



Original : français

N° : ICC-01/05-01/08
Date : 26 Novembre 2009

LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE III

Composée comme suit : M. le juge Adrian Fulford, juge président
Mme la juge Elizabeth Odio Benito
Mme la juge Joyce Aluoch

**SITUATION EN REPUBLIQUE CENTRAFRICAINE
AFFAIRE
LE PROCUREUR
*c. Jean-Pierre Bemba Gombo***

Public

Observations de la Défense relatives à la jurisprudence de l’Affaire Lubanga sur les questions procédurales se rapportant aux droits de la Défense

Origine : Equipe de la Défense de Mr Jean-Pierre Bemba Gombo

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

Le Bureau du Procureur

Fatou Bensouda
Petra Kneuer

Le conseil de la Défense

Nkwebe Liriss
Aimé Kilolo Musamba

Les représentants légaux des victimes

Les représentants légaux des demandeurs

Les victimes non représentées

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

Le Bureau du conseil public pour les victimes

Paolina Massidda

Le Bureau du conseil public pour la Défense

Xavier-Jean Keïta

Les représentants des États

L'amicus curiae

GREFFE

Le Greffier et greffier adjoint

Silva Arbia et Didier Preira

La Section d'appui à la Défense

L'Unité d'aide aux victimes et aux témoins

La Section de la détention

La Section de la participation des victimes et des réparations

Autres

Remarques Préliminaires

1. De l'examen de l'affaire LUBANGA, la Défense constate que la Chambre d'Instance a émis plusieurs décisions historiques, lesquelles fournissent un cadre clair et bien raisonné en vue du procès.
2. La Défense soutient qu'à la lumière des circonstances différentes des accusés et types de charges, il ne serait pas approprié d'appliquer d'office tous les précédents de l'affaire LUBANGA aux débats actuels. Ceci est particulièrement le cas concernant les questions juridiques qui n'avaient pas été contestées par la Défense dans les débats du dossier LUBANGA. Par conséquent, la Défense suggère avec respect que les questions exposées ci-dessous justifient un nouveau jugement de la part de cette Chambre d'Instance.
3. En même temps, la Défense voudrait explicitement noter à titre officiel que le fait qu'elle ne se soit pas expressément opposé à une décision sur LUBANGA dans le contexte de la soumission actuelle, ne peut pas être interprété comme acquiescement de l'application de la décision en question aux débats actuels. A cause de son temps et de ses ressources limités, la Défense s'est focalisée sur les seules questions qu'elle considère comme étant d'importance immédiate. De plus, à ce stade, il n'est pas possible de vérifier si oui ou non certaines questions du dossier LUBANGA se poseront en termes de problèmes cruciaux dans le dossier BEMBA. La défense suggère ainsi qu'il serait préférable de contester telles questions dans le contexte d'une application spécifique plutôt que dans un scénario hypothétique. Ceci inclut par exemple les questions concernant les modalités de participation des victimes et de leur représentation en justice, la recevabilité des types spécifiques de témoignages, et des rédactions relatives à des catégories spécifiques des personnes.

I. Questions concernant la divulgation et détails y afférents

4. Comme commentaire préliminaire, la Défense suggère que sa position sur les paramètres des obligations de divulgation qui s'impose à elle, est liée à la question de savoir si oui ou non la Défense sera capable de rencontrer les témoins à charge immédiatement avant leur déposition. Pour cette raison-là, la thèse de la Défense est qu'il est approprié d'aborder cette question dans la soumission actuelle.

I.1 La Défense suggère que l'interdiction absolue contre la préparation des témoins par les parties immédiatement avant de faire la déposition ne devrait pas s'appliquer à la défense de manière si restrictive.

5. Le 08 novembre 2006 la Chambre d'Instance Préliminaire avait rendu une décision concernant la Demande de l'Accusation de faire la « mise à l'épreuve des témoins » avec son unique témoin oral avant l'audience¹ de confirmation dans l'affaire LUBANGA. La Chambre Préliminaire avait décidé que certaines des pratiques demandées par l'Accusation pour préparer ses témoins à l'audience (que la Chambre Préliminaire avait qualifiée comme « familiarisation des témoins ») n'étaient pas permises² ; mieux encore, elle avait maintenu que le VWU était l'organe compétent pour exécuter le processus de familiarisation des témoins.³
6. Concernant les pratiques supplémentaires dont l'Accusation avait sollicité l'exécution, que la Chambre Préliminaire avait appelées le « second élément » et caractérisé comme : ⁴ (i) permettant au témoin de lire sa déposition ; (ii) rafraîchissant sa mémoire sur le témoignage qu'il ou elle donnera à l'audience de confirmation ; et (iii) posant aux témoins exactement les mêmes questions et exactement dans le même ordre qu'elles seront posées pendant la déposition du témoin, la Chambre Préliminaire avait décidé qu'elles n'étaient pas permises.⁵
7. La Chambre d'Instance I avait en outre interdit la pratique de « mise à l'épreuve des témoins » dans sa subséquente décision du 30 novembre 2007.⁶ Cette décision faisait suite à une demande formulée par l'Accusation en vue de permettre la « mise à l'épreuve des témoins » comprenant diverses pratiques.⁷

¹ Décision sur les pratiques de Familiarisation des témoins et de Mise à l'épreuve des Témoins, ICC-01/04-01/06-679, 8 novembre 2006

² Ibid, par 23

³ Ibid par 24

⁴ Voir Ibid, par 40, parlant de l'information de l'Accusation, ICC-01/04-01/06-638-Conf, par 16(viii), (viii) et (ix).

⁵ Ibid, par 42

⁶ Voir décision concernant les Pratiques utilisées pour Préparer et Familiariser les Témoins à faire la déposition au procès, ICC-01/04-01/06-1046, 30 novembre (« Décision du 30 novembre 2007 »)

⁷ Décision concernant les Pratiques Utilisées pour préparation et familiariser les Témoins à faire la Déposition au Procès, ICC-01/04-01/06-1046, 30 novembre 2007, par 12 parlant des conclusions de l'Accusation à l'audience le 30 octobre 2007, ICC-01/04-01/06-T-58,56-64. Les activités comprises étaient :

- Fournir au témoin sa déposition quelques jours avant la séance de mise à l'épreuve en vue de permettre au témoin de se rafraîchir la mémoire ;
- Rencontrer le témoin quelques jours avant qu'il donne son témoignage afin de rappeler au témoin son rôle et son devoir de dire la vérité ;
- Discuter les questions qui pourraient aboutir à une demande des mesures de protection pour le témoin ;
- Aborder l'une ou l'autre aspect contenu dans la déposition du témoin qui peut aborder pendant le procès ;
- On peut montrer au témoin les potentielles pièces à convictions et lui demander de commenter dessus ;

8. Même si la Chambre d'Instance I avait approuvée le processus de familiarisation tel que brossé par la Chambre préliminaire I,⁸ et maintenu qu'il devrait être permis à un témoin de lire ses dépositions passées,⁹ elle avait soutenu que les mesures supplémentaires demandées par l'Accusation « pouvaient aboutir à une distorsion de la vérité et pouvaient dangereusement s'approcher au fait de constituer une préparation de la déposition pendant le procès ».¹⁰ Elle avait ainsi interdit les pratiques supplémentaires demandées par l'Accusation.
9. La position de la Défense est que l'interdiction du fait que l'Accusation fasse des préparations substantielles avec ses témoins devrait être maintenue. Cependant, à cause des importantes distinctions dans les rôles des parties, et pour éviter les violations fondamentales des droits de l'Accusé sous les Articles 64 et 67 du statut, la Défense demande avec respect que la Chambre d'Instance donne à la Défense la possibilité de faire une forme limitée de préparation substantielle avec ses témoins dans les jours immédiatement antérieurs à la déposition.
10. La Défense note que la Chambre d'Instance III, qui statuera sur l'affaire BEMBA est composée de deux des trois juges ayant constitué la Chambre d'Instance I, qui avait rendu la Décision du 30 novembre 2007. La Défense reconnaît par conséquent que la Chambre continuera d'être préoccupée par les dangers qui pourraient découler du fait qu'une partie fasse des préparations substantielles avec un témoin avant sa déposition. Cependant la Défense suggère qu'il y a des raisons convaincantes pour que la Chambre d'Instance prenne une approche moins restrictive à l'égard des témoins à décharge.

A. La Défense de LUBANGA avait demandé l'introduction totale sur la mise à l'épreuve des témoins pour toutes les parties

11. Avant la Décision du 30 novembre 2007, la Défense de LUBANGA n'avait soulevé aucun argument quant à savoir si oui ou non une distinction pourrait exister entre les

- Se renseigner sur les informations potentiellement compromettantes et disculpantes, qui pourraient être partagées avec la défense.

⁸ Décision concernant les Pratiques Utilisées pour Préparer et Familiariser les Témoins à Faire la Déposition au Procès, ICC-01/04-01/06-1046, 30 novembre 2007, par 49

⁹ Décision concernant les Pratiques Utilisées pour Préparation et Familiariser les Témoins à Faire la Déposition au procès, ICC-01/04-01/06-1046, 30 novembre 2007, par 50

¹⁰ Décision concernant les Pratiques utilisées pour Préparer et Familiariser les Témoins à Faire la Déposition au Procès, ICC-01/04-01/06-1046, 30 novembre 2007, par 51.

parties sur la façon dont elles pouvaient préparer leurs témoins. La position de la Défense était qu'il ne devrait y avoir aucune mise à l'épreuve des témoins par l'une ou l'autre des deux parties.¹¹ Comme chaque dossier devant la CPI est unique, soutenant des allégations factuelles différentes des questions juridiques et autres, il s'ensuit que la stratégie de chaque équipe de la Défense variera notablement comme tel, et le fait qu'il n'avait pas été présenté à la Chambre d'Instance des arguments de la Défense avant la Déposition, l'incite à être prudente avant de simplement adopter la même position prise pendant les débats sur le dossier LUBANGA.

B. D'après le Statut une différence entre le traitement des témoins à Charge et des témoins à Décharge peut se justifier

12. Bien que dans la Décision du 30 novembre 2007 la Chambre d'Instance I avait maintenu que « le Statut et les Règles de la CPI ne prévoit pas de manière explicite la possibilité de la préparation de la déposition des témoins par les parties, et en plus ne trouve aucune disposition dans les textes pour justifier la pratique », ¹² la Défense suggère que les arguments présentés par la Chambre focalisée sur la justification dans le cadre du Statut et des Règles pouvaient permettre à l'Accusation de faire la « mise à l'épreuve des témoins » avec ses propres témoins paraît justifiés . Cependant, l'analyse du Statut suggère qu'une distinction soit faite entre l'Accusation et la Défense en termes de préparation antérieure au procès. »
13. La distinction fondamentale entre les parties découle de l'Article 54 (1) du statut, qui impose à l'Accusation de remplir un double rôle : une obligation d'«établir la vérité » et d'«examiner les circonstances incriminantes et disculpantes également ». Comme telle, à la différence des procureurs dans un systèmes de débats contradictoires de droit purement commun, l'Accusation ne s'intéresse pas particulièrement que soient révéler les témoignages pertinents (utiles ou préjudiciables à l'argumentaire de l'Accusation).
14. Conformément à l'Article 67 (2), tout ce qui affecte la crédibilité des témoignages de l'Accusation peut être considéré comme étant disculpant.¹³ La Défense suggère que les témoignages disculpant qui doivent être révélés à la Défense (ou qui ne doivent pas être ternis par l'Accusation) incluent l'une ou l'autre contradiction dans les

¹¹ Voir transcription de l'audience, 30 octobre 2007, ICC-01/04-01/06-T-58-ENG, page 73

¹² Décision concernant les Pratiques Utilisées pour Préparer et Familiariser les Témoins à faire la déposition au Procès, ICC-01/04-01/06-1046, 30 novembre 2007, par 36.

¹³ L'Article 67(2) oblige l'Accusation à « révéler à la Défense, aussitôt que faisable, les témoignages possédés ou contrôlés par l'Accusation qui, selon elle, montrent ou tendent à montrer l'innocence de l'accusé, ou atténuer la culpabilité de l'accusé, ou qui peuvent affecter la crédibilité des témoignages de l'Accusation. »

précédentes dépositions d'un témoin ou un manque de certitude ou de souvenir sur certains événements de la part d'un témoin. La conséquence presque certaine de l'Accusation faisant la « mise à l'épreuve des témoins » avec un de ses témoins serait que tels indices disculpant disparaîtraient lors de l'ultime déposition du témoin. Ceci signifie que la pratique de l'une ou l'autre préparation substantielle immédiatement antérieure à la déposition d'un témoin est incompatible avec les obligations de l'Accusation en vertu du Statut.

15. En revanche, la Défense - dépourvu de tout fardeau de preuve ou de l'obligation d'établir la vérité ne porte aucun devoir de s'assurer que l'un ou l'autre aspect incriminant d'un potentiel témoignage d'un témoin à décharge, soit porté à l'attention de l'Accusation. Cependant, ceci ne signifie nullement qu'il soit d'une façon ou d'une autre permis à la Défense de manipuler ou influencer le témoignage du témoin. Ainsi, les rôles très différents joués par la Défense n'exclut pas la possibilité qu'il lui soit permis, en principe, et dans les circonstances appropriées, de faire des discussions préparatoires limitées.
16. La Chambre d'Instance I a aussi reconnu qu'il peut y avoir des exceptions à une interdiction absolue du fait de tenir des discussions avec des témoins. Premièrement, il a été permis aux représentants en justice de rencontrer des témoins ayant le double statut de victime et témoin.¹⁴ Comme tel, dans l'affaire LUBANGA, les Représentants en justice ont été traités différemment des représentants de l'Accusation dans ce sens qu'ils peuvent rencontrer les témoins et discuter des problèmes, aussi longtemps qu'ils n'entrent pas dans la discussion substantielle qui pourraient aboutir à une possibilité de voir le témoignage du témoin être préparé ou répété.
17. Fait partie intégrante de ce processus l'assurance de la Chambre que, en parlant à telles victimes, les représentants en justice n'iront pas au-delà de la ligne de démarcation entre les discussions non substantielles et les discussions substantielles. La Défense suggère qu'il devrait lui être accordé le même degré de confiance de s'engager dans des discussions préliminaires au procès.
18. Deuxièmement, la Chambre d'Instance I a antérieurement autorisé les parties à rencontrer et à faire des préparations avec les témoins experts de la cour¹⁵ même les témoins experts d'une partie.¹⁶ Dans la décision orale en question ci-dessus, la

¹⁴ Voir décision orale de la Chambre d'instance I, transcription, ICC-01/04-01/06 vendredi, 16 janvier 2009, pp.25-26

¹⁵ Voir LUBANGA, décision orale de la Chambre d'Instance I, ICC-01/04-01/06-T-164-ENG, 3 avril 2009, T. 35-36

¹⁶ Voir LUBANGA, décision orale de la Chambre d'instance I, ICC-01/04-01/06-T-164-ENG, 3 avril 2009, T. 28-29

Chambre d'Instance avait considéré qu'elle serait assistée par des juristes « appelant l'expert ayant la meilleure compréhension possible des questions impliquées, aboutissant de ce fait à une présentation focalisée et exacte des témoignages. »¹⁷

C. Les droits de l'Accusé peuvent exiger la possibilité de voir la Défense mener l'interrogation avant la déposition.

19. L'objet pour lequel un témoin est appelé, et les étapes préparatoires qui peuvent être conduites, diffèrent entre les parties. D'après le Statut, le Procureur est, à la réception des informations, obligé de commencer une enquête (sauf s'il décide qu'il n'y a aucune base raisonnable pour le faire).¹⁸ Ayant la tâche d'établir la vérité, il doit alors étendre l'enquête pour couvrir tous les faits et témoignages disculpant.¹⁹ Pour l'aider dans ce processus, le Procureur est doté de nombreux outils pour garantir l'efficacité de l'enquête.²⁰
20. L'Accusation prépare ses affaires pendant des années, accordant beaucoup de temps à ses enquêteurs pour identifier des témoins potentiels, et faire des entrevues fréquentes pendant plusieurs jours bien qu'en l'espèce, faute de ressources, la Défense de Monsieur BEMBA n'ait jamais eu telle occasion. Selon le Conseil Principal de la Défense de Mr Lubanga, dans le dossier de ce dernier, il pouvait être vu à partir des dépositions des témoins à charge qu'on leur avait parlé à partir d'environ cinq à 15 fois (Voir transcription d'audience, 30 octobre 2007, ICC -01/04-01/06-T-58-ENG, page 79). Même après le stade de l'audience de confirmation, l'Accusation continue normalement de mener des enquêtes et de récolter des nouveaux témoignages.
21. Au fur et à mesure de l'avancement du dossier vers le procès, l'Accusation aura l'occasion de prendre des dépositions, faire des enquêtes de suivi, et reparler avec les témoins pendant des périodes de temps relativement plus longues.
22. En outre, l'Accusation est composée de trois divisions, y compris la Division des Investigations, comprenant trois équipes d'enquêteurs.²¹ Au début de 2009, l'Accusation avait à son service 194 employés.²² Pour l'année 2009, la Division des Investigations avait un budget de € 12.362.100, que la Cour propose de majorer à €

¹⁷ Ibid, T. 29

¹⁸ Article 53, statut de Rome

¹⁹ Articles 54, Statut de Rome

²⁰ Article 54(3)

²¹ Site web CPI, page du Cabinet du procureur, organigramme.

²² Assemblée des Etats Parties à la CPI, Rapport de la Cour sur la gestion des ressources humaines, 6 mai 2009, tableau 2, page 4, montrant la position au 31 décembre 2008.

13.213.800 en 2010.²³ En 2009, pour le seul dossier Bemba, l'unique dossier dans la situation en République Centrafricaine, le budget de l'Accusation était de € 4.206.300.²⁴

23. En revanche, la Défense est une petite équipe, actuellement composée de deux Avocats et d'un Case Manager du moins en attendant la désignation effective de deux membres supplémentaires. La Chambre d'Instance est pleinement consciente des désastreux problèmes financiers que la Défense connaît et qui l'empêche d'engager un enquêteur. Il n'y a que depuis la publication par la Chambre de Première Instance III de sa décision du 04 novembre 2009,²⁵ dont le greffe n'avait donné effet que le 20 novembre dernier, que l'équipe BEMBA a eu les ressources limitées pour recruter deux assistants juridiques.
24. Le budget total d'investigation actuellement attribuée à chaque équipe de défense est de € 76.000. Contrairement à l'Accusation, la Défense n'aura qu'une fenêtre relativement brève pour mener ses enquêtes, au cas où on lui donnait l'opportunité financière d'en engager et des moyens très limités pour le faire. Ses enquêtes seront étroitement liées à la stratégie de la Défense, qui ne peut pas pleinement émerger avant le début du procès réel ; la position de la Défense évolue au fil du temps tant que l'argumentaire de l'accusation devient plus clair à la lumière des documents essentiels et du matériel de communication présentés à la Défense.²⁶
25. Même si la Défense était mise dans la capacité d'entamer des enquêtes limitées (ce qui n'est pas encore le cas), le temps qui reste avant la date du commencement du procès est extrêmement court. Même si l'enquêteur de la Défense, sera capable de rencontrer et de parler avec les témoins potentiels, les décisions finales quant aux témoins précis à appeler ne peuvent être prises qu'une fois que l'Accusation aura appelé la totalité de ses témoignages ce qui permettrait alors à la Défense d'être pleinement informée du procès.
26. Si pour certains témoins à décharge potentiels, il peut être possible pour la thèse de la Défense d'être développée uniquement sur base des discussions menées par

²³ Assemblée des Etats parties à la CPI, Budget de Programme de la CPI Proposé pour 2010, 30 juillet 2009, page 46

²⁴ Assemblée des Etats parties à la CPI, Budget de Programme de la CPI Proposé pour 2010, 30 juillet 2009, page 32.

²⁵ ICC-01/05-01/08-596-Red Dont le greffe n'avait donné effet que le 20 novembre dernier

²⁶ Tel que le Document Contenant les Charges, la liste des témoins à charges, déposition des témoins et témoignages.

l'enquêteur de la Défense, cependant, pour la majorité des témoins potentiels, les Avocats de la Défense ne s'acquitteraient pas correctement de leurs devoirs s'ils ne rencontraient et ne s'entretenaient directement avec eux.²⁷ Il est presque certain que, qu'à l'approche de la date prévue du procès, le 27 avril 2010, les conseils de la Défense seront trop occupés à voyager en direction de la RCA et des autres pays pour s'entretenir avec les témoins à décharge potentiels qui auront été identifiés.

27. En plus, il serait déraisonnable pour la Chambre d'Instance de s'attendre à ce que les conseils de la Défense appellent un témoin sans avoir eu la chance de le rencontrer personnellement et de confirmer que ce témoin est en mesure de fournir des preuves pertinentes et probantes.

28. La Chambre d'Appel du Tribunal International pour l'ex Yougoslavie dans le dossier Krstic avait reconnu qu'il ne serait pas raisonnable pour la défense de s'attendre à ce qu'un témoin dépose « à froid » au cours d'un procès, sans déjà savoir ce qu'il dira. Cela serait contraire au devoir des avocats envers leur client d'agir avec habilité et loyauté.²⁸ De même, les conseils de la Défense dans ce dossier manqueraient à leur devoir d'exercer leur ministère avec un niveau de compétence élevé²⁹ s'ils manquaient de rencontrer directement les potentiels témoins à décharge. En vue d'éviter une violation fondamentale du droit de l'accusé à un procès juste d'après l'article 64 du statut et de son droit à des garanties minimales stipulées dans l'article 67, particulièrement le sous-article 67(1) (b), la Défense doit, comme telle, avoir le temps et les facilités adéquats pour préparer cette défense. S'ils n'étaient pas permis aux conseils de la défense d'achever les préparations des témoins avant leur déposition effective devant la Cour, il est probable que la Chambre ne reçoive pas une présentation focalisée et exacte des témoignages.

29. La Défense reconnaît que s'il y avait une suspension prolongée entre les phases d'Accusation et de Défense du procès, et qu'il y avait le financement de la part du greffe pour s'assurer que les conseils de la Défense pouvaient engager un enquêteur,

²⁷ Voir, Procureur contre Brdanin et Talic, décision sur la motion de l'Accusation pour les Mesures de Protection, 3 juillet 2000, par 36, où la Chambre d'Instance maintenait que, en rapport avec la motion de l'accusation concernant la divulgation tardive de l'identité d'un témoin, que « la Chambre d'Appels a imposé une obligation ferme sur la ceux-là qui représentent une personne accusée de mener des enquêtes correctes quant à déterminer quels témoignages sont disponible pour la défense de cette personne-là. Certains des témoins à charge sont susceptibles d'être de telle importance qu'il sera nécessaire pour qu'au moins le stade final de l'enquête sur ces témoins-là soit fait par l'avocat qui doit comparaître au procès pour l'accusé. Cela est évident à toute personne ayant l'expérience des procès pénaux. Les stades précédents peuvent être conduits par un (des) enquêteur (s) retenu (s) sur le terrain pour l'accusé. On peut l'accusé. On peut avoir besoin de parler à beaucoup plus qu'une personne avant que des informations appropriées soient disponibles. »

²⁸ Procureur contre Krstic, Chambre d'Appels, décision sur la demande des Citations, 1 juillet 2003, par 8

²⁹ Article 7, Code de Conduite Professionnelle pour Avocats.

voyager et rencontrer les témoins potentiels, pareilles circonstances auront pu s'avérer comme satisfaisants pour garantir que ses thèses sont correctement et complètement préparées. Cependant, une suspension prolongée du procès enfreindrait sérieusement le droit de l'Accusé d'être jugé sans retard excessif,³⁰ et en général compromettrait l'affaire du dossier.

30. En plus, la défense se réserve la possibilité selon laquelle, concernant certains témoins à décharge essentiels, il puisse s'avérer nécessaire de solliciter de la Chambre d'Instance l'autorisation pour l'Accusé de rencontrer le témoin directement. La participation active par un Accusé à sa propre défense est acceptable devant la CPI, et a déjà eu lieu dans les Tribunaux ad hoc.³¹
31. La défense suggère en plus, en sélectionnant et appelant les témoins à décharge, qu'il est très peu probable que la défense souhaiterait explorer l'une ou l'autre question exigeant que le témoin se rappelle l'une ou l'autre incident de nature traumatique ; la possibilité d'être traumatisé à nouveau est une question à laquelle la Chambre d'Appel avait auparavant fait allusion comme étant une question préoccupante.³²

I.2.Absence d'obligation générale de communication des preuves de la Défense.

A. Les décisions rendues par la Chambre de première instance I dans l'affaire Lubanga n'imposent pas d'obligation générale de communication des preuves de la Défense.

32. La Décision de la Chambre de première instance I du 20 mars 2008³³, lue à la lumière de la Décision 1313 du 8 mai 2008³⁴, ne permet pas de conclure à une obligation générale de la Défense de communiquer ses éléments de preuve au Procureur.

Décision 1235 du 20 mars 2008 :

33. La Chambre entame son raisonnement en rappelant son « devoir absolu » de ne pas empiéter sur les droits de l'Accusé lorsqu'elle rend une ordonnance en matière de communication de ses preuves par la Défense³⁵. Ensuite, elle a bien constaté que la

³⁰ Articles 67 (1) (c) du Statut

³¹ Voir par exemple Procureur contre I-milan Lukic, décision sur l'appel par milan Lukic de la Décision du Charge du registre du 28 novembre 2008, le 28 novembre 2008, par 14, dans laquelle le juge O-Gon Kwon agissant au nom de la présidence avait reconnu qu'un accusé avait la capacité d'entreprendre les préparations de témoins soit indépendamment de ou en coopération avec ses propres avocats de la défense.

³² Voir transcription d'audience, 30 octobre 2007, ICC-01/04-01/06-T-58-ENG, page 70, Commentaires du juge Odio Benito.

³³ ICC-01/04-01/06-1235-tFRA.

³⁴ ICC-01/06-04-1313-tFRA.

³⁵ ICC-01/04-01/06-1235-tFRA, ! 27.

règle 78 ne s'appliquait qu'aux documents que la Défense « entend utiliser au procès »³⁶ et que l'article 79-4 du Règlement lui donnait le pouvoir d'« ordonner la divulgation de tout élément de preuve » ce qui revient à constater qu'une obligation générale n'existe pas. De même, la Chambre souligne qu'elle a le pouvoir de rendre, dans l'intérêt de la justice, des ordonnances en application de la norme 54 du Règlement de la Cour, ce qui revient à dire que la Défense n'est soumise à aucune obligation automatique de communiquer les éléments listés par cette norme. Un même raisonnement peut être tenu pour la norme 52 du Règlement du Greffe. La Chambre s'est ensuite interrogée sur « la bonne utilisation de ces pouvoirs » montrant bien que cette utilisation n'était pas automatique mais circonstancielle. Elle a alors clairement montré que la portée de l'obligation de la Défense est limitée puisque co-dépendante et « proportionnelle » à celle du Procureur de communiquer ses preuves avant le procès³⁷. La Chambre a ensuite identifié quels éléments, à son appréciation, devaient être communiqués par la Défense au vu des faits et circonstances de l'affaire et a statué en conséquence.

34. La Défense dans la présente affaire partage les préoccupations exprimées par la Défense de M. Lubanga dans sa demande d'interjeter appel de cette décision du 20 mars 2008 et se déclare en partie satisfaite par les éclaircissements apportés par la Chambre de première instance I dans sa Décision du 8 mai 2008.

Décision 1313 du 8 mai 2008 :

35. Du point de vue de la Défense, les éclaircissements significatifs apportés par la Chambre dans cette décision 1313 du 8 mai 2008 permettent encore une fois de conclure qu'il n'existe pas d'obligation générale de communication pesant sur la Défense.
36. A propos du premier moyen faisant l'objet de la demande d'autorisation d'interjeter appel relatif à la communication des moyens de défense, la Chambre a précisé que « sa portée est limitée à la communication d'informations **dans le seul cas** où l'accusé décide de présenter des moyens de défense concrets » et qu'« il s'agit d'un ordre tendant à améliorer la gestion de l'affaire et censé accroître l'efficacité de la procédure »³⁸. La Défense dans la présente affaire en conclut qu'il n'existe aucune obligation juridique à ce que la Défense communique, trois semaines avant le procès,

³⁶ Id., § 30 a).

³⁷ Id., § 32-34.

³⁸ ICC-01/04-01/06-1313-tFRA, § 13-15.

ses moyens des défense. Elle estime qu'une telle obligation violerait le droit de l'Accusé à ne pas s'auto-incriminer et à garder le silence.

37. A propos du troisième moyen faisant l'objet de la demande d'autorisation d'interjeter appel relatif aux éléments de preuve, autre qu'une déposition orale d'un témoin, la Chambre a précisé que cet ordre, se fondant en partie sur le norme 52-2 du Règlement du Greffe, n'était qu'un « outil de gestion de l'affaire » et que la Défense ne devra les révéler « que lorsqu'il aura été décidé qu'ils seront utilisés », « juste avant leur utilisation »³⁹. La Chambre admet cependant la possibilité de faire exception à cette règle de gestion au motif que « l'interrogatoire d'un témoin par la partie qui ne l'a pas appelé à la barre est, dans une certaine mesure, affaire de réaction à l'interrogatoire principal »⁴⁰. La Défense de M. Bemba entend avancer que, malgré la portée très restreinte conférée à cet ordre par la Chambre et la nuance importante ci-dessus, elle est préoccupée par le fait qu'un ordre similaire pourrait lui être signifié.
38. A propos du quatrième moyen l'objet de la demande d'autorisation d'interjeter appel relatif à la communication des questions ou du type de questions que posera la Défense, la Chambre a estimé qu'il s'agissait d'une simple information et qu'aucune décision n'avait encore été prise en ce sens. Il semble qu'il en soit toujours ainsi. La Défense estime par conséquent qu'aucune décision contraignante n'a été prise en la matière et que les arguments en contestation ci-dessous devraient être pleinement entendus.
39. Le Juge Blattmann a joint une Opinion dissidente à cette décision. D'après le Juge, l'ordre contenu dans cette dernière décision « impose à la Défense de communiquer un plus grand nombre d'informations que ce que n'exigent explicitement les textes » puisque « l'obligation faite à la Défense de communiquer certains éléments ne figure pas explicitement dans le Statut et n'y est pas non plus expressément interdite ». Il ajoute que cet ordre « pourrait affecter l'équité de la procédure à l'égard [de la Défense] »⁴¹. La Défense tient à s'associer à la position adoptée par l'honorable Juge Blattmann. La Défense soumet donc respectueusement à la Chambre de première instance dans la présente affaire qu'elle limite ses éventuels ordres de communication à l'égard de la Défense selon les lignes exposées ci-dessous.

³⁹ Id., § 29-30.

⁴⁰ Id., § 29.

⁴¹ Id., Op. diss., § 13.

B. La Défense ne peut se voir en aucun cas imposer une obligation de communication équivalente à celle du Procureur.

40. La Défense tient à souligner que l'obligation de communication de la Défense ne peut en aucun cas être équivalente à celle du Procureur et que c'est bien pour cette raison que la Chambre de première instance I dans l'affaire Lubanga n'a pas établi d'obligation générale de communication à l'égard de la Défense.
41. La Défense soumet à l'attention de la Chambre que l'égalité des armes ne signifie pas que les parties soient soumises au même traitement lorsqu'elles sont dans des positions différentes. La Défense note que plusieurs organes internationaux de protection des droits de l'Homme ont dit qu'inéquité et discrimination pouvaient aussi résulter d'un traitement semblable de situations différentes⁴².
42. La décision rendue par la Chambre de première instance III du TPIR dans l'affaire Karemera établie clairement que l'obligation de communication de la Défense n'est en rien équivalente à celle du Procureur :

« 8. Contrary to the Prosecution's assertion and according to the ordinary and clear meaning of the Rules, the disclosure obligations of the Prosecution and the Defence are not identical. Inspection of material by the Defence under Rule 66 (B) is broader in that the accused's right is not limited to materials that are intended for use by the Prosecution as evidence at trial. It also includes documents which are material to the preparation of his defence.¹⁵ As held by the Appeals Chamber, "preparation is a broad concept and does not necessarily require that the material itself counter the Prosecution evidence."¹⁶ This is not so for the Prosecution's right under 67 (C): inspection applies to Defence documents which it intends to use as evidence at trial only.⁴³

43. L'Opinion séparée du Juge Stephen dans l'affaire Tadic devant le TPIY exprime également l'impossibilité de considérer comme similaire l'obligation de la Défense et du Procureur en la matière :

« What these passages from the Rules demonstrate is the clear distinction drawn between what the Prosecution must disclose as compared with the Defence which, the reciprocal disclosure provisions apart, will have no disclosure obligation at all unless an alibi or a special defence is sought to be relied upon and then only to a quite limited extent, never involving disclosure of witness statements.

That the Rules draw this important distinction suggests that the requirement of the Statute that trials be fair, the accused having a fair hearing with full respect being paid to his rights, has been interpreted as generally requiring substantial prior disclosure by the Prosecution but

⁴² Voir par exemple : Kokkinakis v. Greece (1994) 17 ECHR et para. 8 of the Human Rights Committee, General Comment 18, Non-discrimination (Thirty-seventh session, 1989), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 26 (1994) < <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/hrcom18.htm> >

⁴³ TCIII, The Pros. v. E. Karemera, *Decision on Prosecution cross-motion for enforcement of reciprocal disclosure*, ICTR-98-44-T, 21 September 2007.

none by the accused. This is in accord with the general pattern of procedure in common law, adversarial systems of trial. In those systems not only is it the Prosecution that throughout the trial carries the burden and has the onus of proving guilt beyond reasonable doubt but, for the trial to be a fair one, the Prosecution must inform the accused of what he is accused and, before trial, of what is the evidence against him. The accused, on the other hand, is under no similar duty of disclosure of evidence, there is no reciprocity of obligation. The accused need not afford the Prosecution any assistance in making out the Prosecution case; he may, if so advised, simply remain mute and require the Prosecution to prove its case.”⁴⁴

44. Pour cette raison, les rares dispositions du Règlement de procédure et de preuve (RPP) évoquant la communication par la Défense ne peuvent en aucun cas être lues comme imposant une obligation équivalente à celle du Procureur. La formulation des règles 77 et 78 sont d’ailleurs claires à cet égard. Le Procureur doit permettre à la Défense « de prendre connaissance des livres, documents, photographies et autres objets se trouvant en sa possession ou sous son contrôle qui sont nécessaires à la préparation de la Défense de l’accusé, qui seront utilisés par le Procureur comme moyens de preuve à l’audience de confirmation des charges ou au procès, ou qui ont été obtenus de l’accusé ou lui appartiennent » (règle 77) alors que la Défense doit permettre au Procureur de prendre connaissance des mêmes éléments uniquement s’ils « seront utilisés par la Défense comme moyens de preuves à l’audience de confirmation des charges ou au procès » (règle 78).
45. De plus, les débats qui ont entourés l’adoption des règles 77 et 78 montrent que la question de la communication des preuves de la Défense a fait l’objet de plus de controverses que ceux relatifs à la communication des preuves du Procureur. H. Brady le note⁴⁵ et ajoute que:
- “in the first session, some delegations expressed resistance to imposing any reciprocal disclosure obligations on the defence”⁴⁶ et que, lors de la deuxième session, “delegations wanted to ensure no dilution of the Prosecutor’s onus of proving the guilt of the accused beyond reasonable doubt (article 66), the accused’s right to silence (article 67, paragraph 1(g)), or the accused’s right not to have any reversal of the burden of proof or any onus of rebuttal placed upon him or her (article 67, paragraph 1(i))”⁴⁷.*
- Les obligations relatives à la défense d’alibi et à d’autres modes d’exonération de la responsabilité sont donc les seules à être spécifiquement subordonnées à une obligation de communication (règle 79-1). Pourtant, même l’absence de ces

⁴⁴ ICTY, TC, Prosecutor v Tadic, *Separate Opinion Of Judge Stephen of Decision on Prosecution Motion For Production Of Defence Witness Statements*, IT-94-1-T, 27 November 1996. Voir aussi Prosecutor v. Halilovic, ‘Decision On Motion For Prosecution Access To Defence Documents Used In Cross-Examination Of Prosecution Witnesses’ 9 May 2005, paras 7-10.

⁴⁵ Helen Brady, “Disclosure of Evidence”, in *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Roy S. Lee (ed.), p.414.

⁴⁶ Id.

⁴⁷ Id., p.415.

communications expressément requises ne peut empêcher la Défense d'évoquer ces moyens de défense (règle 79-3). Il est clair que les rédacteurs du RPP n'ont pas voulu soumettre la Défense à une obligation stricte de communication.

46. La Défense de Mr Bemba demande aussi respectueusement à la Chambre qu'elle interprète la norme 54 du Règlement de la Cour et la norme 52-2 du Règlement du Greffe à la lumière des articles 66, 67 et des règles 78 et 79 du RPP. Les articles 51 et 52 du Statut sont clairs sur la hiérarchie des normes qui existent entre le Statut, le Règlement de procédure et de preuve et le Règlement de la Cour. Le Règlement du Greffe n'y est pas cité et ne peut, par conséquent, être considéré comme s'imposant aux autres textes. Il pourrait tout au plus entrer en conflit avec le Règlement de la Cour. Ainsi, si « en cas de conflit entre le Statut et le Règlement de procédure et de preuve, le Statut prévaut » (art. 51-5) et si « les juges adoptent à la majorité absolue, *conformément au présent Statut et au Règlement de procédure et de preuve*, le règlement nécessaire au fonctionnement quotidien de la Cour » (italiques ajoutés, art. 52-1), le Règlement de la Cour et le Règlement du Greffe réglant tout deux « le fonctionnement quotidien de la Cour » ne peuvent être interprétés que conformément au Statut et au Règlement de procédure et de preuve.

I.3. La Défense ne peut être contrainte de communiquer ses lignes de Défense ni les questions qu'elle entend poser aux témoins.

A. Arguments à l'encontre de la communication des lignes de Défense

47. La Défense de Mr Bemba estime qu'elle ne peut en aucun cas être contrainte à communiquer ses lignes de Défense même s'« il s'agit d'un ordre tendant à améliorer la gestion de l'affaire et censé accroître l'efficacité de la procédure »⁴⁸.
48. En 1998, la Chambre de première instance du TPIY dans l'affaire Furundzija affirmait que « the Defence is not required by the judicial practice of the International Tribunal to disclose the outline of its defence in advance of its Opening Statement nor is it in the absence of the required notification under Rule 67 of the Rules of Procedure and Evidence obliged to provide simultaneous discovery »⁴⁹.
49. De plus, la Cour européenne des droits de l'Homme a clairement affirmé que le droit de ne pas s'auto-incriminer et de garder le silence ne recouvrait pas uniquement les éléments de preuves incriminant mais également les éléments à décharge. Ainsi, dans l'arrêt Saunders contre Royaume Uni, la Cour dit :

⁴⁸ ICC-01/04-01/06-1313-tFRA, § 13-15.

⁴⁹ ICTY, TC, Pros. v. Furundzija, *Decision on the Defendant's emergency petition of 6 May 1998*, IT-95-17/1-PT, 13 May 1998, p.3.

« In any event, bearing in mind the concept of fairness in Article 6 (art. 6), the right not to incriminate oneself cannot reasonably be confined to statements of admission of wrongdoing or to remarks which are directly incriminating. Testimony obtained under compulsion which appears on its face to be of a non-incriminating nature - such as exculpatory remarks or mere information on questions of fact - may later be deployed in criminal proceedings in support of the prosecution case, for example to contradict or cast doubt upon other statements of the accused or evidence given by him during the trial or to otherwise undermine his credibility. »⁵⁰

50. Si par extraordinaire la Chambre estimait tout de même que la Défense devrait communiquer ses lignes de Défense, la Défense tient à lui rappeler que cette communication ne pourrait être que « de nature générale » comme cela a été précisé dans l'affaire Lubanga⁵¹. Le Règlement de procédure et de preuve du TPIY amendé en novembre 1999 ne donne aussi au juge de la mise en état que le pouvoir d'ordonner à la Défense de communiquer « en termes généraux, la nature de la défense de l'accusé » et ce uniquement après que le Procureur ait procédé à la communication de ses propres éléments de preuve (règle 65 F). En effet, comme l'a expliqué la Chambre de première instance dans l'affaire Halilovic en 2005, “while the Prosecution has a duty to prove its case, the accused has not to prove his defence. Until the end of the Prosecution case, therefore, the Prosecution needs to establish its case independently, without requiring the Defence to reveal anything.”⁵² Par conséquent, la Défense avance respectueusement que, si elle devait communiquer ses lignes de Défense, cette communication ne pourrait être que de nature très générale et qu'elle ne pourrait en aucun cas intervenir avant que le Procureur ait fini de présenter ses éléments de preuve.

B. Arguments à l'encontre de la communication des questions qui seront posées en contre-interrogatoire

51. La Défense tient à rappeler la position de la Chambre de première instance I selon laquelle il ne peut, en principe, être imposé à une partie de révéler les grandes lignes de son interrogatoire d'un témoin qu'elle n'a pas appelé. Le contre-interrogatoire est, comme elle le reconnaît, en grande partie déterminé par l'interrogatoire principal et est

⁵⁰ ECHR, Case of Saunders v. The United Kingdom, Application no. 43/1994/490/572, 29 November 1996, § 71.

⁵¹ ICC-01/04-01/06-1313-tFRA, § 14.

⁵² ICTY, Trial Chamber, Prosecutor v. Halilovic, *Decision on Motion for Prosecution Access to Defence Documents Used in Cross-Examination of Prosecution Witnesses*, 9 May 2005, para. 9.

en quelque sorte « en réaction » à celui-ci⁵³. Il ne peut donc être demandé de révéler à l'avance des questions ou les grandes lignes d'un interrogatoire.

52. La Chambre de première instance du TPIY dans l'affaire Milutinovic et la Chambre d'appel dans cette même affaire ont affirmé qu'il serait inéquitable d'imposer à la Défense une telle communication :

*“27. To restrict cross-examination to the subject matter predetermined by anyone other than the Chamber with the approval, at least tacit, of the Prosecution is inevitably unfair to the Defence. It would prevent them from challenging the honesty and reliability of the witness by looking at inconsistencies in what he may have said on matters outwith the permitted territory of the examination. It would also prevent the Defence from cross-examining on relevant matters favourable to the Defence case that are excluded by the restriction. There is no obligation on the Defence to indicate in advance the line of cross-examination to be pursued. To require them to seek permission for examination on a particular subject would oblige them to make disclosure not required by the Rules.”*⁵⁴

53. La Chambre d'appel a confirmé la décision de la Chambre de première instance et a affirmé que le principe sous-tendant le contre-interrogatoire était qu'il y ait une « *effective realization of an accused's right to confront the witnesses brought* » et que toute restriction à ce principe serait inéquitable⁵⁵.

54. La Défense demande à la Chambre de garder à l'esprit les considérations évoquées par ces deux chambres dans l'affaire Milutinovic si elle entend statuer sur une exception au principe exposé ci-dessus⁵⁶.

⁵³ ICC-01/04-01/06-1140, §33-34 : « 33. La Chambre accepte les conclusions des parties selon lesquelles elles ne sont en principe pas tenues de révéler les grandes lignes de leur interrogatoire d'un témoin à l'avance car la stratégie qu'elles adopteront dépendra en grande partie des questions soulevées et des réponses données pendant l'interrogatoire principal. Toutefois, la Chambre reconnaît qu'il peut être nécessaire de faire des exceptions, en particulier pour protéger des témoins traumatisés ou vulnérables et, dans ces circonstances, elle pourrait ordonner aux parties et aux participants de communiquer à l'avance les questions ou points qu'ils entendent soulever pendant leur interrogatoire.

34. La Chambre reconnaît que, comme l'affirme l'Accusation, la communication de documents que les parties prévoient d'utiliser lors de l'interrogatoire d'un témoin est régie par les règles 77 et 78 du Règlement : les parties sont tenues de fournir ces documents en vue de leur inspection préalable avant le procès. En outre, en application de la norme 52 du Règlement du Greffe, les parties et les participants ont pour obligation de fournir au Greffe, chaque fois que possible, la version électronique de tout élément de preuve qu'ils entendent utiliser à l'audience au moins trois jours ouvrables entiers avant l'audience prévue. Toutefois, la Chambre reconnaît que lorsqu'une partie interroge un témoin qu'elle n'a pas fait citer à comparaître, elle réagit, dans une certaine mesure, au témoignage initial, ce qui pourrait parfois l'amener à se fonder sur des documents qu'elle n'avait pas prévu d'utiliser. »

⁵⁴ ICTY, TC, Prosecutor v Milutinovic, *Second Decision on Prosecution Motion for Leave to Amend its Rule 65ter Witness List to Add Wesley Clark*, 16 February 2007.

⁵⁵ ICTY, AC, Prosecutor v Milutinovic, *Decision on Interlocutory Appeal Against Second Decision Precluding the Prosecution from Adding General Wesley Clark to its 65ter Witness List*, 20 April 2007.

⁵⁶ Voir : ICC-01/04-01/06-1140, §33, à propos des témoins vulnérables.

I.4. La Défense ne peut être contrainte de communiquer les déclarations des témoins à décharge.

55. La Défense de M. Bemba n'entend pas contester que l'article 79-4 donne à la Chambre de première instance la possibilité de demander à la Défense de communiquer certains éléments de preuve si cela est dans l'intérêt de la justice. Elle souhaite cependant préciser qu'un ordre de la Chambre en la matière doit être rendu dans le respect des droits de la Défense tel qu'exposé aux articles 66 et 67§1 du Statut.
56. En vertu du raisonnement exposé plus haut, la Défense estime que la norme 54 du Règlement de la Cour ne peut que plier face à des dispositions conflictuelles du Statut et du Règlement de procédure et de preuve. La production de déclarations des témoins (norme 54 f) ne peut donc intervenir que lorsque cela n'est pas contraire au droit de l'accusé à ne pas se voir imposer le renversement du fardeau de la preuve ni la charge de la réfutation (art.67§1i). Or, il n'existe aucune base juridique pour imposer à la Défense la communication automatique des dépositions des témoins qu'elle entend appeler à témoigner et l'imposition d'une telle obligation aurait des conséquences lourdes sur les ressources déjà très limitées à la disposition de la Défense, particulièrement en comparaison avec celles dont bénéficient le Bureau du Procureur.
57. La pratique devant le TPIY, le TPIR et le TSSL tend à prouver qu'aucune obligation de produire les déclarations de ses témoins n'existe à la charge de la Défense. En effet, jusqu'en février 2008, le Règlement de procédure et de preuve du TPIY (art. 73 ter) n'imposait à la Défense que l'obligation de communiquer, avant la présentation de ses preuves, la liste et les noms des témoins qu'elle entend appeler à comparaître ainsi qu'« un résumé des faits au sujet desquels chaque témoin déposera ». Il en est toujours ainsi dans le Règlement de Procédure et de Preuve du TPIR⁵⁷. A propos de l'article 73ter de ces Règlements, la Chambre d'appel dans l'affaire Tadic a clairement établi qu'il « n'exige pas de la Défense qu'elle dépose les déclarations préalables de ses témoins »⁵⁸ et que « l'Accusation ne bénéficie pas d'un droit absolu de voir la déclaration préalable d'un témoin à décharge. »⁵⁹ A ce propos, le Juge Stephen a exprimé une Opinion séparée particulièrement argumentée dans laquelle il s'oppose fermement à une obligation de la Défense de communiquer les déclarations de ses témoins. Il note que, à l'exception des cours fédérales américaines, aucun pays de *common law* (et particulièrement l'Angleterre) n'impose une telle communication et

⁵⁷ Art. 73ter B) du RPP du TPIR.

⁵⁸ Chambre d'appel, Le proc. c. Tadic, Arrêt, IT-94-1-A, 15 juillet 2009, § 323.

⁵⁹ Id., § 319.

ce même si le témoin vient déposer. Il ajoute que plusieurs droits romano-germaniques ont adopté la même approche⁶⁰. La Chambre de première instance I du Tribunal Spécial pour la Sierra Leone dans l'affaire Fofana confirme que le Procureur n'a pas droit à une telle communication et qu'elle ne peut être imposée à la Défense conformément à l'esprit et la lettre du RPP et au principe d'oralité⁶¹.

58. Le 28 février 2008, l'article 67 du Règlement de procédure et de preuve du TPIY a été amendé pour ajouter le paragraphe A suivant :

59. « Dans le délai fixé par la Chambre de première instance, après que celle-ci aura rendu sa décision en application de l'article 98 *bis*, mais au plus tard une semaine avant le début de la présentation des moyens à décharge, la défense permet au Procureur de prendre connaissance et de faire des copies des livres, documents, photographies et objets se trouvant en sa possession ou sous son contrôle, qu'elle entend utiliser comme moyens de preuve au procès ; et donne, le cas échéant, au Procureur copie des déclarations de tous les témoins qu'elle entend faire citer à comparaître au procès et de toutes les déclarations écrites recueillies en application de l'article 92 *bis*, de l'article 92 *ter* ou de l'article 92 *quater* qu'elle entend présenter au procès. Les copies des déclarations d'autres témoins sont, le cas échéant, mises à la disposition du Procureur avant que la décision de les citer ne soit prise. »⁶²

60. Suite à cet amendement, l'obligation de communication de la Défense n'est pas substantiellement modifiée en termes de forme des éléments de preuve communiqués. En effet, ce n'est que « le cas échéant » (dans la version anglaise « *provide to the Prosecutor copies of statements, if any* ») que la Défense doit communiquer les déclarations des témoins en lieu de résumés. Il est à noter que l'article 67 du RPP du TPIY est l'équivalent de la règle 78 du RPP de la Cour.

61. Il ne peut donc être imposé à la Défense de produire les déclarations des témoins à décharge. En effet, cela ne peut lui être tout au plus demandé que lorsqu'il est effectivement en possession de ces déclarations.

⁶⁰ ICTY, TC, Prosecutor v Tadic, *Separate Opinion Of Judge Stephen of Decision on Prosecution Motion For Production Of Defence Witness Statements*, IT-94-1-T, 27 November 1996.

⁶¹ SCSL, TCI, Pros. a/ S.H. Norman, M. Fofana, A. Kondewa, *Decision on Prosecution request for order to Defence pursuant to Rule 73ter(B) to disclose written witness statements*, SCSL-04-14-T, 21 February 2006.

⁶² Version anglais de ce paragraphe :

“Within the time-limit prescribed by the Trial Chamber, at a time not prior to a ruling under Rule 98 *bis*, but not less than one week prior to the commencement of the Defence case, the Defence shall:

(i) permit the Prosecutor to inspect and copy any books, documents, photographs, and tangible objects in the Defence's custody or control, which are intended for use by the Defence as evidence at trial; and

(ii) provide to the Prosecutor copies of statements, if any, of all witnesses whom the Defence intends to call to testify at trial, and copies of all written statements taken in accordance with Rule 92 *bis*, Rule 92 *ter*, or Rule 92 *quater*, which the Defence intends to present at trial. Copies of the statements, if any, of additional witnesses shall be made available to the Prosecutor prior to a decision being made to call those witnesses.”

I.5. Alignement de la date-butoir pour la communication par la Défense sur celle retenue au TPIY.

A. Communication des résumés des déclarations de témoins et des éléments relevant de la règle 78 : au plus tard sept jours avant la présentation des preuves de la Défense

62. La Défense de M. Bemba entend sur ce point se rapprocher de la position avancée par la Défense de M. Lubanga dans ses Conclusions 1110 du 7 janvier 2008 (§23-26), particulièrement lorsqu'elle dit que « ce n'est donc qu'à compter du moment où elle aura pris une décision finale sur l'utilisation d'un de ces éléments que la Défense pourra être tenue de permettre au Procureur d'en prendre connaissance »⁶³.
63. Bien qu'aucun texte ne spécifie si et quand la Défense devra communiquer ses éléments de preuve qu'elle entend utiliser au procès, elle propose que soit fait référence à l'article 67 du Règlement de Procédure et de preuve du TPIY⁶⁴ pour fixer la date-butoir de la communication des preuves de la Défense. Ce texte fixe pour date-butoir sept jours avant le début de la présentation des preuves de la Défense en audience. Par conséquent, lorsque la question se posera (c'est-à-dire au plus tôt à la fin de la présentation des preuves du Procureur), la Défense pourra envisager de communiquer la liste de ses témoins et un résumé de leurs déclarations au plus tard sept jours avant le début de la présentation de ses preuves. Elle permettra de même au Procureur d'inspecter les pièces en sa possession qu'elle entend utiliser au procès (règle 78) avant cette même date-butoir. Si d'aventure elle devait savoir de façon certaine avant cela quelles preuves elle utilisera, elle pourra procéder plus tôt à la communication de ces éléments ou à la mise à disposition pour inspection des pièces mais la Défense ne peut se voir imposer, en l'absence de tout fondement juridique, une date-butoir plus avancée.

⁶³ ICC-01/04-01/06-1110, § 25-26.

⁶⁴ « Dans le délai fixé par la Chambre de première instance, après que celle-ci aura rendu sa décision en application de l'article 98 *bis*, mais au plus tard une semaine avant le début de la présentation des moyens à décharge, la défense

- i) permet au Procureur de prendre connaissance et de faire des copies des livres, documents, photographies et objets se trouvant en sa possession ou sous son contrôle, qu'elle entend utiliser comme moyens de preuve au procès ; et
- ii) donne, le cas échéant, au Procureur copie des déclarations de tous les témoins qu'elle entend faire citer à comparaître au procès et de toutes les déclarations écrites recueillies en application de l'article 92 *bis*, de l'article 92 *ter* ou de l'article 92 *quater* qu'elle entend présenter au procès. Les copies des déclarations d'autres témoins sont, le cas échéant, mises à la disposition du Procureur avant que la décision de les citer ne soit prise. »

B. Communication des documents sur lesquels elle entend se fonder lors du contre-interrogatoire ou l'interrogatoire des témoins : aucune obligation de communication préalable à leur production

64. La Défense de M. Bemba tient à souligner qu'il n'existe aucune obligation juridique spécifique dans le Statut et dans le Règlement de procédure et de preuve qui contraigne la Défense à communiquer ce type de documents. Elle comprend bien que la Chambre pourra estimer que la règle 79-4 lui donne le pouvoir de demander une telle communication. Cependant, encore une fois, la Chambre ne peut faire usage de ce pouvoir que dans le respect des droits de l'Accusé. Comme cela a déjà été exposé plus haut, la norme 52-2 du Règlement du Greffe sur laquelle s'est fondée la Chambre de première instance I dans l'affaire Lubanga pour demander la production de ce type de documents trois jours avant son utilisation au cours d'un interrogatoire, ne peut primer sur des dispositions du Statut et du Règlement de procédure et de preuve.
65. Or, imposer la communication de tels documents à la Défense trois jours avant sa production en audience revient à lui faire perdre le bénéfice de la surprise à l'égard du Procureur qui est le seul à porter le fardeau de la preuve (articles 66§2 et 67§1i) et lui ferait perdre l'essentiel du bénéfice du contre-interrogatoire en le privant de la possibilité de réagir aux questions soulevées pendant l'interrogatoire. L'accusé se verrait alors priver de son droit établi à l'article 67§1e. La pratique du TPIY en la matière vient confirmer qu'il serait inapproprié d'imposer à la Défense une telle obligation comme l'a souligné la Chambre de première instance dans l'affaire Halilovic :

*"9. (...) It follows that during the Prosecution case the Defence is not obliged to provide in advance (not even at the beginning of cross-examination) the Prosecution with the documents or a list of documents which it intends to use during cross-examination of a witness, since the Defence might ultimately, even while conducting cross-examination, decide not to use all the documents originally planned to put to that particular witness. The Defence is therefore entitled to provide the Prosecution only with those documents actually used in court during cross-examination, at the time the documents are shown to the witness."*⁶⁵

66. De plus, aucune Chambre du TPIY ne demande à la Défense de communiquer ce type de documents trois jours à l'avance. Pour la plupart, la Défense doit les notifier

⁶⁵ ICTY, Trial Chamber, Prosecutor v. Halilovic, *Decision on Motion for Prosecution Access to Defence Documents Used in Cross-Examination of Prosecution Witnesses*, 9 May 2005, para. 9. Dans cette affaire, la Chambre a cependant admis que le Procureur pouvait demander la communication à l'avance de documents qu'il n'avait pas déjà en sa possession de manière à pouvoir, si besoin est, examiner le document.

lorsque le témoin du Procureur prête serment⁶⁶. D'autres Chambres ont demandé à ce que cela soit fait après qu'il ait prêté serment⁶⁷.

67. Par conséquent, la Défense de M. Bemba entend contester la règle de « gestion » ou de « fonctionnement » de la communication trois jours avant la production du document en audience établie par la Chambre de première instance I. Les arguments exposés par cette Chambre aux paragraphes 29 et 30 de sa Décision 1313 devraient, de l'avis de la Défense, justifier que cette règle ne soit retenue dans la présente affaire. Cela s'impose d'autant plus que la présente Chambre n'a pas encore statué sur l'interdiction du récolement des témoins évoqué par la Chambre de première instance I au paragraphe 31 de cette Décision comme étant une garantie. La Défense demande à ce qu'elle puisse communiquer ces éléments au moment où le témoin prête serment dans le cas où la durée de son témoignage sera courte et à le faire après cela lorsque celui-ci est amené à témoigner sur une période supérieure à trois jours.
68. Certes, la Chambre de première instance I ne manque pas de « noter que l'Accusation n'est pas autorisée à prévenir ses témoins » des questions éventuelles de la Défense⁶⁸. Il reste que, tout d'abord, il n'a pas encore été tranché par la Chambre dans la présente affaire qu'une telle interdiction s'impose et que, de plus, le Procureur et les participants seront tout de même en mesure d'adapter leurs questionnements des témoins en conséquence. Cela reviendrait à priver la Défense de la pleine effectivité du contre-interrogatoire qui vise à juger de la crédibilité et de la fiabilité d'un témoignage.

⁶⁶ Voir par exemple : Trial Chamber, Prosecutor v. Stanisic and Zupljanin, "Order on Revised Guidelines on the Admission and Presentation of Evidence", 2 October 2009, para. 14 : "Upon the witness making the solemn declaration, the cross-examining parties shall provide electronically to the Trial Chamber, the Registrar and the other parties a list of the documents and other material that they may use in cross-examination."

⁶⁷ Voir par exemple : Trial Chamber, Prosecutor v. Milutinovic, "Decision on Joint Defence Motion for Modification of Order on Procedure and Evidence", 16 August 2006, para. 4 : "A list of documents or other material to be used by a party when cross-examining a witness must be disclosed to the opposing party or parties at the commencement of the direct examination of that witness and after he or she has made the solemn declaration pursuant to Rule 90(A). At the same time, the cross-examining party must release to the opposing party or parties, via the eCourt system, any documents or other material not already in the possession of the opposing party or parties that form part of the list of documents or material for use during cross-examination. Should a party seek to use a document or material during cross-examination that has not been so listed and disclosed, that party may be permitted to do so on showing good cause for not so listing and disclosing it. The opposing party or parties may then request a short adjournment in order to examine the material."

Trial Chamber, Prosecutor v. Popovic et al, "Order Concerning Presentation of Evidence and the Conduct of Parties During the Defence Case", 26 May 2008, para. 3(III)(g): "Lists of documents or other material to be used by the Prosecution and the other Defence teams when cross-examining a Defence Witness must be disclosed to the Defence team calling the witness at the commencement of the examination in chief of that witness, after the witness has made the solemn declaration pursuant to Rule 90(A) of the Rules".

⁶⁸ ICC-01/04-01/06-1313-tFRA, § 31.

69. Par conséquent, subsidiairement et si la Chambre entend tout de même imposer à la Défense une telle communication trois jours avant leur production, la Défense demande à la Chambre que soient alors satisfaites les conditions suivantes :
70. le Procureur n'est pas autorisé à procéder au récolement de ses témoins,
71. le Procureur, les Représentants légaux des victimes et la Chambre ne peuvent utiliser les documents communiqués par la Défense avant que la Défense les porte à leur connaissance lors du contre-interrogatoire,
72. et bien sûr, la Défense doit continuer à pouvoir bénéficier de la possibilité d'utiliser des « documents dont la pertinence ou la nécessité était imprévisible à l'avance » (Décision 1313, §29) et qui n'ont donc pas été communiqués trois jours avant.

II. Questions concernant les victimes (processus de demande et modalités de participation)

II.1. Demandes anonymes et question de savoir si les victimes anonymes peuvent oui ou non participer aux débats.

73. Dans sa décision du 18 janvier 2008, « la Chambre d'Instance avait rejeté les conclusions des parties selon lesquelles il ne devrait jamais être permis aux victimes anonymes de participer aux débats. Même si la Chambre d'Instance reconnaît qu'il est préférable que les identités des victimes soient divulguées en entier aux parties, la Chambre est aussi consciente de la position particulièrement vulnérable de plusieurs de ces victimes, qui vivent dans une région à conflit permanent où il est difficile d'assurer leur sécurité »⁷¹. La Chambre avait en outre déclaré que « étant donné que la Chambre connaîtra toujours la vraie identité de la victime, elle sera bien placée pour évaluer le degré et l'impact du préjudice à tout moment de sa survenance et pour établir si oui ou non les mesures qui ne protègent pas à révélation de l'identité de la victime peuvent suffisamment atténuer le préjudice »⁷².
74. Il est évident de l'observation des débats du dossier Lubanga, que des questions ont surgi concernant l'intégrité du processus de demande, et le rôle des intermédiaires. Cependant, pour tout cas dans lequel telles questions sont portées à l'attention de la Cour à travers la déposition spontanée de la victime-témoin, il peut y avoir beaucoup plus de cas concernant l'intégrité du processus de demande, ou la véracité des

⁷¹ Au para 130

⁷² Au para 131

allégations de la victime qui ne parviennent pas à l'attention de la Chambre, en particulier parce que la défense n'est pas capable de corroborer ou d'examiner les allégations sans l'identité du requérant-victime et des personnes auxquelles il est fait allusion dans la demande.

75. Par conséquent, la Défense demande respectueusement à l'Honorable Chambre d'Instance, de modifier la décision ci-dessus pour stipuler qu'il ne devrait être permis aux victimes anonymes de participer que de manière passive dans le sens qu'elles ne devraient pas avoir le droit de recevoir des soumissions publiques et informations concernant les audiences de la Cour. Ceci leur permettrait de décider si oui ou non leurs droits particuliers et personnels sont engagés par une question ou une audience donnée. Cependant, étant donné l'impact que la participation active peut avoir sur les droits de la défense et l'équité des débats, la participation active ne devrait être accordée qu'aux seules victimes qui ont accepté la divulgation de leur identité à la défense.
76. La Défense suggère par ailleurs que la participation active des victimes anonymes n'est pas appuyée par le Statut, les Règles ou les Règlements ; ce qui a ainsi un impact sur la légalité de la mesure (qui est un élément fondamental d'un procès équitable) ; en plus, les rédactions affectent de manière significative les droits essentiels de la défense, lesquels sont aussi essentiels à l'équité des débats.
77. L'article 67(1)(d) consacre le droit de la Défense d'être présente et de participer réellement aux débats qui ont un impact sur les droits de la défense. Le fait de retenir les informations concernant l'identité des personnes participant à ce processus d'appel exclut ainsi la Défense de ces aspects essentiels des débats. David Donat-Cattin a fait observer à cet égard que la « non divulgation de l'identité au public ou aux médias est une chose, l'anonymat des témoins/victimes vis-à-vis de la défense en est une autre. La dernière est inacceptable, à la lumière du droit de la défense [...] en fait, il n'est pas possible de répondre aux arguments présentés par quelqu'un [qui est] « sans identité ».^[2]
78. Un avis a été aussi émis selon lequel les mots 'tenant compte des dispositions du Statut' suggèrent que l'article 67 peut être limité par des dispositions explicites stipulant le contraire' »^[3] Ceci implique a contrario que dans l'absence d'une telle disposition stipulant le contraire, les droits de la Défense présentés dans l'article 67(1)

^[2] Otto Triffterer (ed.) Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article, (Commentaire sur le Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale. Notes d'Observateurs, Article par Article) Article 68 à la p. 878

^[3] W. Schabas, Article 67, in Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court (O. Triffterer ed. 1999) Nomos Verlags gesellschaft, à la page 851.

l'emportent. Avec respect, la Défense suggère à cet égard qu'aucune disposition contenue dans le Statut ou les Règles ne permet explicitement aux requérants de participer anonymement ».

79. L'article 68(1) oblige la Cour de prendre des « mesures appropriées » pour protéger les victimes et les témoins. Comme la Chambre d'Appel l'a reconnu dans le contexte de la participation des victimes, le critère de caractère approprié doit aussi prendre en considération les facteurs d'équité.
80. En plus, cette disposition est explicitement sujette à l'avertissement selon lequel les mesures autorisées en vertu de l'article 68(1) « ne devront pas être nuisibles aux, ou incompatibles avec les droits de l'accusé et à/avec un procès équitable et impartial » (soulignement ajouté).
81. L'unique disposition statutaire qui permet la non divulgation des informations à la défense (par opposition au public), est l'article 68(5) qui vise la non divulgation des informations concernant les témoins à charge, et ne s'applique pas aux débats auxquels les témoins participeront nommément, au stade du procès.
82. En termes des Règles, la Règle 81(4) ne fournit pas une base générale pour la rédaction de l'identité des requérants et victimes participants pendant le stade du procès, comme elle permet seulement à la Chambre de retenir l'identité des personnes avant le début du procès. Tandis que le texte de la règle 81(4) utilise le terme non exhaustif « y compris ». L'allusion explicite dans la règle à la période de temps antérieure au commencement du procès manifeste l'intention des rédacteurs d'exclure l'application de la règle à la période de temps postérieure au commencement du procès : ceci est compatible avec la règle du *expressio unius est exclusio alterius* de l'interprétation statutaire.⁷³
83. La règle 81 (4) est aussi soumise aux exigences de nécessité et proportionnalité, et aux limitations globales de l'article 68, notées ci-dessus. A cet égard, la Chambre d'Appel a maintenu que, en évaluant si oui ou non les mesures procédurales de protection telles que les rédactions et la divulgation retardée sont appropriées, « si les mesures moins restrictives sont suffisantes et faisables, une Chambre doit choisir ces mesures-là plutôt que les mesures plus restrictives. »⁷⁴ Il s'ensuit par conséquent que si les

⁷³ Voir Procureur contre Delalic et les autres. Jugement d'Instance, 16 novembre 1998, au para 166

⁷⁴ Procureur contre Lubanga, Jugement sur l'appel par M. Thomas Lubanga Dyilo de la décision de la Chambre Préliminaire intitulée Première Décision sur les Demandes de l'Accusation et les Demandes Amendées pour les Rédactions en vertu de la Règle 81, ICC-01/04-01/06-773, 14 décembre 2006, au para 33. Voir aussi Jugement

mesures physiques de protection sont capables de fournir la sécurité adéquate aux requérants/victimes, alors il serait inopportun de recourir aux rédactions à l'anonymat. A cet égard, à la lumière du fait que les mesures physiques de protection ont été jugées adéquates pour les témoins pendant le stade du procès, lesquels témoins sont vraisemblablement plus en danger à cause du degré direct de leur participation au le dossier, alors telles mesures devraient aussi être adéquates pour aborder les préoccupations des victimes qui participent à un moindre degré.

84. Il est ainsi évident que les rédacteurs du cadre du Statut de Rome avaient clairement l'intention d'éviter l'approche de la Cour Européenne des Droits Humains (qui permet l'utilisation limitée des témoins anonymes), et le précédent lourdement critiqué du dossier Tadic.⁷⁵ A cet égard, le Statut avait été finalisé en 1998 ; les participants à ce processus auraient par conséquent été conscients du fait que la participation des témoins anonymes au Tribunal Pénal International pour l'ex Yougoslavie avait été problématique, et qu'en effet le voile de l'anonymat avait été utilisé pour la fabrication des faux témoignages.⁷⁶

d'Appels du 13 octobre 2006, dans lequel la Chambre d'Appels soutient la Décision de la Chambre Préliminaire selon laquelle « la non divulgation de l'identité des témoins ou des parties des dépositions antérieures des témoins n'aurait été autorisée par la Chambre conformément à la règle 81(4) des Règles de Procédure et Preuves qu'après une évaluation de la non faisabilité ou de l'insuffisance des mesures de protection moins restrictives. » Jugement sur l'appel par le Procureur de la décision de la Chambre Préliminaire I intitulée « Décision Etablissant les Principes Généraux Régissant les Demandes pour Restreindre la Divulgence conformément à la Règle 81(2) et (4) des Règles de Procédure et Preuve », ICC-01/04-01/06-568, au para 37.

⁷⁵ La conception du Statut de la CPI est destinée à empêcher la Cour d'adopter l'approche de la majorité du Tribunal Pénal International pour l'ex Yougoslavie dans le dossier Tadic. Le but du rédacteur était d'endosser l'approche prise dans le dossier Blaskic consistant à permettre à la Cour de « retenir certaines informations identifiantes sur les témoins avant le procès, mais pas après que le procès eut commencé [...]

Comme un participant à la Conférence sur le Traité avait déclaré : 'Les délégations avaient accepté que dans certains cas il serait approprié pour le Procureur de retenir les preuves jusqu'au commencement du procès au motif que la divulgation pouvait aboutir à la sérieuse mise en danger d'un témoin. Cependant, au commencement du procès il ne serait pas approprié... en d'autres termes, l'Article ne permet pas l'utilisation des témoins anonymes'. L'accusé doit être en mesure de connaître ses accusateurs.' (citant Helen Brady, 'Trials and Appeals before the International Criminal Court') (Procès et appels devant la Cour Pénale internationale) www.redcross.org.) » : David Lusty, Anonymous Accusers : An Historical and Comparative Analysis of Secret Witnesses in Criminal Trials' (Accusations anonymes : une analyse historique et comparative des témoins secrets dans les procès pénaux) 24 Sydney L. Rev. (2002) 361, à 421-3.

« La commission n'avait pas adopté une proposition faite par l'Italie appuyée par trois autres états, de permettre à la Cour, dans certains cas de dissimuler l'identité des témoins face à l'accusé en désignant un « gardien » pour enquêter sur la fiabilité de la victime ou du témoin. L'Australie, appuyée par un grand nombre d'états, s'était opposée à toute règle autorisant l'utilisation des témoins anonymes au procès. Elle rappela aux délégués que la compréhension des rédacteurs de l'Article 68(5) à la Conférence Diplomatique était qu'il permettait à la Cour de retenir certaines informations identifiantes sur les témoins avant le procès, mais pas après que le procès eut commencé. Elle déclara aussi que le fait de dissimuler l'identité des témoins à charge face à l'accusé violerait les droits humains et que, sous le principe de l'égalité des armes, tel anonymat exigerait que la Cour permette à l'accusé de dissimuler l'identité des témoins à décharge face à l'accusation. » « Christopher Keith Hall, 'The First Five Sessions of the Un Preparatory Commission for the International Criminal Court' (les cinq premières sessions de la commission non préparatoire à la Cour Pénale Internationale), 94 Am. J. Int'l L. 773.

⁷⁶ Procureur contre Tadic. Décision sur la motion de l'Accusation de Retirer les Mesures de Protection pour les Témoins L, 5 décembre 1996, <http://www.un.org/icty/tadic/trial2/decision-e/6/205pm2.htm>; Voir aussi Procureur contre Tadic Transcription du 26 novembre 1996, www.un.org/icty/tran1/96112 ED.htm à la page 8584.

85. La Défense suggère par conséquent que de la même façon, la participation des requérants anonymes pourrait nuire à l'intégrité de ces importants débats ; comme telle, leur participation serait inopportune.

86. En termes de l'applicabilité des autres sources en vertu de l'article 21 du Statut, la pratique actuelle des Chambres Extraordinaires pour les Cours au Cambodge est de divulguer les versions non éditées des demandes des victimes, à la défense, nonobstant la proximité des prévenus par rapport à la résidence des victimes. En plus, la pratique locale n'appuie pas invariablement⁷⁷ l'utilisation des victimes et témoins anonymes.⁷⁸

87. La Défense suggère en outre que les dispositions de l'article 68 (3) doivent être interprétées de manière compatible avec les normes des droits humains internationalement reconnus. A ce propos, la Défense se réfère à l'interdiction des accusateurs anonymes⁷⁹, et plaignants anonymes⁸⁰ sous le droit humanitaire.

⁷⁷ Tel qu'exposé dans le Jugement de la Chambre d'Appels sur la Demande par l'Accusation de la Revue Extraordinaire de la Décision du 31 Mars 2006 par la Chambre Préliminaire I de Refuser de donner la Permission de Faire Appel, daté du 13 juillet 2006, ICC-01/04-0168, en vue de constituer un principe de droit, il est nécessaire de vérifier que le principe en question est « universellement adopté » (voir para 32). Voir aussi le Jugement d'Instance du Tribunal Pénal International pour l'ex Yougoslavie sur Furudzija, du 10 décembre 1998, au para 178 : « l'allusion ne devrait pas être faite à un système juridique national seulement, disons celui des Etats de droit commun ou celui des Etats de droit civil. Plutôt, les cours internationales doivent faire appel aux concepts généraux et institutions juridiques communs à tous les principaux systèmes juridiques du monde. » Jugement d'Instance du 10 décembre 1998, au para 178 : [hpt://www.un.org/itcy/furundzija/trialc2/judgement/index.htm](http://www.un.org/itcy/furundzija/trialc2/judgement/index.htm)

⁷⁸ Aux Etats-Unis d'Amérique, les plaignants déposant une requête en vertu de la Alien Torts Act (loi sur les Droits Civils des Etrangers) peuvent demander que leur identité et documentation soient retenues du public (procès John Doe). Cependant, si le défendeur choisit de contester la requête, « les avocats du défendeur auraient encore le droit de poser [...] des questions (une procédure connue comme « déposition ») et de demander [au plaignant] de fournir les documents dans la possession [du plaignant] qui se rapportent à l'affaire. » Ceci inclut le droit de demander au plaignant de révéler son identité. Si le plaignant ne souhaite pas le faire à cause des risques sécuritaires, il a l'option de retirer la plainte. Devenir un plaignant sans révéler votre identité, préparé par le Center for Justice and Accountability (Centre pour la Justice et la Responsabilité), <http://www.cja.org/cases/BeingDoe.pdf>.

L'OPCD note en outre que les identités des témoins ne peuvent pas être cachées à la Défense en Chypre, en Finlande, en Italie, au Luxembourg, à Malte, et en Suède : The Law Society of England and Wales (Accusation des Juristes d'Angleterre et des Pays des Galles), 'Study of the Laws of evidence in criminal proceedings throughout the European union' (Etude des lois des témoignages dans les procédures pénales à travers l'Union Européenne), Rapport sommaire, octobre 2004, pp 43-45 ; disponible à : <http://www.sq3.it/enlsc/docs/materials/LawEvidenceEU.pdf>;

⁷⁹ Voir par exemple, Second Rapport sur la Situation des Droits Humains au Pérou, Inter-Am.C.H.R., O.E.A./Ser.L/V/II.106, Doc.59 rev. (200) (Chap II) <http://www1.umn.edu/humanrts/iachn/country-reports/perou2000.chap2.htm#66#66>; Odolfo Gerbert Asencios Lindo, Rodolfo Dynnik Asencios Lindo Marco Antonio Ambrosio Concha et Carlos Florentino Molero Coca contre le Pérou, Dossier 11.182, Rapport N° 49/00,DEA/Ser.L/V/II.106 Doc3 rev. À 1126 (1999) ; Observations finales du Comité des Droits Humains sur la Colombie, UN Doc, CCPR/c :79/Add. 76, 1avril 1997, para 21, 40.

⁸⁰ Les régimes pour les demandes individuelles tant auprès des organismes régionaux qu'auprès des organismes onusiens des droits humains ne prévoient pas que l'identité du requérant soit retenue vis-à-vis de l'Etat défendeur ; la Convention pour la Protection des Droits et Libertés Fondamentales <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D1EB31A8-4194-436-987E-65AC8864BE4F/O/RuleOfCourt.pdf>. La Cour Inter-Américaine des Droits Humains ne prévoit pas tout aussi une telle mesure ; l'article 26 des Règles de Procédure et Preuve stipule que « les informations suivantes devront être fournies à la Cour par la Commission : (a) les parties au dossier, » tandis que l'article 28 stipule que « à la réception de la demande, le

88. Le fait que l'Accusation n'ait pas divulgué les versions éditées, ne compense pas la Défense parce que, à la différence de la défense, l'accusation ne fait pas l'objet des attaques de la victime et par conséquent n'a pas le même droit de confronter ses accusateurs. A ce propos, tandis que l'égalité des armes est un élément de l'équité des débats, cette égalité ne découle pas des parties placées en position différente.⁸¹ En tout cas, avec respect, la Défense suggère que le défaut de divulguer les versions non éditées à l'Accusation peut aussi finalement porter préjudice à la Défense. En conformité avec la pratique actuelle de la CPI, la victime peut aussi déposer comme témoin. L'Accusation aurait par conséquent besoin d'avoir accès aux demandes non éditées en vue de remplir les obligations de divulgation du Procureur envers la défense conformément à l'article 67(2) du Statut, dans le cas où les demandes contenaient des informations qui étaient potentiellement disculpantes, ou qui contrediraient la déposition de la victime.

Secrétaire devra en notifier et en transmettre des copies à... L'Etat défendeur » <http://www1.umn.edu/humanrts/instance/z1afchar.htm>.

De même les organismes du Traité des Nations-Unies ne permettent pas la considération des plaintes anonymes : « il n'est pas possible de soumettre une considération des plaintes anonymement. Cependant, le Comité permanent acceptera normalement, si on le lui demande, de supprimer le nom de la présumée victime dans les documents publiés. Il n'est cependant pas possible de cacher le nom de la présumée victime à l'Etat concerné, comme l'Etat ne peut pas enquêter sur les allégations s'il ne sait pas qui est cette personne-là. » S. Joseph, K. Mitchell, L. Gyorki, C. Benninger-Budel, A Handandbook, A Handbook on the Individual Complaints Procedures of the UN Treaty Bodies (Un manuel sur les procédures des Organismes du Traité des Nations-Unies en matière des plaintes individuelles) Partie II, Procédures du Comité des Droits Humains, à la page 55, http://www.onct.org/pdf/UNTB/2006/handbook_series/vol4/eng/handbook4_full_eng.pdf

Voir Premier Protocole Facultatif à la Convention Internationale sur les Droits Civils et Politiques, Article 3 : « Le Comité devra considérer irrecevable toute communication en vertu de ce Protocole qui est anonyme... » (http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/a_opt.htm) et les Règles 90-91 du Comité des Droits Humains, qui prévoient le rejet des demandes anonymes sur la considération de la recevabilité, tandis qu'elles exigent que l'Etat défendeur soit contacté et « il devra lui être demandé... de soumettre une réponse écrite à la communication. » Des dispositions identiques peuvent se trouver dans le Règles de Procédure et Preuve du Comité sur l'Elimination de la Discrimination Raciale (91-92) et du Comité contre la Torture (107-108) (toutes les Règles de Procédure des Organismes du Traité disponibles à <http://www1.umn.edu/humanrts/TreatyBodyRulesOfProcedure.pdf>)

Voir aussi '23 FAQ about Treaty Body complaints procedures' (23 FAQ sur les procédures des Organismes du Traité en matière de plaintes), qui fait la différence entre la capacité d'une plainte de demander que les informations identifiantes soient supprimées de la décision publique finale, et leur obligation de fournir leur identité, laquelle est ensuite transmise à l'Etat pour répondre : <http://www2.ohchr.org/english/bodies/petitions/individual.htm>.

En termes de mécanismes des Nations-Unies en matière de plaintes sur les Droits Humains, en vertu du mécanisme révisé 1503 en matière de plainte « Les communications manifestement mal fondées et anonymes sont passées au crible par le Président du Groupe de Travail sur les Communications, ensemble avec le secrétariat, sur base des critères de recevabilité ; les communications non rejetées au filtrage initial sont transmises à l'Etat concerné pour obtenir ses vues sur les allégations de violations. » : Human Rights Council Complaint Mechanism' (Mécanisme de plainte du Conseil sur les Droits Humains' : <http://www2.ohchr.org/english/bodies/chr/complaints.htm>

⁸¹ Voir par exemple, Kokkinakis contre Grèce (1994) 17 EHHR (?), voir aussi para 8 du Comité des Droits Humains, Commentaire Général 18, Non discrimination (Trente-septième session, 1989), Compilation des Commentaires généraux et Recommandations générales Adoptées par les Organismes du Traité des Droits Humains, U.N.

Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 à 26 (1994) < <http://www1.umn.edu/humannts/gencomm/hrcom18.htm> >

II.2. Question de savoir si oui ou non les demandes [de participation] comme victimes faites par les victimes à double statut devraient être considérées comme déclarations préalables, et ainsi divulguables en vertu de la règle 76 même si elles ne contiennent pas du matériel qui relève soit de la règle 77 soit de l'article 67(2).

89. La défense de Lubanga avait sollicité accès aux demandes des victimes participant aux débats en tant que témoins. L'Accusation avait accepté que telles demandes constitueraient des déclarations préalables aux fins de la règle 76(1), et relèveraient ainsi des concomitantes obligations de divulgation de l'Accusation. Dans sa décision du 21 janvier 2009, la Chambre d'Instance avait maintenu que « l'Accusation doit appliquer à ce matériau [demandes des victimes] la même approche qu'à tout autre matériau disculpant en sa possession ».⁸²

90. La Défense observe que l'article 67(2), qui régit les obligations de divulgation du Procureur concernant le matériau disculpant, est rédigé de manière générale pour inclure n'importe quel type de preuves ; il n'est pas limité aux preuves relatives à un témoin donné. Par conséquent, si l'Accusation est obligée de traiter des demandes des victimes de la même façon que tout autre matériau disculpant en sa possession, il s'ensuit que l'Accusation serait obligée de divulguer les demandes des victimes même si :

- la victime ne participe pas aussi comme un témoin ;
- il a été accordé à la victime le droit de participer ;
- la victime a demandé de participer à un autre dossier devant la CPI.

91. La Défense approuve pleinement cette décision en ce qui concerne l'applicabilité de l'article 67(2) aux demandes des victimes. En même temps, la Défense note qu'il est possible que les demandes des victimes concernant les deux victimes – témoins ne pourraient nécessairement pas satisfaire la définition de témoignages disculpants aux fins de l'article 67(2). Tel que reconnu par l'Accusation, ces demandes constitueraient des déclarations préalables, et devraient ainsi être divulguées en vertu de la règle 76(1).⁸³

⁸² ICC-01/04-01/06-1119 au para 12.

⁸³ Ceci est compatible avec la jurisprudence du Tribunal Pénal International pour l'ex Yougoslavie et du Tribunal Pénal International pour le Rwanda, selon laquelle une déposition a été « interprétée comme une relation par une personne de la connaissance d'un crime qui a été enregistrée au cours d'une enquête sur ce crime-là. Elle peut contenir des déclarations prises par d'autres entités que le Procureur, qui entraînent ensuite que les personnes qui avaient fait les déclarations initiales deviennent des témoins aux débats devant le Tribunal » Procureur contre Ntawukulilyayo, 'Décision sur la Motion de la Défense Alléguant Violation des Obligations de Divulgation de l'Accusation ; Avertissement de la Chambre aux Avocats de l'Accusation ; et

92. Il y a aussi un intérêt évident pour la Défense d'accéder à de telles demandes en vue de vérifier la cohérence du souvenir des événements par le témoin, et exploiter l'une ou l'autre information supplémentaire dans le formulaire de demande à laquelle on ne pourrait pas faire allusion dans la déposition. Etant donné leur pertinence à la préparation de la Défense, les demandes pourraient aussi relever de la règle 77.⁸⁴

93. Par conséquent, avec respect, la Défense demande à la Chambre de clarifier si oui ou non l'Accusation serait obligée de divulguer les demandes des victimes se rapportant aux témoins à décharge en vertu de la règle 76(1) même si les demandes en questions ne constituent pas des témoignages disculpants.

III. Issus relatifs aux mesures de protection

III.1 La Chambre de Première Instance doit continuer à appliquer la règle selon laquelle les identités des témoins du Procureur doivent être divulguées avant le commencement du procès proprement dit.

94. Dans sa décision du 9 Novembre 2007,⁶⁹ la Chambre de Première Instance a décidé que la divulgation complète du dossier du procureur doit avoir lieu avant le début du procès. Conformément à ladite décision, la Chambre doit rejeter toute requête du Procureur tendant à retarder la divulgation de l'identité des témoins, et ce, avant le début du procès.

Ordre de Programmation Concernant le Début du Procès' 26 mars 2009, Dossier N° ICTR-05-82-PT, citant Procureur contre Milan Milutinovic et les autres, Dossier N° IT-05-85-T, Décision sur la Motion de Ojdanić pour Divulgarion des Dépositions et pour Trouver la Violation de la Règle 66(A) (ii), 29 septembre 2006, para 14 ; la Chambre d'Appels dans Procureur contre Blaskić, Dossier N° IT-95-14-A, Décision sur la Motion de l'Appelant pour la Présentation des Documents, Suspension ou Prolongation du Programme de Briefing, et Soumissions supplémentaires, 26 septembre 2000, para 15 ; Procureur contre Casimir Bizimungu et les autres, Dossier N° ICTR-99-50-T, Décision sur la Motion de Prosper Mugiraneza d'Exiger le Strict Respect de la Règle 66 (A) (iii) (« Décision sur le Strict Respect »), para. 7 ; Procureur contre Tihomir Blaskić, Dossier N° IT-95-14-PT, Décision sur la Présentation des Documents de Découverte, 27 janvier 1997, para. 38.

⁸⁴ La défense suggère que les demandes des victimes constituent aussi des documents d'archives judiciaires. Le Tribunal Pénal International pour le Rwanda a reconnu que les documents d'archives judiciaires se rapportant aux témoins à charge sont pertinents à la préparation de la défense : Procureur contre Zigiranyirazo, Décision sur les Motions de la Défense pour la Coopération du Gouvernement du Rwanda en Rapport avec les Témoins à Charge AVY et SGO, Dossier N° ICTR-2001-73-PT, T, Ch III, 17 janvier 2006, p.2 ; Procureur contre Karemera et les autres, Décision sur les Motions pour Imposer l'Inspection et la Divulgarion et pour Instruire les Témoins d'Apporter les Documents d'archives judiciaires et de l'immigration, Dossier N° ICTR-98-44-PT, T Ch III, 14 septembre 2005, para.15 ; Procureur contre Simba, Décision sur les Questions liées au Dossier Judiciaire du Témoin KDD, Dossier N° ICTR-01-76-T, T, Ch . I, 1 novembre 2004 ; Procureur contre Bagasora et les autres, Décision sur la Demande des Documents Découlant des Débats judiciaires au Rwanda Concernant les Témoins à Charge, Dossier N° ICTR-98-41-T, T. Ch.I, 16 décembre 2003.

⁶⁹ Decision Regarding the Timing and Manner of Disclosure and the Date of Trial ICC-01/04-01/06-1019, 9 November 2007, at para 21.

95. La Défense compte soumettre des observations plus appondis quant à ce, dans la phase ultérieure de la procédure.

IV Issus concernant l'admission des éléments de preuve

96. Dans sa décision du 8 Mai 2009,⁷⁰ la Chambre de première Instance a décidé que vu le retard constaté dans la procédure de divulgation, la Défense doit soumettre toute contestation relative à l'admissibilité des éléments de preuve 3 semaines avant le commencement du procès. Elle a en outre affirmé ce qui suit : «

*“if defence decides prior to the commencement of the trial that a particular legal issue will be raised as regards admissibility, relevance or otherwise, pending any further order from the Chamber, as a matter of courtesy and to promote efficiency the Court and the other party and the participants should be informed.”*⁷¹

97. La Défense sollicite de la Chambre que le raisonnement susmentionné soit aussi appliqué dans la présente procédure.

98. La Défense compte soumettre des observations plus appondis quant à ce, à une phase ultérieure de la procédure, et ce, sous l'autorisation préalable de la Chambre.

⁷⁰ ‘Decision on the defence request for leave to appeal the “Decision on disclosure by the defence”’, ICC-01/04-01/06-1313

⁷¹ At para 24.



Aimé Kilolo Musamba
Conseil Associé



Nkwebe Liriss
Conseil Principal

Fait le 26 Novembre 2009

À La Haye, Pays- Bas