirmant les charges, pourraient être acquittés et renvoyés des fins de toutes poursuites judiciaires si l'Accusation n'arrivait pas à démontrer, au-delà de tout doute raisonnable, leur implication dans la commission des crimes qui leur sont imputés. Des raisons plus réalistes et plus logiques ci-dessous développées montrent que la Chambre a toutes les raisons de s'écarter de la décision confirmative des charges, en ce qui concerne l'évaluation des éléments de preuve présentés par le Procureur et le mode de responsabilité retenu contre les accusés.

2°) La présentation même des faits par l'Accusation ne permettait pas logiquement à la Chambre préliminaire de confirmer les charges à l'encontre des accusés.

25. L'article 25(3)(a) en examen a été conçu dans le dessein justifié de ne point faire échapper aux mailles de la répression toutes celles et tous ceux qui, sans être présents sur le terrain, si la Défense suit le raisonnement du Juge *a quo*, pour accomplir eux-mêmes les actes décriés, les auront planifiés en mettant sur pied tout le scénario criminel de leur perpétration.

26. Le réalisme de cette disposition statutaire, qui constituerait un frein répressif à toute entreprise criminelle concoctée par des individus qui, forts de leur science, de leur autoritarisme, de leur aura de respectabilité, font mettre à exécution à distance des pratiques criminelles odieuses, coulerait alors de source. Mais l'effectivité matérielle du mécanisme prévu par cet article reste tributaire de la démonstration de la planification criminelle imputée aux accusés. L'exigence de preuve, au niveau de la Chambre, est plus drastique. Ici, l'Accusation doit prouver au-delà de tout doute raisonnable les crimes mis à charge des accusés. Au stade de la confirmation des charges, il lui avait suffi de donner des preuves suffisantes donnant des motifs substantiels de croire que les accusés ont commis ces crimes. Mais, même à ce stade procédural-là, la Chambre préliminaire n'était pas dispensée de l'obligation de soumettre à l'analyse critique les allégations factuelles et les éléments de preuve présentés par le Procureur.

¹⁷ ICC-01/04-01/07-717, paragraphe 71.

27. Etant donné la norme d'administration de la preuve au niveau de la Chambre, la Défense a des raisons sérieuses de croire à l'infirmité de l'interprétation de l'article 25 (3) (a) faite par la Chambre préliminaire I. Cinq arguments soutiennent à leur tour cet argument pratique, à savoir : (1) la décision confirmative des charges a été rendue sur la foi des seuls éléments de preuve de l'Accusation ; (2) le contentieux des éléments de preuve présentés par l'Accusation a été de faible intensité en raison du fait que la Défense et même la Défense de Germain Katanga n'ont pas finalisé leurs enquêtes pendant la confirmation des charges ; (3) les faits présentés par le Procureur devant la Chambre préliminaire sont loin de refléter la vérité historique et physique correcte des faits ; (4) la partialité et les insuffisances des enquêtes du Procureur n'oeuvrent pas pour la manifestation de la vérité dans le cas de l'affaire désormais dite du massacre de Bogoro ; (5) la Défense en appelle à un rôle actif de la Chambre dans la conduite des débats au fond pour éclairer sa religion sur les faits en vue de la manifestation de la vérité pour une saine justice.

2-1. La décision confirmative des charges a été rendue sur la foi des seuls éléments de preuve présentés par l'Accusation et non soumis à une analyse critique par la Chambre préliminaire I

28. La décision confirmative des charges pèche par un unilatéralisme qui consacre les thèses du Procureur alors que celles-ci, en réalité, ne sont pas prouvées à suffisance de fait et de droit. Elle emboîte le pas à la décision délivrant le mandat d'arrêt à l'encontre de l'accusé qui ne prend en compte que la seule version des faits donnée par le Procureur sans un réel débat contradictoire.

29. Le procès pénal est une méthode dialectique de la découverte de la vérité. Celle-ci reste tributaire de la relation exacte des faits, de la vérité historique de ceux-ci que viennent conforter les éléments de preuve et les auditions des parties et participants au cœur même d'un débat équitable et contradictoire. Les faits adjudicatifs (qui a fait quoi, pourquoi, quand et comment) sont les seuls, établis, qui doivent être subsumés dans les catégories juridiques définies par le législateur. A partir d'eux, l'exégète (juge, arbitre, avocat ou professeur) puisera dans le trésor juridique les règles qui leur sont applicables. Le débat est d'ores et déjà faussé et la justice écornée si le droit doit être dit sur des faits altérés, incomplets ou partiels. Il faut bien voir, en effet, que, dans la présente cause, les allégations factuelles présentées par l'Accusation sont bâties sur pied des seules déclarations des témoins qui n'ont pas été

confrontés aux accusés et soumis à l'épreuve du contre-interrogatoire. Leurs propos ont quasiment été tenus pour parole d'évangile comme dogmatiques. A ce jeu procédural, aucun des accusés n'a encore été activement associé, ni directement, ni indirectement.

30. Il est fait grief aux accusés d'avoir planifié, avec d'autres commandants militaires non autrement spécifiés, le massacre de Bogoro. Ces faits sont rapportés par des témoins du Procureur qui auraient attesté de l'existence du plan et du contrôle par les accusés de l'exécution sans faille dudit plan sur le théâtre des opérations.

31. La Défense peine à comprendre que, pour la manifestation de la vérité, lesdits autres commandants militaires, n'aient jamais été identifiés et entendus en vue de vérifier l'exactitude matérielle des faits imputés aux accusés. Tout comme la Défense s'étonne de constater que, alors que selon l'Accusation, ce plan visait à déloger l'Union des Patriotes Congolais (UPC) de Bogoro, aucun membre de ce mouvement politico-militaire n'ait jamais été interrogé alors même que son patron est en détention à La Haye. La Défense retient également de l'Accusation que, durant la période conflictuelle, les autorités ougandaises géraient administrativement, politiquement, économiquement et militairement l'Ituri. Aux dires de certains témoins du Procureur, les forces militaires ougandaises étaient présentes à Bogoro le 24 février 2003 et ont même pris part aux hostilités. L'Ouganda, à en croire toujours l'Accusation, faisait et défaisait des alliances entre groupes politico-militaires en Ituri. La mise en lumière de tous ces éléments, au chapitre des allégations factuelles, aurait pu aider la Chambre préliminaire à statuer en connaissance de cause et, peut-être, à ne pas renvoyer les accusés en jugement. Mais elle s'y est refusée en proclamant, durant toute la période de ses assises, que l'audience de confirmation des charges n'était pas un mini procès. Que du contraire estime la Défense car un des résultats de cette audience peut-être le non renvoi en jugement des personnes suspectées conformément à l'article 61(7) (b) du Statut de Rome. Ce n'est en tout cas pas dans ces conditions, pense à juste titre la Défense, que la Chambre confirmera l'interprétation donnée par la Chambre préliminaire de l'article 25(3) (a) du Statut.

2-2. Le contentieux des éléments de preuve présentés par l'Accusation a été de faible intensité en raison du fait qu'aucune des équipes de Défense n'avait encore finalisé ses enquêtes et présenté ses propres éléments de preuve lors de l'audience de confirmation des charges

32. Le statut de Rome, en son article 61 (6) (c), donne la possibilité à la personne suspectée, lors de la confirmation des charges, de présenter ses propres éléments de preuve. L'occasion lui est également offerte de discuter de l'admissibilité, de la pertinence et de la valeur probante des éléments de preuve de l'Accusation.

33. Un tel contentieux n'est digne d'intérêt que si l'accusé dispose de bien d'éléments de preuve à même d'apporter une réplique rationnelle au dispositif probatoire agité par l'Accusation.

34. La Défense fait observer qu'à l'audience de confirmation des charges, elle n'avait présenté aucun élément de preuve, n'ayant même pas à cette époque amorcé ses enquêtes sur le terrain. Elle a dû opter pour la contestation de la recevabilité de certains éléments de preuve de l'Accusation. Cette stratégie n'a pas été du tout payante. A l'heure du procès, la Défense aura certainement l'occasion de présenter ses éléments de preuve, d'appeler ses témoins à la barre, de contre-interroger ceux du Procureur. La Chambre interrogera l'accusé sur toutes les charges retenues contre lui. Tous ces exercices sont de nature à fournir à la Chambre une masse informationnelle susceptible de lui permettre de parvenir à la manifestation de la vérité pour une bonne administration de la justice¹⁸.

35. La correcte interprétation de l'article 25(3)(a) ne peut se faire qu'à l'aune des éléments recueillis après un débat contradictoire plein, effectif pour une évaluation rationnelle de la responsabilité des accusés. Ce n'est pas à la suite d'une enquête insuffisante, incomplète laissant de côté l'audition de toutes les personnes impliquées dans le prétendu plan contenant le projet criminel des accusés que l'on peut raisonnablement déboucher sur la manifestation de la vérité en vue du droit correctement applicable.

¹⁸ En ce sens, Décision confirmative des charges dans l'affaire Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo, ICC-01/04-01/07-717, paragraphes 480 à 572.

36. En effet la doctrine allemande vantée par le Juge *a quo* nécessiterait, si la Défense devrait la résumer, la réunion de cinq conditions cumulatives, à savoir : i) L'auteur indirect doit avoir le plein contrôle sur le crime : cela suppose un contrôle effectif sur l'organisation, encore faut-il pour le Procureur démontrer au-delà de tout doute raisonnable que l'accusé était le plus haut commandant militaire du FNI. Cela suppose également que cette organisation doit être hiérarchisée et contrôlée par l'auteur indirect lui-même. Cela n'est dès lors applicable qu'à un champ restreint de personnes : celles qui font partie du commandement, de la direction de l'organisation ou qui, au moins, en contrôlent une partie ; ii) L'Organisation doit être caractérisée par la fongibilité de ses membres qui se traduit par le remplacement illimité qui accroît la probabilité que le crime sera automatiquement exécuté ; iii) L'auteur indirect doit avoir la volonté de contrôler la commission du crime. Cela implique la conscience de son pouvoir sur l'organisation et de sa volonté d'en tirer avantage en étant sûr que l'exécution de ses ordres sera infaillible et que son projet criminel prendra réellement forme ; iv) L'auteur indirect doit avoir l'intention (*mens rea*), incluant tout dol spécial requis pour la commission d'un crime spécifique ; v) Toutes les qualités personnelles qui peuvent être requises pour un crime spécifique doivent être remplies. Il ne doit pas pouvoir faire état de justification ou d'excuse.

37. Ces différents éléments doivent être démontrés au-delà de tout doute raisonnable par l'Accusation. La Chambre ne peut confirmer le raisonnement du Juge *a quo* qu'à cette condition. Ce qui la contraint à avoir toutes les informations utiles pour la manifestation de la vérité.

2-3. Les faits tels que présentés par le Procureur devant la Chambre préliminaire sont loin de refléter la vérité historique et physique correcte des faits

38. A cause des insuffisances des enquêtes du Procureur et de leur caractère incomplet en raison du fait que tous les protagonistes du prétendu plan de rasage de Bogoro n'ont jamais été interrogés, il est difficile de savoir si ce plan a réellement existé et si les autres commandants militaires non autrement identifiés par certains témoins ont joué un rôle dans l'exécution de ce plan. C'est ici où la Défense s'inscrit en faux contre l'Accusation qui, dans le paragraphe premier de sa soumission susvisée, écrit notamment : (...) *l'Accusation doit seulement apporter la preuve, au minimum, d'une contribution substantielle de l'accusé à la commission des crimes. Quant au second élément, concernant les éléments subjectifs de la*

coaction, l'Accusation doit seulement apporter la preuve que les coauteurs accusés, mis en cause dans cette affaire, étaient conscients que l'exécution de leur plan mènerait à la commission de crimes dans le cours normal des événements, et qu'ils avaient le contrôle de la commission de ces crimes. L'Accusation ne doit pas apporter la preuve de tels éléments pour d'autres coauteurs non poursuivis. »

39. Comment dès lors parvenir à la manifestation de la vérité ? Même si ces coauteurs non poursuivis ne peuvent être poursuivis, il semble néanmoins utile de les interroger, de les confronter aux témoins et aux accusés pour déterminer s'ils auraient pu revêtir la qualité de coauteurs pour avoir joué un rôle dans la réalisation du plan commun. Il apparaît illogique à la Défense ne serait-ce que de ne pas interroger ces personnes et surtout de les identifier précisément.

2-4. La partialité et les insuffisances des enquêtes du Procureur n'œuvrent pas pour la manifestation de la vérité. Elles ne doivent pas être comblées par les accusés

40. A la page 8 de leurs écritures, les Représentants légaux des victimes écrivent : « *Les Représentants légaux souhaitent au demeurant souligner que le critère du « contrôle de l'auteur principal sur l'organisation » présente une efficience et des garanties réelles pour les accusés puisque, de la sorte, ceux-ci ont tout le loisir de s'expliquer tant sur la position qui était la leur au sein de l'organisation lors de la commission des crimes que sur les pouvoirs qui leur étaient attribués mais aussi sur la réalité et l'effectivité de ceux-ci.* » Ce sont là autant d'éléments, estime la Défense, que l'enquête du Procureur aurait pu élucider. On ne peut en effet demander aux accusés de s'expliquer là-dessus alors que l'Accusation elle-même n'a pas encore réussi, au-delà de tout doute raisonnable, à déterminer leur place dans la hiérarchie de commandement desdites organisations et le rôle qu'ils y avaient joué. Ce serait opérer un dangereux renversement de la charge de la preuve en demandant aux accusés de faire la démonstration des faits dont le fardeau de la preuve repose légalement sur le Procureur et sur lui seul.

2-5. La Défense en appelle à un rôle plus actif de la Chambre dans la conduite des débats au fond pour éclairer sa religion sur les faits en vue de la manifestation de la vérité pour une saine justice

41. A l'estime de la Défense, la Chambre préliminaire n'a pas présenté les faits de manière certaine et claire tant elle a focalisé simplement son attention sur ceux des faits que lui a produits l'Accusation comme étant prouvés sur la base des seules déclarations unilatérales des témoins. En l'absence de désignation claire et précise de ces autres commandants militaires avec qui les accusés auraient concocté leur plan de destruction de Bogoro et de sa suppression de la carte géographique de la République Démocratique du Congo ; en l'absence de tout interrogatoire des autorités militaires ougandaises dont on sait que le pays a été Puissance occupante en Ituri pendant la période conflictuelle, il est difficile de parvenir à la manifestation de la vérité.

42. La Chambre, dans sa décision du 21 octobre 2009, vient, d'après la Défense, de rappeler la nécessité pour la Chambre préliminaire de permettre au procès de se dérouler de la manière la plus diligente, sur des bases factuelles certaines et claires, accessibles aux accusés. S'il était reconnu, dit en substance la Chambre, au Procureur le droit de présenter lors de l'audience de confirmation des charges un simple échantillon des faits qu'il entend reprocher à l'accusé et de réserver la possibilité d'ajouter ultérieurement de nouveaux faits lors du procès, cette exigence de certitude ne pourrait être satisfaite.¹⁹ Il n'est pas acceptable, rappelle la Chambre en citant *l'arrêt Kupreskic*, que le Procureur passe sous silence dans l'acte d'accusation des points essentiels de son dossier afin de pouvoir peaufiner son argumentaire au fur et à mesure que les éléments de preuve sont dévoilés.²⁰

43. La Défense note que la Chambre est très attachée à la manifestation de la vérité. Elle le dit sans ambages dans l'arrêt susvisé : « *Pour elle, la manifestation de la vérité, objectif qu'elle poursuit, tout comme le Procureur et qui justifie, pour la Chambre d'appel, la poursuite des enquêtes après l'audience de confirmation des charges, ne peut être recherchée, au procès, que dans le cadre des faits et circonstances décrits dans les charges préalablement confirmées.* »²¹

¹⁹ ICC-01/04-01/07-1547, paragraphe 22.

²⁰ Idem, paragraphe 23.

²¹ Ibidem, paragraphe 27(3).

44. Or, fait observer la Défense, les faits soumis par l'Accusation font état de nombre de personnes qui auraient conjugué leurs efforts avec les accusés dans la planification même de l'attaque de Bogoro. La Défense trouve inconcevable, en vue de la manifestation de la vérité, que ces personnes ne soient pas entendues. Dans l'affaire Nicaragua contre les États-Unis, la Cour internationale de Justice a eu à souligner, pour une saine application des règles, la nécessité de la connaissance de la complétude des faits de la cause. *L'une des grandes difficultés de la présente affaire, relève la Haute Cour, a consisté pour la Cour à déterminer les faits se rapportant au différend. Premièrement les parties sont en net désaccord non seulement sur l'interprétation desdits faits, mais même sur l'existence ou la nature de certains d'entre eux au moins. Deuxièmement l'Etat défendeur n'a pas comparu au cours de la phase au fond, ce qui a privé la Cour de la possibilité de bénéficier de son exposé complet et argumenté des faits. Cela n'a pas manqué de rendre plus malaisée la tâche de la Cour et de l'amener à veiller tout particulièrement, comme elle l'a déclaré ci-dessus. Troisièmement certains aspects du comportement attribué à l'une ou à l'autre Partie sont enveloppés de secret. La tâche de la Cour s'en trouve compliquée en ce qui concerne non seulement l'imputabilité des faits mais aussi leur établissement même. Parfois aucun problème ne se pose dans la mesure où personne ne paraît douter que le fait s'est effectivement produit, mais les versions des événements peuvent différer ou les preuves faire défaut pour savoir qui en est l'auteur. Le problème, dans ces conditions, n'est pas l'opération juridique consistant à imputer le fait à un Etat déterminé aux fins d'établir sa responsabilité, mais l'opération préalable de recherche des preuves matérielles permettant d'en identifier l'auteur. Le secret peut aussi envelopper la réalité même du fait. Dans ce cas la Cour a dû s'efforcer d'abord d'établir ce qui était effectivement arrivé, avant d'aborder la phase suivante consistant à rechercher si le fait (une fois prouvé) était imputable ou non à l'Etat incriminé ».*²²

45. La situation que décrit la Cour internationale de justice peut être transposée à la présente affaire où, manifestement, l'Accusation a laissé de côté les interrogatoires de toutes les personnes impliquées dans le prétendu plan criminel et n'a focalisé son attention que sur les accusés sur la foi des seules déclarations de ses témoins qui n'ont jamais été confrontés à ceux-là. Ce n'est pas dans ces conditions que la Chambre confirmera l'interprétation de l'article 25(3) (a) faite par la Chambre préliminaire I. La Chambre doit chercher à savoir exactement ce qui s'est passé à Bogoro le 24 février 2003 : qui a délogé l'Union des Patriotes

²² Nicaragua c. Etats-unis, *op. cit.*, paragraphe 57.

Congolais de ce village ? Qui avait vraiment intérêt à le faire ? Les forces militaires ougandaises ont-elles pris part aux combats ? Les accusés avaient-ils réellement planifié cette attaque, donné des instructions à leurs hommes et contrôlé soigneusement la mise en application de leur plan ? Autant de questionnements qui ne peuvent trouver réponse que si toutes les personnes impliquées dans cette affaire sont entendues par la Cour. Cela est possible si la Chambre, devant les défaillances de l'instruction menée par le Procureur, prenait elle-même des initiatives audacieuses par le biais de ce que l'on appelle les témoins de la Cour. L'article 69-3 du Statut de la CPI lui reconnaît ce pouvoir *expressis verbis*.²³

46. La Défense observe que ce souci d'une relation correcte des faits est réellement partagé par les Représentants légaux des victimes qui écrivent : « *En l'occurrence, et concrètement, les Représentants légaux des victimes souhaitent insister sur le caractère tant concret qu'effectif de l'interprétation adoptée par la Chambre préliminaire puisque, en fait, il convient de vérifier si deux personnes ou plus se sont effectivement partagées des tâches dites essentielles en agissant de concert et dans le but de commettre le ou les crime(s) pour le(s)quel(s) elles sont poursuivies.* »²⁴

III. Conclusion

47. Il découle des arguments ci-dessus développés que la Chambre n'est pas liée par le mode de responsabilité retenu par la Chambre préliminaire car la détermination du mode de responsabilité des accusés est tributaire de l'appréciation par les juges des preuves présentées par le Procureur. La Chambre n'étant pas liée par l'appréciation des preuves faite par la Chambre préliminaire, Elle ne peut pas être liée par le mode de responsabilité retenu par cette dernière.

48. La théorie du contrôle sur le crime, développée par une certaine doctrine, n'a pas force de loi. Elle ne trouve nullement un fondement dans l'article 25-3-a du Statut de la CPI.

49. L'article 25-3-a du Statut de la CPI a un contenu clair et bien circonscrit. Il parle de la responsabilité pénale individuelle et détermine trois modes par lesquels une personne peut **commettre** un crime relevant de la compétence de la CPI. Elle peut le faire :

²³ Cet article porte, en effet : « ...La Cour a le pouvoir de demander la présentation de tous les éléments de preuve qu'elle juge nécessaires à la manifestation de la vérité. »

²⁴ ICC-01/04-01/07-1539, p. 9 paragraphe 1.

- *Soit individuellement* : dans ce cas de figure, l'auteur réunit dans son chef la qualité de concepteur et de réalisateur matériel du crime ;
- *Soit conjointement avec une autre personne* : dans cette hypothèse, il agit en coactivité avec une autre personne, les deux devant donc être regardés comme des coauteurs dudit crime ;
- *Soit par l'intermédiaire d'une autre personne* : l'hypothèse ici visée est celle d'une personne qui accomplit le crime en se servant d'une autre personne. Autrement dit, elle conçoit le crime, elle en est l'auteur intellectuel ; tandis que l'exécutant ou le réalisateur matériel du crime est une autre personne : l'auteur matériel.

50. Il appartient au Procureur de présenter les moyens de preuve permettant à la Chambre de classer un accusé dans l'un de ces trois cas de figure prévus par l'article 25-3-a du Statut.

51. Pour la mise en œuvre de cet article qui est clair dans sa formulation, il n'est nullement besoin d'introduire une théorie aux contours aussi imprécis que la théorie de contrôle sur le crime qui n'a aucune assise légale.

PAR CES MOTIFS,

La Défense sollicite respectueusement de la Chambre :

- d'accueillir favorablement les observations de la Défense ;
- de ne pas s'estimer liée par la fausse interprétation que la Chambre préliminaire a donnée de l'article 25-3-a ;
- d'appliquer éventuellement cet article en tenant compte de la valeur probante des éléments présentés par le Procureur.



Jean-Pierre KILENDA KAKENGI BASILA
Conseil principal

Fait le 28 octobre 2009
A La Haye