



Original : français

N° : ICC-01/04-01/10 OA 4

Date : 10 avril 2012

LA CHAMBRE D'APPEL

**Composée comme suit : M. le juge Erkki Kourula, juge président
M. le juge Sang-Hyun Song
Mme la juge Akua Kuenyehia
Mme la juge Anita Ušacka
Mme la juge Silvia Fernández de Gurmendi**

**SITUATION EN RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO
AFFAIRE**

**LE PROCUREUR
c. CALLIXTE MBARUSHIMANA**

Version publique expurgée

**Observations des victimes autorisées à participer à la procédure sur l'appel du
Procureur contre la "Décision relative à la confirmation des charges"
(ICC-01/04-01/10-465-Conf-tFRA)**

**Origine : Ghislain M. Mabanga, agissant en qualité de Représentant légal
de 95 victimes autorisées à participer à la procédure d'appel**

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

Le Bureau du Procureur

M. Luis Moreno-Ocampo, Procureur
Mme Fatou Bensouda, Procureur adjoint
M. Fabricio Guariglia

Le conseil de la Défense

Me Arthur Vercken
Me Yaël Vias-Gvirsman

Les représentants légaux des victimes

Me Ghislain M. Mabanga

Les représentants légaux des demandeurs

Les victimes non représentées

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

Le Bureau du conseil public pour les victimes

Le Bureau du conseil public pour la Défense

Les représentants des États

L'amicus curiae

GREFFE

Le Greffier et greffier adjoint

Mme Silvana Arbia et M. Didier Preira

La Section d'appui aux Conseils

L'Unité d'aide aux victimes et aux témoins

La Section de la détention

La Section de la participation des victimes et des réparations

Autres

I. Liminaire

1. *Objet.*- Les présentes Observations sont présentées à la Chambre d'appel de la Cour pénale internationale, respectivement "la Chambre d'appel" et "la Cour", au nom et pour le compte des victimes, ci-après "les Victimes représentées", dont les références suivent¹:

a/2166/11, a/2167/11, a/2168/11, a/2169/11, a/2170/11, a/2171/11, a/2172/11, a/2173/11, a/2174/11, a/2175/11, a/2177/11, a/2178/11, a/2179/11, a/2180/11, a/2181/11, a/2182/11, a/2183/11, a/2184/11, a/2185/11, a/2186/11, a/2187/11, a/2188/11, a/2189/11, a/2190/11, a/2191/11, a/2192/11, a/2193/11, a/2194/11, a/2196/11, a/2197/11, a/2198/11, a/2205/11, a/2206/11, a/2207/11, a/2221/11, a/2234/11, a/2239/11, a/2240/11, a/2580/11, a/2582/11, a/2583/11, a/2584/11, a/2585/11, a/2586/11, a/2587/11, a/2588/11, a/2589/11, a/2590/11, a/2591/11, a/2593/11, a/2594/11, a/2595/11, a/2596/11, a/2597/11, a/2598/11, a/2599/11, a/2600/11, a/2602/11, a/2619/11, a/2620/11, a/2621/11, a/2622/11, a/2624/11, a/2000/11, a/2006/11, a/2007/11, a/2008/11, a/2022/11, a/2023/11, a/2024/11, a/2025/11, a/2027/11, a/2028/11, a/2029/11, a/2030/11, a/2031/11, a/2203/11, a/2208/11, a/2212/11, a/2220/11, a/2223/11, a/2224/11, a/2226/11, a/2228/11, a/2229/11, a/2230/11, a/2572/11, a/2573/11, a/2574/11, a/2575/11, a/2576/11, a/2578/11, a/2579/11, a/2176/11 et a/2195/11.

Elles font suite à la décision en date du 2 avril 2012 par laquelle la Chambre d'appel a notamment jugé :

- (i) *The 95 victims represented by Mr Mabanga, who have applied to participate in the present appeal, are granted the right to participate for the purpose of presenting their views and concerns with the respect to their personal interests in the issues raised on appeal. They may file their submissions by 16h00 on Tuesday, 10 April 2012*².

¹ Cfr. Report on the legal representation of participating victims, 16 août 2011, ICC-01/04-01/10-379; Decision on the representation of participating victims formerly represented by Mr Hervé Diakiese, 9 septembre 2011, ICC-01/04-01/10-409; Decision on the applications for participation of victim applicants a/2176/11 and a/2195/11, 23 septembre 2011, ICC-01/04-01/10-441.

² Decision on the "Requête tendant à obtenir autorisation de participer à la procédure d'appel contre la 'Décision relative à la confirmation des charges' (ICC-01/04-01/10-465-tFRA)", ICC-01/04-01/10-509, p. 3.

2. *Degré de confidentialité.*- La présente écriture est classée "confidentiel", car elle contient des données susceptibles d'identifier les victimes, et donc de mettre leur vie en danger.
3. *Plan du travail.*- Afin de permettre à la Chambre d'appel de mieux appréhender la portée de leurs observations, les Victimes représentées présenteront un exposé succinct des faits et procédures (II) avant d'aborder les problèmes juridiques soulevés dans le cadre de la présente procédure (III) et d'en tirer les conséquences (IV).

II. Exposé des faits et procédures

4. Le 28 septembre 2010, la Chambre préliminaire I de la Cour, ci-après "la Chambre préliminaire", décida de faire droit à une requête, datée du 20 août 2010, par laquelle le Procureur sollicitait d'elle l'émission d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Monsieur Callixte Mbarushimana, ci-après "le Suspect". Au terme de cette décision³, la Chambre jugea qu'il y avait des motifs raisonnables de croire que des combattants des FDLR :

- i. *ont attaqué, à la fin du mois de janvier 2009, le village de Remeka, dans le groupement d'Ufamandu, sur le territoire de Walikale et, pendant cette attaque, ont rassemblé la population et les chefs locaux, les ont accusés de les avoir trahis, leur ont dit qu'ils ne seraient pas autorisés à quitter le village et ont tué ceux qui ont essayé de s'enfuir ;*
- ii. *ont attaqué, à la fin du mois de janvier 2009, le village de Busheke, sur le territoire de Kalehe, au Sud-Kivu, tuant 14 civils, dont 12 femmes et filles qu'ils avaient préalablement violées ;*
- iii. *ont, à la mi-février 2009, après des accrochages avec des combattants des Forces rwandaises de défense (FRD), commis 28 viols et tué un chef local des environs du village de Pinga, sur le territoire de Masisi, au Nord-Kivu ;*
- iv. *ont, le 13 février 2009, après le passage de membres des Forces armées de la République démocratique du Congo (FARDC) et des FRD dans le village de Kipopo,*

³ Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Callixte Mbarushimana, 28 septembre 2010, ICC-01/04-01/10-1tFRA, par. 12. Les notes infrapaginales n'ont pas été reprises.

sur le territoire de Masisi, au Nord-- -Kivu, mis le feu à une centaine de maisons du village après y avoir enfermé des civils ;

- v. *ont, en février 2009, à Miriki, sur le territoire de Lubero, au Nord-Kivu, arrêté un groupe de six jeunes gens, obligeant les trois garçons à violer les trois filles qui étaient avec eux ;*
- vi. *ont enlevé, à la fin du mois de février 2009, dans le village de Remeka, dans le groupement d'Ufamandu, sur le territoire de Walikale, au moins une douzaine de femmes et de filles et tué neuf d'entre elles lorsqu'elles ont résisté à leurs tentatives de viols ;*
- vii. *ont, le 12 avril 2009, après avoir neutralisé une position des FARDC dans le village de Mianga, dans le groupement de Waloa-Loanda, sur le territoire de Walikale, au Nord-Kivu, attaqué et détruit ce village par le feu, tuant au moins six civils, dont le chef local ;*
- viii. *viii. ont, le 18 avril 2009, attaqué les villages de Luofu et Kasiki sur le territoire de Lubero, au Nord-Kivu, brûlant 250 maisons dans le premier et 50 dans le second, et tuant au moins 17 civils ;*
- ix. *ix. ont, près de Busurungi, sur le territoire de Walikale, au Nord-Kivu, violé, tué et mutilé trois femmes qui, le 28 avril 2009, ont été retrouvées ligotées, des bâtons enfoncés dans le vagin, le corps tailladé et le crâne écrasé, et ont, au même endroit, violé et mutilé trois autres femmes le 5 mai 2009 ;*
- x. *ont, dans la nuit du 9 au 10 mai 2009, mené une attaque minutieusement planifiée dont la cible initiale était un bataillon des FARDC, et qui était dirigée contre le village de Busurungi, sur le territoire de Walikale, au Nord-Kivu, et les zones habitées aux alentours ; au cours de cette attaque, au moins 60 civils ont été tués, des femmes du village ont été violées et on leur a parfois ouvert le ventre pour en extraire des foetus, et plus de 700 maisons ont été détruites ;*
- xi. *ont, dans la nuit du 20 au 21 juillet 2009, attaqué le village de Manje, sur le territoire de Masisi, au Nord-Kivu, accusant ses habitants de collaborer avec l'armée congolaise et tuant au moins 16 civils, incendiant plus de 180 maisons et violant au moins 10 femmes ;*
- xii. *ont, à la mi-août 2009, mené une attaque planifiée contre le village de Malembe, dans le groupement de Waloa-Loanda, sur le territoire de Walikale, au Nord-Kivu, détruisant par le feu un grand nombre de maisons ;*
- xiii. *ont, le 15 septembre 2009, au cours d'une autre attaque près de Malembe, violé une femme enceinte de cinq mois, provoquant une fausse couche.*

5. Le 16 décembre 2011, au terme de l'audience de confirmation des charges tenue du 16 au 21 septembre 2011, la Chambre préliminaire rendit une décision, ci-après "la Décision incriminée", dont le dispositif suit :

PAR CES MOTIFS, la Chambre à la majorité de ses juges, le juge président Sanji M. Monageng étant en désaccord,

REFUSE de confirmer les charges portées contre Callixte Mbarushimana,

DIT que le mandat d'arrêt délivré à l'encontre de Callixte Mbarushimana cesse d'avoir effet, dans son intégralité.

DÉCIDE que Callixte Mbarushimana sera mis en liberté une fois prises les dispositions nécessaires pour ce faire.

ORDONNE au Greffier de prendre les dispositions nécessaires pour la mise en liberté de Callixte Mbarushimana, conformément à la règle 185 du Règlement,

ORDONNE au Greffier de prendre les dispositions nécessaires pour que la présente décision soit rapidement traduite en français, et

DÉCIDE que le délai de cinq jours fixé à la règle 155-1 du Règlement pour la présentation d'une demande d'autorisation d'interjeter appel courra, pour la Défense, à compter de la date de notification de la traduction française de la présente décision⁴.

6. Le 27 décembre 2011, le Procureur saisit la Chambre préliminaire d'une demande d'autorisation d'appel interlocutoire sur pied de l'article 82-1-d du Statut⁵.
7. La Défense répondit à cette demande par une écriture, datée du 27 février 2012, appelant la Chambre préliminaire à rejeter ladite demande⁶.
8. Le 1^{er} mars 2012, la Chambre préliminaire rendit la décision dont le dispositif suit :

PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE :

FAIT DROIT à la Requête de l'Accusation concernant les questions suivantes :

- i) *La norme d'administration de la preuve effectivement applicable dans le contexte de l'article 61 permet-elle à la Chambre de refuser de confirmer des charges étayées par les éléments de preuve produits par l'Accusation en tranchant au détriment de celle-ci les questions soulevées par les déductions à opérer, par les doutes sur la crédibilité des témoins et par ce qui a été perçu comme des incohérences, et d'empêcher ainsi l'Accusation de présenter sa cause au procès ?*
- ii) *Une interprétation correcte de la portée et de la nature de l'audience de confirmation des charges, telle que définie à l'article 61, autorise-t-elle la Chambre préliminaire à évaluer la crédibilité et la cohérence d'entretiens, de déclarations ou de résumés sans avoir eu la possibilité d'interroger les témoins comme au procès ? et*

⁴ Décision relative à la confirmation des charges, 16 septembre 2011, ICC-01/04-01/10-465-Conf-tFRA, pp. 165-166.

⁵ Prosecution's Application for Leave to Appeal the "Decision on the confirmation of charges", 27 décembre 2011, ICC-01/04-01/10-480.

⁶ Réponse de la Défense à "Prosecution's Application for Leave to Appeal the 'Decision on the confirmation of charges' (ICC-01/04-01/10-480)", ICC-01/04-01/10-486.

iii) *La forme de responsabilité visée à l'article 25-3-d exige-t-elle que l'intéressé apporte une contribution "importante" à la commission ou à la tentative de commission du crime ?*

et

REJETTE la Requête de l'Accusation pour le surplus⁷.

9. Le 13 mars 2012, le Procureur soumit à la Chambre d'appel un document à l'appui de son appel, aux termes duquel il demanda à la Chambre d'appel de :

(a) allow both grounds of appeal and reverse the Impugned Decision ;

(b) determine the correct applicable legal standards; and

(c) remand the matter to the Pre-Trial Chamber for a new determination⁸.

10. Le 7 mars 2012, les Victimes représentées saisirent la Chambre d'appel d'une requête tendant à obtenir autorisation de participer à la procédure d'appel ainsi engagée par le Procureur, ci-après "la Requête des Victimes représentées"⁹.

11. Sur ordre de la Chambre d'appel¹⁰, l'Accusation et la Défense déposèrent leurs observations tendant respectivement à l'admission¹¹ et au rejet¹² de la Requête des Victimes représentées.

12. Le 2 avril 2012, la Défense soumit à la Chambre d'appel une écriture tendant au rejet de l'appel du Procureur¹³.

⁷ Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins d'autorisation d'interjeter appel de la Décision relative à la confirmation des charges, 1er mars 2012, ICC-01/04-01/10-487-tFRA, pp. 17-18.

⁸ Corrigendum to the "Prosecution's Document in Support of Appeal against the 'Decision on the Confirmation of Charges'" (ICC-01/04-01/10-465-Red), 13 mars 2012, ICC-01/04-01/10-499-Corr, par. 67.

⁹ Requête tendant à obtenir autorisation de participer à la procédure d'appel contre la "Décision relative à la confirmation des charges" (ICC-01/04-01/10-465-Conf-tFRA), 7 mars 2012, ICC-01/04-01/10-494.

¹⁰ Order on the filing of responses to the "Requête tendant à obtenir autorisation de participer à la procédure d'appel contre la "Décision relative à la confirmation des charges" (ICC-01/04-01/10-465-Conf-tFRA)", 23 mars 2012, ICC-01/04-01/10-504, p. 3.

¹¹ Prosecution's Response to the Victims' "Requête tendant à obtenir autorisation de participer à la procédure d'appel contre la "Décision relative à la confirmation des charges" (ICC-01/04-01/10-494 OA4), 27 mars 2012, par. 16.

¹² Réponse de Monsieur Callixte MBARUSHIMANA à la Requête des parties civiles (sic) tendant à obtenir autorisation de participer à la procédure d'appel contre la "Décision relative à la confirmation des charges" (ICC-01/04-01/10-465-Conf-tFRA) déposée le 7 mars 2012, 28 mars 2012, ICC-01/04-01/10-507, par. 37.

13. Par une décision en date du 2 avril 2012, la Chambre d'appel fit droit à la Requête des Victimes représentées et fixa au 10 avril 2012 à 16 heures¹⁴ la date limite pour le dépôt de leurs observations. D'où la présente écriture.

III. Discussion

14. *Position du problème.*- Les trois questions soumises à la Chambre d'appel posent, à la vérité, deux problèmes juridiques majeurs. La première concerne l'administration de la preuve devant la Chambre préliminaire statuant sur une requête de l'Accusation tendant à obtenir la confirmation des charges retenues contre le Suspect, en application de l'article 61. Il s'agit, en effet, de déterminer si la Chambre préliminaire a retenu un seuil probatoire supérieur à celui requis pour une audience de confirmation des charges, lequel seul probatoire lui a permis d'écarter la responsabilité pénale des éléments des F.D.L.R. dans 20 incidents signalés par l'Accusation, et la responsabilité pénale de Monsieur Callixte Mbarushimana, ci-après "Le Suspect", dans la totalité des incidents signalés par l'Accusation. Le deuxième problème a, lui, trait à la responsabilité pénale du Suspect sur pied de l'article 25-3-d du Statut. Il s'agit de déterminer si c'est à tort ou à bon droit que la Chambre préliminaire a interprété cette disposition statutaire comme exigeant une participation "importante" à la commission du crime, ce qui lui a permis de rejeter la responsabilité pénale du Suspect dont la participation n'a pas été jugée "importante".
15. *Plan de la discussion.*- Il suit, de ce qui précède, que les Victimes représentées présenteront leurs vues et préoccupations sur l'appel du Procureur sous deux principaux angles : le seuil probatoire applicable à l'audience de confirmation des charges (A) et la responsabilité pénale du Suspect au regard de l'article 25-3-d du Statut (B).

¹³ Réponse de la Défense au document à l'appui de l'appel du Procureur, 2 avril 2012, ICC-01/04-01/10-508, par. 68.

¹⁴ Decision on the "Requête tendant à obtenir autorisation de participer à la procédure d'appel contre la 'Décision relative à la confirmation des charges' (ICC-01/04-01/10-465-tFRA)", op. cit., p. 3.

A. Le seuil probatoire applicable à l'audience de confirmation des charges

16. *Division du travail.*- Sous cet intitulé, les Victimes représentées vont s'atteler, d'abord, à rappeler les textes applicables devant la Cour en matière de seuil probatoire (1), ensuite, à exposer l'état de la jurisprudence de la Cour en la matière (2) et, enfin, à examiner l'interprétation que la majorité des juges composant la Chambre préliminaire, ci-après "la Majorité", a fait des dispositions statutaires susmentionnées dans le cas d'espèce (3).

1) Textes applicables au seuil probatoire devant la Cour

17. Les règles applicables au seuil probatoire devant la Cour sont fonction de l'état de procédure. Elles diffèrent donc selon que les juges sont appelés à émettre un mandat d'arrêt ou une citation à comparaître ou, au contraire, à se prononcer sur la pertinence des charges retenues contre le suspect ou sur la culpabilité de l'accusé.

18. *Lors de l'émission d'un mandat d'arrêt ou d'une citation à comparaître.*- L'article 58-1-a dispose qu'"à tout moment après l'ouverture d'une enquête, la Chambre préliminaire délivre, sur requête du Procureur, un mandat d'arrêt contre une personne si, après examen de la requête et des éléments de preuve ou autres renseignements fournis par le Procureur, elle est convaincue (...) qu'il y a des motifs raisonnables de croire que cette personne a commis un crime relevant de la compétence de la Cour" ¹⁵.

19. *A l'audience de confirmation des charges.*- L'article 61-7 du Statut, qui traite de la question, dispose qu'"à l'issue de l'audience (de confirmation des charges), la Chambre préliminaire détermine s'il existe des preuves suffisantes donnant des motifs substantiels de croire que la personne a commis chacun des crimes qui lui sont imputés" ¹⁶.

¹⁵ Le soulignement est de l'auteur des présentes observations.

¹⁶ Le texte d'origine n'est pas souligné.

20. *Dans la phase du procès.*- L'article 66-3 prescrit que, "*pour condamner l'accusé, la Cour doit être convaincue de sa culpabilité au-delà de tout doute raisonnable*"¹⁷.

21. *Commentaire.*- Il résulte suffisamment des trois dispositions statutaires susmentionnées que les rédacteurs du Statut ont clairement entendu établir une gradation dans l'administration de la preuve selon les phases de procédure engagées devant la Cour, en fixant trois seuils probatoires : un *seuil faible* justifiant la délivrance d'un mandat d'arrêt ou d'une citation à comparaître (= motifs raisonnables de croire), un *seuil intermédiaire* à l'audience de confirmation des charges (= motifs substantiels de croire) et un *seuil élevé* dans la phase du procès (= au-delà de tout doute raisonnable). La fixation de ces trois seuils vise un double objectif tendant, d'une part, à protéger le suspect contre des poursuites injustifiées (présomption d'innocence) et, d'autre part, à assurer les victimes que les auteurs des crimes dont elles ont souffert ne resteront pas impunis (lutte contre l'impunité).

2) *Etat de la jurisprudence de la Cour sur la question*

22. Toutes les chambres préliminaires de la Cour, y compris la Chambre préliminaire I, ont, à ce jour, reconnu la gradation du seuil probatoire selon les phases de procédure, le seuil probatoire requis dans la phase du procès étant le plus élevé. La Chambre préliminaire I a elle-même suffisamment compris une telle distinction que, dans une autre espèce, elle a décidé que, dans une audience de confirmation des charges, elle attendait simplement de l'Accusation d'"*apporter des éléments de preuve concrets et tangibles, montrant une direction claire dans le raisonnement supportant ses allégations spécifiques*"¹⁸. Pour elle, en effet, "*la norme d'administration de la preuve dans le cadre de l'audience de confirmation des charges ne saurait être plus stricte que le critère des 'motifs substantiels de croire', tel que prévu à*

¹⁷ Le soulignement a été ajouté.

¹⁸ Ch. Prél. I, *le procureur c/ Thomas Lubanga Dyilo*, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007, ICC-01/04-01/06-803, par. 39

l'article 61-7 du Statut"¹⁹. Aussi, pour cette chambre, une audience de confirmation des charges ne saurait, en aucun cas, se transformer en un "mini-procès" ou un "procès avant le procès"²⁰.

23. Par suite, la même chambre est demeurée constante dans ce raisonnement dans les autres affaires dont elle a eu à connaître²¹.

24. La Chambre préliminaire II a, dans une autre espèce, abondé dans le même sens :

La Chambre rappelle également que l'audience de confirmation des charges n'est ni un procès avant le procès ni un mini-procès, et que "l'objectif se limite à renvoyer en jugement uniquement les personnes à l'encontre desquelles des charges suffisamment sérieuses ont été présentées et sans se limiter à de simples supputations ou soupçons. Ce mécanisme a pour but de protéger les droits de la Défense contre des accusations abusives et entièrement infondées.

Partant, les chambres préliminaires ne doivent à aucun moment aller au-delà de leur mandat en procédant à une analyse approfondie de la culpabilité du suspect, qui serait prématurée. La Chambre ne statuera donc pas sur la question de savoir si les éléments de preuve sont suffisants pour justifier une déclaration de culpabilité par la suite. Un critère aussi exigeant n'est pas compatible avec celui prévu à l'article 61-7 du Statut²².

25. Cette même chambre a, dans une autre affaire, confirmé la même position en affirmant :

The Chamber notes that the drafters of the Statute established progressively higher evidentiary thresholds in articles 15, 58(1), 61(7) and 66(3) of the Statute. The evidentiary threshold applicable at the present stage of the proceedings (i.e. substantial grounds to believe) is higher than the one required for the issuance of a warrant of arrest or summons to appear, but lower than that required for a final determination as to the guilt or innocence of an accused²³.

¹⁹ Ch. préI. I, *le procureur c/ Thomas Lubanga Dyilo*, Décision sur la confirmation des charges, op. cit., par. 62.

²⁰ Ch. préI. I, *le procureur c/ Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Décision relative à la confirmation des charges, 30 septembre 2008, ICC-01/04-01/07-717-tFRA, par. 64.

²¹ Voir, notamment, Ch. préI. I, *le procureur c/ Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, Corrigendum of the "Decision on the Confirmation of Charges", ICC-02/05-03/09-121-Corr-Red, 8 mars 2011, par. 30, 31 et 40.

²² Ch. PréI. II, *le procureur c/ Jean-Pierre Bemba Gombo*, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 juin 2009, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, par. 39-40. Les notes infrapaginales n'ont pas été reprises. Le texte d'origine n'est pas souligné.

²³ Ch. préI. II, *le procureur c/ William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang*, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 janvier 2012, ICC-

3) *L'interprétation des règles relatives au seuil probatoire dans le cas d'espèce*

26. Les Victimes représentées entendent, ici, démontrer que la Chambre préliminaire a enfreint les dispositions idoines de l'article 61 en modifiant le seuil probatoire au stade de confirmation des charges (a). Elles en donneront quelques exemples concrets (b) avant de relever les conséquences fâcheuses découlant de l'interprétation malheureuse qu'a fait la Majorité de l'article 61-7 (c).

a) *Modification du seuil probatoire par la Chambre préliminaire*

27. Dans la Décision incriminée, la Majorité rompt totalement avec cette jurisprudence bien établie en décidant d'élever le seuil probatoire au stade de l'audience de confirmation des charges. Pour elle, en effet, *"la Chambre a interprété la norme des 'motifs substantiels de croire' comme renvoyant à des 'raisons solides de croire'"*²⁴. Les conséquences qu'elle a tirées de cette nouvelle interprétation de l'article 61-7 du Statut ont eu un effet direct sur sa décision de refuser de confirmer les charges à l'encontre du Suspect.

b) *Cas d'application*

28. *Cas des crimes de guerre.*- Ainsi, s'agissant, par exemple, des charges relatives aux crimes de guerre, la Majorité a écarté les crimes de guerre visés au chef 1 (attaque contre des civils), au chef 3 (meurtre) et au chef 11 (destruction de biens) commis à Kipopo au motif, d'une part, que *"le seul témoignage rapportant que des civils auraient été attaqués à Kipopo est celui du témoin 544, qui est basé sur des ouï-dire"*²⁵ et, d'autre part, de *"l'absence de preuves de la destruction de biens"*²⁶.

01/09-01/11-373, par. 40. Le soulignement a été ajouté.

²⁴ Décision incriminée, par. 40.

²⁵ Id., par. 232.

²⁶ Id., par. 233.

29. Une telle position semble surprenante lorsque sait que, dans la même décision, la Majorité fait état, d'une part, de ce que *"les témoins 7/BKA-7 et 5/BKA-4 confirment tous deux que les FDLR ont attaqué Kipopo en représailles à des attaques menées par les FARDC/Mai Mai, et plus précisément à l'attaque mai mai contre Masisi"*²⁷ et, de l'autre, de ce que *"Human Rights Watch et la presse rapportent pour leur part que l'attaque a été menée dans la nuit du 13 février 2009"*²⁸.
30. La Chambre préliminaire II a, à juste titre, jugé que, *"bien que la jurisprudence montre que les éléments de preuve indirects sont fréquemment acceptés, sa décision relative à la confirmation des charges ne saurait se fonder uniquement sur un seul élément de cette catégorie"*²⁹. Or il ne s'agit pas ici d'une seule preuve indirecte, mais de plusieurs.
31. Bien plus, toutes ces preuves indirectes sont corroborées par les déclarations des victimes elles-mêmes, non seulement lors de l'audience de confirmation des charges³⁰, mais aussi dans leurs formulaires de demande de participation à la procédure. Ainsi, sous la rubrique 26 desdits formulaires, les Victimes représentées confirment toutes cette attaque nocturne, certaines allant jusqu'à donner l'identité de leurs proches ayant péri au cours de cette attaque³¹.
32. Est-il besoin de rappeler que, lorsqu'elle statue sur une requête en confirmation des charges, la chambre préliminaire *tient compte de l'ensemble du dossier*, en ce compris toutes les soumissions tant écrites qu'orales produites par les parties et participants à ce stade ?³²

²⁷ Décision incriminée, par. 230. Le texte d'origine n'est pas souligné.

²⁸ Id., par. 230.

²⁹ Ch. prélim. II, *le procureur c/ Jean-Pierre Bemba Gombo*, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, op. cit., par. 51.

³⁰ Voir, à titre indicatif, Transcription d'audience, 21 septembre 2011, ICC-01/04-01/10-T-9-FRA ET WT, page 14, lignes 14 à 22.

³¹ C'est le cas des victimes [EXPURGE].

³² Voir Ch. prélim. I, *le procureur c/ Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Décision relative à la confirmation des charges, op. cit., par. 66 ; Ch. Prélim. II, *le procureur c/ Jean-Pierre Bemba Gombo*, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, *idem*, par. 33 à 35.

33. La Chambre d'appel constatera que, dans l'examen des faits de la cause, la Majorité n'a même pas fait cas des soumissions et déclarations des Victimes représentées. Elle n'a donc pas su prendre en compte l'ensemble des éléments du dossier qui auraient pu lui permettre de corroborer les nombreuses preuves indirectes dont elle disposait et, par suite, d'avoir des motifs substantiels de croire à l'établissement des faits de la cause. Il appartiendrait, dans ces conditions, à la chambre de première instance saisie de l'affaire d'examiner plus en détail les soumissions des victimes, au besoin en faisant comparaître certaines parmi elles comme témoins. C'est dans ce contexte que la Chambre de première instance II a jugé :

La chambre considère que le seul intérêt légitime que les victimes peuvent invoquer en cherchant à établir les faits objets des poursuites est de contribuer à la manifestation de la vérité, en l'aidant à établir ce qui s'est exactement passé. Elles pourront y parvenir en faisant bénéficier la Chambre de leur connaissance du contexte de l'affaire ou en appelant son attention sur des informations pertinentes qu'elle ignorait. Dans ce dernier cas, la Chambre pourra d'ailleurs estimer approprié d'autoriser que telle ou telle victime témoigne en personne³³.

34. Il suit de tout ce qui précède que, s'agissant des crimes de guerre allégués, la Chambre préliminaire s'est trouvée, non pas devant de simples soupçons ou supputations, mais bien devant de nombreuses preuves indirectes corroborées par les soumissions des victimes. Dès lors, en agissant comme elle l'a fait, la Chambre préliminaire a manifestement appliqué une norme plus élevée du seuil probatoire au stade de confirmation des charges. Son œuvre sera anéantie de ce fait.

35. *Cas des crimes contre l'humanité.*- La Chambre préliminaire a écarté tous les chefs de crimes contre l'humanité après avoir conclu qu'en l'espèce, il n'est pas suffisamment démontré que les FDLR avaient adopté une politique consistant à attaquer la population civile. Pour arriver à une telle conclusion, la Chambre

³³ Ch. 1^{re} inst. II, *le procureur c/ Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, 22 janvier 2010, ICC-01/04-01/07-1788, par. 58-60. Le soulignement a été ajouté.

préliminaire a, non seulement écarté des témoignages directs, mais aussi pris appui des textes fondateurs des F.D.L.R. qui excluent toute possibilité d'attaque sur les populations civiles.

36. *Rejet des témoignages directs.*- Pour la Majorité, "les quelques anciens combattants des FDLR qui reconnaissent l'existence d'un ordre de provoquer une 'catastrophe humanitaire' ne le font en général que sur incitation spécifique, explicite et insistante de l'enquêteur, et ils confèrent à un tel ordre une signification différente de celle qu'allègue l'Accusation"³⁴.

37. La Chambre d'appel constatera, en premier lieu, que les témoins litigieux ont, spontanément, donné des détails qui ne leur ont aucunement été inspirés par les enquêteurs. C'est le cas :

- Du témoin 587 qui déclare que "vers la fin du mois de janvier 2009, Sylvestre Mudacumura a donné un ordre général enjoignant à ses commandants "[TRADUCTION] d'incendier les maisons des civils pour qu'ils prennent la fuite et qu'il devienne difficile pour le gouvernement congolais de gérer la guerre"³⁵.
- Du témoin 561 qui "relate que les troupes avaient reçu l'ordre d'attaquer Busurungi en représailles d'attaques dirigées contre des réfugiés rwandais, d'où le nom de code choisi pour l'opération, 'œil pour œil'. On lui a également dit '[TRADUCTION] rien de ce qui respire n'a à être là', ce qui signifie que ce lieu était à '[TRADUCTION] annihiler'"³⁶.
- Ou encore du témoin 562 qui "explique qu'ils devaient incendier les maisons sans égards pour les civils '[TRADUCTION] car ceux-ci étaient eux aussi [leurs] ennemis' ; il indique également qu'ils avaient reçu l'ordre suivant : '[TRADUCTION] allez-y et détruisez tout'"³⁷.

38. En écartant ces nombreux témoignages directs au motifs de manque de crédibilité sans avoir eu l'occasion d'entendre personnellement les intéressés, de les

³⁴ Décision incriminée, par. 257.

³⁵ Id., par. 250.

³⁶ Id., par. 253.

³⁷ Id., par. 254. Le texte d'origine n'est pas souligné.

soumettre aux interrogatoires et contre-interrogatoires des parties et participants et, éventuellement, de les confronter avec les témoins ayant déclaré n'avoir pas été au courant d'un ordre général d'attaque sur les populations civiles, la Majorité a manifestement outrepassé la mission de la Chambre préliminaire qui est de réunir les preuves suffisantes donnant motifs substantiels de croire que le Suspect a commis les crimes qui lui sont reprochés.

39. Ceci est d'autant vrai que ces témoignages directs ont été corroborés par d'autres preuves indirectes, notamment rapport établi par *Human Rights Watch* et une transcription établie par le Groupe d'experts des Nations Unies sur la République démocratique du Congo. En effet, cette *"transcription contient des ordres qui auraient [TRADUCTION] été donnés par le général Mudacumura et lus sur les ondes par un opérateur radio des FDLR basé sur le terrain", et renvoient à 'des instructions militaires fournies en mars 2009 par le haut-commandement des FDLR, qui donnaient ordre d'attaquer des populations et des hôpitaux civils', instructions dont un membre du Groupe d'experts a indiqué dans la transcription qu'elles avaient été 'lues' par l'opérateur radio"*³⁸.

40. Ici également, les témoignages directs corroborés par les preuves indirectes étaient loin de constituer de simples supputations ou soupçons, mais plutôt des preuves suffisantes donnant à la Chambre préliminaire des "motifs substantiels de croire" en la commission des crimes contre l'humanité reprochés au Suspect. Leur rejet démontre à suffisance que la Chambre préliminaire a entendu appliquer un seuil probatoire plus élevé que celui habituellement applicable dans une audience de confirmation des charges, qu'elle a qualifié des "motifs solides de croire".

41. *Rejet fondé sur les textes fondateurs des F.D.L.R.*- La Majorité a également fondé sa conviction de l'absence d'une politique consistant à attaquer la population civile sur le fait que *"la lutte contre la violence infligée aux civils et la fin de l'impunité pour*

³⁸ Décision incriminée, par. 260.

*les crimes visant ceux-ci sont au nombre des objectifs de l'organisation (F.D.L.R.)*³⁹. Ce motif est certainement l'un des plus surprenants de la Décision incriminée. Croire, comme l'a fait la Majorité, que, face à l'ampleur de l'attaque de la coalition FARDC/FRD, les responsables des FDLR ne pouvaient ordonner une politique d'attaque sur les populations civiles uniquement par respect des textes régissant leur organisation, c'est commettre une grave erreur de jugement. Dans tous les cas, les Victimes représentées font leurs l'opinion dissidente de Madame Monageng, selon laquelle *"les soldats des FDLR ne suivaient pas toujours ces instructions et que le respect des règles du droit international humanitaire s'est sans doute relâché au cours du conflit de 2009"*⁴⁰.

c) Les conséquences de la Décision incriminée sur les procédures devant la Cour

42. En décidant d'élever le seuil probatoire à l'audience de confirmation des charges, la Majorité a enfreint les dispositions idoines du Statut de Rome rappelées aux paragraphes 18 à 20 ci-dessus. Cette violation est de nature à entraîner, si la Décision incriminée était confirmée, des conséquences fâcheuses aussi bien pour la Défense que pour l'Accusation et les Victimes.

43. *Pour la Défense.*- En décidant que la confirmation des charges était subordonnée à des "motifs solides de croire", la Majorité a entendu faire de l'audience de confirmation des charges un véritable degré de juridiction où les juges recherchent, à la vérité, les preuves "solides" de la culpabilité du suspect. Une telle institution, de fait, de trois degrés de juridictions a comme conséquence immédiate qu'un accusé qui est renvoyé devant une chambre de première instance avec "des motifs solides" aura contre lui une forte présomption de culpabilité. Ce qui le conduira à rechercher plus des circonstances atténuantes qu'à combattre les preuves de sa culpabilité qui paraissent suffisamment solides.

³⁹ Décision incriminée, par. 256.

⁴⁰ Décision incriminée, p. 172, par. 14.

Le principe de la présomption d'innocence consacré par l'article 66 s'en trouverait, du coup, gravement compromis.

44. *Pour l'Accusation.*- L'élévation du seuil probatoire aura, pour l'Accusation, l'inconvénient de lui ôter *la faculté*, qui lui est reconnu par l'article 61-5 du Statut, de se fonder sur des éléments de preuve sous forme de documents ou de résumés sans être tenu de faire comparaître les témoins qui doivent déposer au procès. Elle serait, de fait, *tenue* de faire comparaître ses principaux témoins. L'évaluation de la crédibilité des dépositions de ces témoins lui donnerait, certes, plus de chances d'obtenir le renvoi du suspect devant une chambre de première instance, mais elle aurait l'inconvénient d'alourdir considérablement la procédure de confirmation des charges, faisant de cette procédure un mini-procès, c'est-à-dire tout le contraire de ce qu'ont souhaité les rédacteurs des textes fondateurs de la Cour et de ce qu'affirme la jurisprudence bien établie des chambres de la Cour sur la question.

45. *Pour les victimes.*- D'après une jurisprudence bien établie, les victimes ont le droit de concourir à la manifestation de la vérité, en administrant, le cas échéant, la preuve de l'établissement des faits reprochés à l'accusé. Aussi la Chambre de première instance I a-t-elle jugé :

Le droit de produire des éléments de preuve pendant les procès devant la Cour n'est pas réservé aux parties, ne serait-ce que parce que l'article 69-3 du Statut permet généralement à la Cour (indépendamment de la coopération ou du consentement des parties) de demander la présentation de tous les éléments de preuve qu'elle juge nécessaires à la manifestation de la vérité. La règle 91-3 du Règlement permet aux victimes participant à la procédure d'interroger des témoins (y compris les experts et l'accusé) si la Chambre les y autorise.

Cette règle ne limite pas cette possibilité aux témoins cités par les parties. Il s'ensuit que les victimes participant à la procédure peuvent se voir autorisées à citer et à interroger des témoins si la Chambre juge que cela contribuera à la manifestation de la vérité et si, pour ce faire, la Cour a "demandé" lesdits éléments de preuve. En outre, pour les raisons susmentionnées, la Chambre n'imposera pas aux victimes de se limiter aux questions liées aux

*réparations, mais les autorisera plutôt à poser des questions pertinentes chaque fois que leurs intérêts personnels sont concernés par les éléments de preuve en question*⁴¹.

46. Cette décision fut confirmée par la Chambre d'appel en ces termes :

*Si les victimes se voyaient de manière générale et en toutes circonstances dans l'impossibilité de présenter des éléments de preuve touchant à la culpabilité ou à l'innocence de l'accusé et de contester l'admissibilité ou la pertinence d'autres preuves, leur droit à participer au procès pourrait devenir sans effet*⁴².

47. Ainsi, si elle est confirmée, la Décision incriminée aurait comme conséquence de pousser les victimes à systématiquement soumettre aux chambres préliminaires de nombreux éléments de preuve sur l'établissement des faits, mais aussi des demandes de citation de témoins, dont elles-mêmes. Ce qui aurait, comme conséquence, le fait, non seulement de les exposer prématurément aux risques concernant leur sécurité et celle de leurs proches, mais aussi d'alourdir considérablement la procédure de confirmation des charges qui, de ce fait, deviendrait un véritable procès avant le procès.

48. Pour toutes ces raisons, la Chambre d'appel dira qu'en fondant sa décision sur des "motifs solides de croire", au lieu des "motifs substantiels de croire", la Chambre préliminaire n'a pas interprété à bon escient l'article 61-7 du Statut de Rome. Sa décision sera annulée de ce chef.

⁴¹ Ch. 1re inst. I, 18 janvier 2008, Décision relative à la participation des victimes., ICC-01/04-01/06-1119-tFRA, par. 108, pp. 40-41.

⁴² Ch. app., 11 juillet 2008, Arrêt relatif aux appels interjetés par le Procureur et la Défense contre la Décision relative à la participation des victimes rendue le 18 janvier 2008 par la Chambre de première instance I., ICC-01/04-01/06-1432-tFRA, par. 97, p. 34.

B. La responsabilité pénale du Suspect au regard de l'article 25-3-d du statut

49. L'article 25-3-d rend pénalement responsable quiconque contribue *"de tout autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime par un groupe de personnes agissant de concert"*. Pour la Majorité, *"il existe un seuil d'importance de la contribution en deçà duquel aucune responsabilité ne peut être engagée en vertu de cet article"*⁴³. C'est sur base de cette interprétation qu'elle a conclu que le Suspect n'avait fait aucune contribution importante à la commission des crimes examinés et a, en conséquence, refusé de confirmer les charges retenues contre lui.

50. A la vérité, la Majorité a fait fausse route, en ajoutant une condition supplémentaire non prévue par l'article 25-3-d du Statut, à savoir l'importance de la contribution. Les Victimes représentées entendent le démontrer en recourant à l'analyse des travaux préparatoires pertinents (1), avant d'examiner le contenu de la participation à un crime en vertu de l'article 25-3-d (2) et d'en tirer les conséquences (3).

1) Analyse des travaux préparatoires pertinents

51. Le tribunal militaire international de Nuremberg a fourni, dans son arrêt, la définition d'une "organisation criminelle" comme forme de participation à un crime, qui se lit comme suit :

Une organisation criminelle est analogue à un complot criminel, en ce sens qu'ils impliquent essentiellement des buts criminels. Il faut qu'il y ait un groupe dont les membres sont liés les uns aux autres et organisés en vue d'un but commun. La formation ou l'utilisation du groupe doit avoir un rapport avec la perpétration des infractions incriminées par le Statut. Étant donné que la déclaration relative aux organisations et aux groupes déterminera la criminalité de leurs membres, cette définition devra exclure

⁴³ Décision incriminée, par. 283.

les personnes qui n'ont pas eu connaissance des buts ou des actes criminels de l'organisation. Elle devra exclure également ceux qui ont été mobilisés par l'État pour en faire partie, à moins qu'ils aient été personnellement impliqués, en qualité de membres de l'organisation, dans la perpétration d'actes déclarés criminels par l'article 6 du Statut. La seule appartenance formelle à l'organisation ne suffit pas à elle seule, pour rentrer dans le cadre de ces déclarations⁴⁴.

52. Les premiers projets de l'article 25-3-d du Statut de Rome, bien que ne contenant aucune mention expresse du terme "groupe", prévoyaient la responsabilité pour la participation à un crime sous formes de complicité et d'entente, toutes les deux impliquant l'existence d'un plan concerté. En particulier, l'article 3 du projet du Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité rédigé en 1991 par la Commission du droit international (CDI) se lisait, dans sa partie pertinente, comme suit :

Article 3. — Responsabilité et sanction [...] 2. Tout individu qui fournit une aide, une assistance ou des moyens en vue de commettre un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, qui participe à une entente en vue de commettre un tel crime ou qui incite directement à le commettre est responsable de ce chef et passible de châtement. [...]⁴⁵.

53. De la même façon, l'article 2 du projet du Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité rédigé en 1996 par la CDI prévoyait la complicité et l'entente comme formes de participation au crime sans pour autant faire mention expresse du terme "groupe", et se lisait, dans sa partie pertinente, comme suit :

« [...] 3. Un individu est tenu responsable d'un crime visé à l'article 17, 18, 19 ou 20, si cet individu : d) En connaissance de cause, fournit une aide ou une assistance à la commission d'un tel crime ou la facilite de toute autre manière, directement et de façon substantielle, y compris en procurant les moyens de le commettre ; e) Participe directement à la planification

⁴⁴ La version française de l'arrêt du tribunal militaire international de Nuremberg est disponible à l'adresse suivante : <http://www.vho.org/aaargh/fran/nuremberg/tmiI/tmiI7.html>.

⁴⁵ Voir le Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de quarante-troisième session (29 avril-19 juillet 1991), UN Doc. A/46/10, Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, article 3, pp. 98 et 102 à 103. Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international 1991, Vol. II (2).

ou à une entente en vue de commettre un tel crime, dans la mesure où ce crime a été effectivement perpétré ;

[...]»⁴⁶.

54. Ainsi, contrairement au projet de 1991, le projet de 1996 prévoyait que l'individu agissant de concert doit "directement" prendre une part "substantielle" à l'élaboration d'un plan criminel ou d'une politique criminelle, y compris en approuvant une politique ou un plan de ce type proposé par une autre personne⁴⁷.

55. La rédaction de la disposition pertinente de l'actuel article 25-3 du Statut contenue au rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale (le "Comité préparatoire") soumis à la Conférence de Rome, assortie de la proposition du groupe informel du Canada, de l'Allemagne, des Pays-Bas et du Royaume-Uni⁴⁸, ne faisant toujours pas de mention du terme "groupe", visait toujours la complicité et l'entente comme formes de participation au crime, mais n'exigeait plus de participation "directe" et "substantielle" mais plutôt une participation "intentionnelle" à la préparation d'un crime. Le projet d'article 23 se lisait comme suit :

« Article 23 Responsabilité pénale individuelle [...] 7. [Sous réserve des dispositions des articles 25, 28 et 29,] est pénalement responsable et passible d'une peine pour un crime défini [à l'article 5] [dans le présent Statut] quiconque : [...] e) Selon le cas : i) [Participe [intentionnellement] à la préparation d'] [prépare] un tel crime, dès lors qu'il y a exécution ou tentative d'exécution de ce crime; ou [ii) S'entend avec une ou plusieurs autres personnes pour commettre ce crime dès lors que l'une de ces personnes commet un acte manifeste qui dénote leur intention [et dès lors qu'il y a exécution ou tentative d'exécution du crime];]⁴⁹.

⁴⁶ Voir le Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de quarante-huitième session (6 mai-26 juillet 1996), UN Doc. A/51/10, Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, article 2, pp. 18 à 23. Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international 1996, Vol. II (2).

⁴⁷ Id., p. 21, 13.

⁴⁸ Voir le Working paper submitted by Canada, Germany, Netherlands and the United Kingdom, UN Doc. A/AC.249/1997/WG.2/DP.1, 14 février 1997.

⁴⁹ Voir le Rapport du comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale, UN Doc. A/CONF.183/2/Add.1, 14 avril 1998, Projet de Statut de la Cour criminelle internationale, article 23, pp. 49 à 51.

56. Ce projet envisageait l'inclusion dans le Statut au-delà de la complicité et de l'entente d'"un troisième type d'association de malfaiteurs" consistant en "particip[ation] à une organisation qui a pour but de commettre le crime considéré en se livrant à une activité qui en favorise la commission"⁵⁰.

57. Au cours de la Conférence de Rome, à l'issue de négociations informelles⁵¹, le groupe de travail sur les principes généraux du droit pénal a soumis un nouveau texte de la disposition pertinente qui visait pour la première fois le terme "groupe agissant dans un même dessein" et était très proche à la version actuelle de l'article 25-3-d du Statut de Rome. Cette rédaction se lisait comme suit :

e) contribue de toute autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime par un groupe de personnes agissant dans un même dessein. Sa contribution doit être délibérée et, selon le cas :

i) être faite pour faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe, si cette activité ou ce dessein comporte la commission d'un crime relevant de la compétence de la Cour; ou ii) être faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime⁵².

58. À nouveau, suite à des négociations informelles, la rédaction de la disposition pertinente a subi des modifications supplémentaires de façon à correspondre à l'actuelle rédaction de l'article 25-3-d du Statut de Rome. En particulier, les négociateurs ont remplacé la phrase "groupe de personnes agissant dans un même dessein" par la phrase "groupe de personnes agissant de concert" sans pour autant expliquer dans le cadre de quelconques documents formels les raisons de ladite modification ni définir le contenu du terme choisi.

59. La rédaction finale de l'article 25-3-d du Statut de Rome telle qu'adoptée par la Conférence de Rome a été empruntée de celle de l'article 2-3-c de la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à

⁵⁰ Idem., p. 51, note de bas de page 5.

⁵¹ Il n'existe aucun document formel qui pourrait clarifier les circonstances sous lesquelles cette rédaction de la disposition pertinente a apparue.

⁵² Voir le nouveau texte de l'article 23, paragraphe 7 e) ii, UN Doc. A/CONF.183/C.1/WGGP/L.3, 18 juin 1998.

l'explosif adoptée le 15 décembre 1997⁵³, mais contient également une clause prévoyant la responsabilité pour la "tentative de commission d'un crime". Cette rédaction est le fruit d'un compromis entre les négociateurs du Statut de Rome destinée à faire face aux concepts de "complot" et de "complicité" qui servaient de base de l'arrêt du tribunal militaire international de Nuremberg⁵⁴ et dont certains éléments étaient présents tout au long des travaux préparatoires précédents mais jugés en fin du compte sous-jacents et controversés⁵⁵.

2) *Sur le contenu de la participation à un crime en vertu de l'article 25-3-d du Statut*

60. L'article 25-3 du Statut ne tient manifestement pas compte de l'approche objective permettant de distinguer les auteurs principaux du crime de ses complices⁵⁶ au motif que la notion de commission d'une infraction par l'intermédiaire d'une autre personne, en particulier lorsque cette dernière n'est pas pénalement responsable, n'est pas compatible avec la limitation du groupe d'auteurs principaux du crime qui exécutent physiquement un ou plusieurs des éléments objectifs de l'infraction⁵⁷. Par ailleurs, la théorie fondée sur le critère objectif est généralement rejetée par la doctrine moderne⁵⁸.

⁵³ Voir la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 15 décembre 1997, article 2-3- c. Le texte du document est disponible à l'adresse suivante :

http://treaties.un.org/Pages/DB.aspx?path=DB/studies/page2_fr.xml&menu=MTDSG&clang=fr.

⁵⁴ Voir à cet égard VAN SLIEDREGT (E.), *The criminal responsibility of individuals for violations of international humanitarian law*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2003, pp. 94 et 95.

⁵⁵ Voir AMBOS (K.), "Article 25. Individual criminal responsibility", in TRIFFTERER (O.) (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2^{ème} Edition, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2008, p. 757, 24).

⁵⁶ Selon l'approche objective, seules les personnes qui ont physiquement exécuté un ou plusieurs éléments d'un crime pourraient être considérées comme les auteurs principaux du crime. Voir à cet égard, ROXIN (C.), *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8^e éd., Berlin, De Gruyter, 2006, pp. 34 et suivantes.

⁵⁷ Voir la "Décision sur la confirmation des charges" (Chambre préliminaire I), n° ICC-01/04-01/06-803, 29 janvier 2007, par. 333.

⁵⁸ Il est bien établi dans la littérature juridique que la théorie fondée sur les éléments objectifs formels est impuissante pour expliquer la commission d'un crime par l'intermédiaire d'une autre personne en tant que forme de commission. À cet égard, voir ROXIN (C.), *op. cit.*, p. 36 ; ROXIN (C.), *Strafrecht, Allgemeiner Teil II*, Munich, C.H., BECK, 2003, par. 25/29 ; JOECKS (W.) et MIEBACH (K.) (Éd.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch I*, Munich, C.H., BECK, 2003, voir par. 25/10. L'approche objective a également été considérée comme contraire au droit sur la question de la coaction (ou du fait de commettre un crime conjointement avec une autre personne). Voir STRATENWERTH (G.) et KUHLEN (L.), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5^e éd., Cologne, Heymanns, 2004, par. 12/4 ; KUHLEN (K.), *Strafrecht, Allgemeiner*

61. Pour autant que l'article 25-3-d du Statut définit la notion de contribution à la commission ou à la tentative de commission d'un crime par un groupe de personnes agissant de concert dans le but de faciliter l'activité criminelle du groupe ou en pleine connaissance du dessein criminel⁵⁹, l'article 25-3 du Statut ne tient pas non plus compte de l'approche subjective⁶⁰ permettant de faire la distinction entre les auteurs principaux du crime et les complices. En effet, l'approche subjective, qui a été retenue dans la jurisprudence du TPIY à travers la notion d'entreprise criminelle commune, écarte l'importance de la contribution à la commission de l'infraction en tant que critère permettant de distinguer les auteurs principaux d'un crime de leurs complices, pour mettre l'accent sur l'état d'esprit dans lequel la contribution au crime a été apportée. Selon cette approche, indépendamment de l'importance de la contribution à l'infraction, seuls ceux qui apportent leur contribution dans l'intention partagée de commettre l'infraction peuvent être considérés comme les auteurs principaux du crime⁶¹. Par ailleurs, les théories juridiques modernes rejettent le recours à cette approche pour distinguer l'auteur principal de son complice⁶².
62. En revanche, l'article 25-3-du Statut est fondé sur la notion de contrôle exercé sur le crime qui repose sur l'idée que les auteurs principaux d'un crime ne sauraient être uniquement ceux qui exécutent physiquement les éléments objectifs de l'infraction, mais également ceux qui, en dépit de la distance qui les sépare du lieu du crime, contrôlent ou dirigent la commission de ce dernier parce qu'ils décident si, et comment, l'infraction sera commise⁶³. L'approche

Teil, 4^e éd., Munich, Vahlen, 2002, par. 20/24 ; ROXIN (C.), *op. cit.*, pp. 37 et 38. Voir également la " Décision relative à la confirmation des charges" (Chambre préliminaire I), n° ICC 01/04-01/07-717-tFRA, 30 septembre 2008, par. 482.

⁵⁹ Ch. préI. I, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007, ICC-01/04-01/06-803, par. 334.

⁶⁰ Voir à cet égard, ROXIN (C.), *op. cit.*, pp. 52 à 59.

⁶¹ *Idem.*

⁶² *Idem.* Voir également Ch. préI. I, Décision relative à la confirmation des charges, 30 septembre 2008, ICC-01/04-01/07-717-tFRA, par. 483

⁶³ Selon cette approche, les auteurs principaux du crime se trouvent exclusivement parmi ceux qui détiennent le contrôle de la commission de l'infraction et qui ont conscience qu'ils détiennent un tel contrôle, et ce, parce que : (i) ils exécutent physiquement les éléments objectifs de l'infraction (commission du crime à titre individuel ou perpétration directe) ; (ii) ils contrôlent la volonté de ceux qui exécutent les éléments objectifs de l'infraction (commission du crime par l'intermédiaire d'une autre personne ou perpétration indirecte) ; ou (iii) ils détiennent, avec d'autres personnes, le contrôle sur l'infraction en raison des tâches essentielles qui leur ont été assignées (commission du crime conjointement avec d'autres ou coaction). À cet

fondée sur l'exercice d'un contrôle sur le crime a été appliquée dans un certain nombre de systèmes juridiques et est largement reconnue par la doctrine⁶⁴.

63. L'article 25-3-d du Statut vise une forme de responsabilité pénale secondaire⁶⁵ et en particulier "prévoit une forme résiduelle de responsabilité du complice qui permet de sanctionner les contributions au crime ne pouvant pas être considérées comme des ordres, des sollicitations, des encouragements, une aide, un concours ou une assistance au sens des alinéas b) ou c) de l'article 25-3 du Statut, en raison de l'état d'esprit dans lequel elles ont été apportées"⁶⁶.

64. Les Chambres préliminaires I et II ont précisé les critères devant être pris en compte aux fins de détermination de la responsabilité de l'individu en

égard, voir Ch. prélim. I, 29 janvier 2007, ICC 01/04-01/06-803, op. cit., par. 330 à 332. Voir également le "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute" (Chambre de première instance I), n° ICC-01/04-01/06-2842, 14 mars 2012, par. 1003.

⁶⁴ À cet égard, voir SANCINETTI (M.), *Teoría del delito y disvalor de acción : una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991, pp. 644 et 645 ; QUINTERO OLIVARES (G.), *Derecho Penal, Parte General*, 1^{re} éd., Barcelone, Signo, 1986, pp. 533 et 534 ; BACIGALUPO (E.), *La noción del autor en el Código Penal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1965, p. 45 ; BACIGALUPO (E.), *Principios de derecho : parte general*, 5^e éd., Madrid, Akal Publisher, 1998, pp. 313 et 314 ; FLETCHER (G.P.), *Rethinking Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 2000, p. 639 ; WERLE (G.), *Principles of International Criminal Law*, La Haye, TMC Asser Press, 2005, note marginale 354 ; BLOY (R.), *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlin, Duncker und Humblot, 1985, pp. 192 et suivantes ; BOCKELMANN (P.), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3^e éd., Munich, Beck, 1979, p. 177 ; BOTTKE (W.), *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, Heidelberg, Müller, 1992, pp. 35 et suivantes ; CERESO (M.J.), *Estudio sobre la moderna reforma penal española*, Madrid, Technos, 1993, p. 236 ; GALLAS (W.), *Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme*, Sonderheft der ZStW, 1957, pp. 3 et suivantes ; GOMEZ BENITEZ (J.M.), *Teoría jurídica del delito: derecho penal: parte general*, 1^{re} éd., Madrid, Civitas, 1984, p. 124 ; GROPP (W.), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3^e éd., Berlin/Heidelberg/New York, Springer, 2005, par. 10/34 ; HERLITZ (C.E.), *Parties to a Crime and the Notion of a Complicity Object*, Uppsala, Iustus Förlag, 1992, pp. 59 et suivantes ; JAKOBS (G.), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2^e éd., Berlin/New York, De Gruyter, 1991, par. 21/35 et suivants ; JESCHECK (H.), *SchZStr.*, 71, 1956, pp. 225 à 243 ; KREY (V.), *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd.2, 2^e éd., Stuttgart, Kohlhammer, 2005, par. 26/86 ; KÜHL (K.), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5^e éd., Munich, Vahlen, 2005, par. 20/29 ; KOHLRAUSCH (E.) et LANGE (R.), *Strafgesetzbuch [für das Deutsche Reich] mit Erläuterungen und Nebengesetzen*, 43^e éd., Berlin, De Gruyter, 1961, par. 47, p. 160 ; *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 11^e éd., Berlin, De Gruyter, 1993, par. 25 ; MAURACH (R.), *Deutsches Strafrecht, Lehrbuch Allgemeiner Teil*, 2^e éd., Karlsruhe, C.F. Müller, 1958, p. 517 ; MURMANN (U.), *Die Nebentäterschaft im Strafrecht*, Berlin, Duncker und Humblot, 1993, pp. 69 et suivantes ; NIESE (W.), *Die finale Handlungslehre und ihre praktische Bedeutung*, Deutsche Richterzeitung, 1952, p. 23 ; ROXIN (C.), op. cit., chapitre 2 ; SAX (W.), *Dogmatische Streifzüge durch den Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuches nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission*, ZStW 69, 1957, p. 430.

⁶⁵ Voir Ch. prélim. I, 29 janvier 2007, ICC 01/04-01/06-803, op. cit., par. 320. Voir également la "Décision relative à la décision de la Chambre préliminaire I du 10 février 2006 et à l'inclusion de documents dans le dossier de l'affaire concernant M. Thomas Lubanga Dyilo" (Chambre préliminaire I), n° ICC-01/04-01/06-8-Corr-tFR, 24 février 2006, par. 78. Voir en outre la "Décision relative à la requête déposée par l'Accusation en vertu de l'article 58-7 du Statut" (Chambre préliminaire I), n° ICC-02/05-01/07-1-Corr-tFR, 27 avril 2007, par. 77, note 101.

⁶⁶ Voir Ch. prélim. I, 29 janvier 2007, ICC 01/04-01/06-803, op. cit., par. 337.

vertu de l'article 25-3-d du Statut de Rome, en considérant en particulier comme suit :

L'article 25-3-d du Statut pose des conditions précises pour que [un suspect] puisse être mis en cause au titre de cette forme de responsabilité. Ainsi, la Chambre doit, en appliquant la norme requise en matière d'administration de la preuve, vérifier : i) qu'il y a eu tentative de commission ou commission d'un crime relevant de la compétence de la Cour; ii) que la commission ou la tentative de commission d'un tel crime était le fait d'un groupe de personnes agissant de concert dans la poursuite d'un dessein commun ; iii) que l'intéressé a contribué au crime d'une manière autre que celles énoncées aux alinéas a) à c) de l'article 25 3 (éléments objectifs) ; iv) que sa contribution était intentionnelle ; et v) qu'elle a) visait à faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe, ou b) a été faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime (éléments subjectifs)"⁶⁷.

65. La contribution à la participation à un crime en vertu de l'article 25-3-d du Statut, eu égard à la formule "de toute autre manière", établit le standard objectif le plus bas possible, alors que la participation elle-même à ce crime ne requiert que la mise en œuvre d'un seul critère objectif : que le crime soit commis par un groupe⁶⁸.

66. La Chambre préliminaire II a récemment clarifié la question en ces termes :

A supposer même que la contribution en vertu du sous-paragraphe (c) [de l'article 25-3 du Statut], s'agissant du mode de participation sous forme d'aide et de concours, doive être "substantielle", cela ne signifie pas pour autant que la contribution en vertu du sous-paragraphe (d) doit être "substantielle" également. Si les deux sous-paragrophes (c) et (d) exigeaient la contribution "substantielle", la structure hiérarchique des différents modes de la responsabilité prévus dans l'article 25(3) serait dénuée de tout sens. En conséquence, la contribution en vertu du sous-paragraphe (d) se trouve établie du fait d'une contribution

⁶⁷ Voir la "Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance de citations à comparaître à William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang" (Chambre préliminaire II), n° ICC-01/09-01/11-1-tFRA, 8 mars 2011, par. 51. Voir également la "Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Callixte Mbarushimana" (Chambre préliminaire I), n° ICC-01/04-01/10-1-tFRA, 28 septembre 2010, par. 39. Voir également la "Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute" (Chambre préliminaire II), n° ICC-01/09-01/11-373, 23 janvier 2012, par. 351.

⁶⁸ Voir à cet égard VAN SLIEDREGT (E.), *op. cit.*, , p. 107. Voir également AMBOS (K.), *op. cit.*, p. 758, par. 25.

*moins "substantielle", pour autant que cette contribution aboutisse à la commission des crimes faisant l'objet des charges"*⁶⁹.

67. La Chambre préliminaire I a, de son côté, récemment clarifié que le terme "groupe de personnes agissant de concert" visé par l'article 25-3-d du Statut est identique à celui de "accord ou plan commun entre deux ou plusieurs personnes" adopté aux fins d'interprétation de l'article 25-3-a du Statut; en particulier, "[l]e plan commun doit comporter un élément de criminalité, mais pas nécessairement viser spécifiquement la perpétration d'un crime" et "[l]'accord ne doit pas nécessairement être explicite et son existence peut être déduite de l'action concertée menée ultérieurement par les coauteurs"⁷⁰. La Chambre a en outre rejeté l'argument de la Défense selon lequel l'article 25-3-d du Statut ne s'applique qu'aux personnes n'étant pas membres d'un groupe agissant de concert, tout en soulignant que cet article s'applique peu importe que la personne concernée soit, oui ou non, membre d'un groupe agissant de concert⁷¹.

68. S'agissant du terme "dessein criminel du groupe" visé par l'article 25-3-d-i du Statut, celui-ci n'est pas défini par les textes de la Cour, ni par les travaux préparatoires pertinents. En revanche, la Chambre d'appel du TPIY a élaboré les critères aux fins de considération de l'existence d'un "dessein commun", terme présentant des traits manifestes de similitude au contenu de la participation à un crime en vertu de l'article 25-3-d du Statut. En particulier, selon la Chambre d'appel du TPIY, l'élément *actus reus* de la participation à un crime par voie d'un dessein commun exige :

(i) Pluralité des accusés. Ceux-ci ne doivent pas nécessairement relever d'une structure militaire, politique ou administrative [...] ii. Existence d'un projet, dessein ou objectif commun qui consiste à commettre un des crimes visés dans le Statut ou en implique la perpétration. Ce projet, dessein ou objectif ne doit pas nécessairement avoir été élaboré ou formulé au préalable. Le projet ou objectif commun peut se concrétiser de manière inopinée et

⁶⁹ Voir Ch. prélim. II, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute", op. cit., par. 354.

⁷⁰ Voir Décision incriminée, par. 271.

⁷¹ Idem., par. 272 à 275.

se déduire du fait que plusieurs individus agissent de concert en vue de mettre à exécution une entreprise criminelle commune. iii. Participation de l'accusé au dessein commun impliquant la perpétration de l'un des crimes prévus au Statut. Cette participation n'implique pas nécessairement la consommation d'un des crimes spécifiques repris dans les dispositions du Statut (meurtre, extermination, torture, viol, etc.) mais peut prendre la forme d'une assistance ou d'une contribution en vue de la réalisation du projet ou objectif commun⁷².

69. S'agissant de l'élément *mens rea* de la participation à un crime par voie d'un dessein commun, la Chambre d'appel du TPIY a considéré que :

[L]'élément moral (mens rea) varie en fonction de la catégorie dont relève le dessein commun en question. S'agissant de la première catégorie, l'élément requis est l'intention de commettre un crime spécifique [...]. En ce qui concerne la deuxième catégorie [...] il faut que l'accusé ait eu personnellement connaissance du système de mauvais traitements [...] et qu'il ait eu l'intention de contribuer à ce système concerté de mauvais traitements. Pour ce qui est de la troisième catégorie, l'élément requis est l'intention de participer et de contribuer à l'activité ou au dessein criminel d'un groupe et de contribuer à l'entreprise criminelle commune ou, en tout état de cause, à la consommation d'un crime par le groupe. Par ailleurs, la responsabilité pour un crime autre que celui envisagé dans le projet commun ne s'applique que si, dans les circonstances de l'espèce, i) il était prévisible qu'un tel crime était susceptible d'être commis par l'un ou l'autre des membres du groupe, et ii) l'accusé a délibérément pris ce risque⁷³.

70. Selon les commentateurs du Statut de Rome, bien que les deux premières catégories de l'élément moral d'un dessein commun, telles qu'identifiées par la Chambre d'appel du TPIY, appuient bien l'élément *mens rea* de la participation à un crime en vertu de l'article 25-3-d du Statut⁷⁴, la troisième catégorie ne se conforme pas pour autant à celui-ci puisqu'elle énonce le concept de *dolus eventualis* qui est fondé sur les standards de prévisibilité et de risque de

⁷² Voir TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, Affaire n° IT-94-1-A, Arrêt, 15 juillet 1999, par. 227.

⁷³ *Idem*.

⁷⁴ Voir à cet égard VAN SLIEDREGT (E.), *op. cit.*, pp. 107 et 109.

commission d'un crime, concept ayant été écarté par les auteurs du Statut de Rome⁷⁵.

3) Conclusion

71. La contribution à la participation à un crime en vertu de l'article 25-3-d du Statut de Rome, eu égard à la formule "de toute autre manière", établit le standard objectif le plus bas possible, alors que la participation elle-même à ce crime n'est assortie que d'un seul critère objectif, et en particulier que le crime soit commis par un groupe. Les négociateurs du Statut de Rome ont délibérément écarté l'idée selon laquelle la contribution d'un individu à la participation à un crime en vertu de l'article 25-3-d du Statut doit être "directe" et "substantielle".

72. Il s'ensuit qu'en "*analys(ant) les éléments de preuve tendant à établir le rôle du Suspect au sein des FDLR, afin de déterminer si les actes de celui-ci atteignent le degré de contribution requis au regard de l'article 25-3-d du Statut pour les crimes de guerre dont la Chambre a conclu qu'il existait des motifs substantiels de croire qu'ils avaient été commis par les troupes des FDLR présentes sur le terrain*"⁷⁶, la Majorité a fait fausse route.

73. Par suite, en refusant de confirmer les charges retenues contre le Suspect au motif de l'absence de cette "participation importante" à la commission des crimes imputés aux F.D.L.R., la Chambre préliminaire a commis une erreur de droit qu'il appartient à la Chambre d'appel de corriger.

⁷⁵ VAN SLIEDREGT (E.), *op. cit.*, pp. 108 et 109. Voir également dans ce sens AMBOS (K.), *op. cit.*, pp. 758 et 759, en particulier les points 27) et 28).

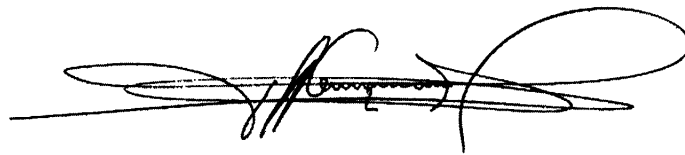
⁷⁶ Décision incriminée, par. 292.

IV. C'est pourquoi,

74. Les Victimes représentées sollicitent respectueusement de la Chambre d'appel qu'il lui plaise de recevoir en la forme l'appel du Procureur et le dire bien fondé ;

En conséquence,

- Dire qu'en fondant sa décision sur des "motifs solides de croire" au lieu des "motifs substantiels de croire", la Chambre préliminaire a fait une mauvaise application de l'article 61-7 du Statut en relevant le seuil probatoire applicable au stade de confirmation des charges ;
- Dire qu'en exigeant que la participation du Suspect au titre de l'article 25-3-d du Statut soit "importante", la Chambre préliminaire a outrepassé sa mission d'interpréter la loi en y ajoutant une condition qu'elle n'a pas prévue ;
- Infirmer en conséquence la Décision incriminée en toutes ses dispositions ;
- Renvoyer la connaissance de l'affaire à la Chambre préliminaire en lui fixant les différents contours de la norme applicable en matière de seuil probatoire au stade de confirmation des charges ainsi que de responsabilité pénale du Suspect sur pied de l'article 25-3-d.



Ghislain M. Mabanga
Représentant légal

Fait le 10 avril 2012.

À Paris (France)