



Original : français

N° : ICC-01/04-01/06

Date : 4 février 2013

LA CHAMBRE D'APPEL

Composée comme suit : M. le juge Erkki Kourula ,Juge Président
M. le juge Sang-Hyun Song
Mme la juge Anita Ušacka
Mme la juge Sanji Mmasenono Monageng
Mme la Juge Ekaterina Trendafilova.

**SITUATION EN RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO
AFFAIRE**

**LE PROCUREUR
*c.THOMAS LUBANGA DYILO***

Public

**Observations sur les appels contre les décisions prises en vertu des articles 74 et 76
du Statut de Rome.**

Origine : Représentants légaux des victimes, équipe V01

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

Le Bureau du Procureur

Mme Fatou Bensouda

M. Manoj Sachdeva

Le conseil de la Défense

Me Catherine Mabilie

Me Jean-Marie Biju-Duval

Les représentants légaux des victimes

Me Luc Walley

Me Franck Mulenda

Me Carine Bapita Buyangandu

Me Paul Kabongo Tshibangu

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 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

I. RETROACTES.

1. Le 14 mars 2012, la Chambre de première Instance a délivré son jugement rendu en application de l'Article 74 du Statut de Rome ¹
2. Le 10 juillet 2012, la Chambre de Première Instance a rendu sa décision relative à la peine, rendue en application de l'article 76 du Statut de Rome².
3. Le 03 octobre 2012, le Procureur a déposé un acte d'appel en l'encontre de la décision sur la culpabilité³ et la Défense à son tour a soumis deux actes d'appel en l'encontre de la décision sur la culpabilité⁴ et celle de la peine⁵.
4. Le 26 novembre 2012, la Défense a déposé une requête sollicitant l'autorisation de déposer des preuves complémentaires en degré d'appel.
5. Le 03 décembre 2012, la Défense a soumis des documents à l'appui de l'appel contre la décision sur la culpabilité⁶ et contre celle sur de la peine⁷, tandis que le Procureur pour sa part a déposé le document en appui de son appel à l'encontre de la décision sur la peine.

¹ ICC-01/04-01/06-2842

² ICC-01/04-01/06-2901

³ Prosecution's Notice of Appeal against Trial Chamber I's "Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute" ICC-01/04-01/06-2933 A4.

⁴ Acte d'appel de la Défense de M. Thomas Lubanga à l'encontre du « Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut » rendu par la Chambre de première instance I le 14 mars 2012 ICC-01/04-01/06-2934 - A5

Acte d'appel de la Défense de M. Thomas Lubanga à l'encontre de la « Décision relative à la peine, rendue en application de l'article 76 du Statut » rendue par la Chambre de première instance I le 10 juillet 2012 ⁵ ICC-01/04-01/06-2935 - A6 -

⁶ Mémoire de la Défense de M. Thomas Lubanga relatif à l'appel à l'encontre de la « Décision relative à la peine, rendue en application de l'article 76 du Statut » rendue par la Chambre de première instance I le 10 juillet 2012 . ICC-01/04-01/06-2949 A6

⁷ Mémoire de la Défense de M. Thomas Lubanga relatif à l'appel à l'encontre de la « Décision relative à la peine, rendue en application de l'article 76 du Statut » rendue par la Chambre de première instance I le 10 juillet 2012, ICC-01/04-01/06-2949 A6 :

6. Le 04 décembre 2012, la Défense a soumis la version publique d'une requête aux fins de présentations des éléments supplémentaires de preuves⁸ dans le cadre des ses deux appels susmentionnés.
7. Le 13 décembre 2012, la Chambre d'appel a rendue la décision « *Decision on the participation of victims in the appeals against Trial Chamber I's conviction and sentencing decisions* » par laquelle elle invite les victimes dont le droit de participation dans la présente affaire n'a pas été retiré à soumettre leurs observations au regard des écritures déposées par la Défense et le Procureur⁹ au plus tard le 04 février 2012.
8. Par la présente, les représentants légaux du groupe de victimes V01 déposent des observations sur les trois appels et sur la demande de la Défense relative aux preuves dans un document consolidé.

II. L'APPEL DE LA DEFENSE CONTRE LE VERDICT DE CULPABILITE

9. Les victimes ont un intérêt évident à ce que la décision sur la culpabilité du 14 mars 2012 soit confirmée, vu que cette décision conditionne toute réparation. Elles ont aussi un intérêt aux questions relatives aux qualifications et à l'application des règles concernant la responsabilité individuelle des auteurs des crimes dont elles ont été victimes

⁸ Requête de la Défense aux fins de présentation d'éléments de preuve supplémentaires dans le cadre des appels à l'encontre du « Jugement rendu en application de l'Article 74, ICC-01/04-01/06-2942-Red A5 A6 - VERSION PUBLIQUE EXPURGEE

⁹ Decision on the participation of victims in the appeals against Trial Chamber I's conviction and sentencing decisions, ICC-01/04-01/06-2951 A4 A5 A6

PREMIERE PARTIE : LES ATTEINTES AU REGLES DU PROCES EQUITABLE

I. LE DROIT D'ETRE INFORME DE LA TENEUR DES CHARGES

10. L'accusé a été informé de la nature, de la cause, et de la teneur des charges par la décision en confirmation des charges. La Défense critique le fait que la Chambre a rejeté une série d'éléments de preuve présentés par le Procureur, à sa demande d'ailleurs, tout en retenant comme pertinentes une série d'autres preuves.
11. La Défense ne peut pas soutenir sérieusement n'avoir pas connaissance des éléments de preuve retenus, qui ont été présentés devant la Chambre et soumis à la contradiction.

I. LA PRETENDUE VIOLATION PAR LE PROCUREUR DE SES OBLIGATIONS STATUTAIRES

12. Les représentants légaux laissent au Procureur le soin de répondre à ce moyen.
13. Toutefois, la découverte par la Chambre d'appel d'une éventuelle violation par le Procureur de ses obligations statutaires n'impliquerait pas que le verdict de culpabilité devrait être annulé, sauf si la condamnation était basée essentiellement sur des preuves obtenues par le Procureur en violation du Statut, ce qui de toute évidence n'est pas le cas.

14. Sanctionner les éventuelles erreurs commises par le Bureau du Procureur par un acquittement de l'accusé violerait les droits des victimes à un accès à la justice, garantie par Statut et par le droit international¹⁰.
15. La Défense reproche au Procureur d'avoir mené l'enquête d'une façon superficielle et/ou négligente. Une telle circonstance joue en réalité en faveur de la Défense. En l'occurrence, certaines négligences dans l'utilisation d'intermédiaires ont ainsi amené la Chambre à écarter une bonne partie des preuves présentées par le Bureau du Procureur, ce dont la Défense ne peut que se réjouir.
16. Quant aux problèmes de divulgation, la Chambre d'appel a jugé à deux reprises que ces problèmes n'étaient pas à considérer comme des abus de procédure justifiant l'arrêt des poursuites¹¹. Ces problèmes ont d'ailleurs été résolus.
17. Enfin, la Défense considère à tort qu'une collaboration avec des autorités nationales de l'État partie qui a référé la situation à la Cour rendrait inéquitable la procédure à l'égard de l'accusé¹². Dès lors que la complémentarité est un élément essentiel de la philosophie du Statut de Rome, une telle collaboration n'a en soi rien d'illégal.

¹⁰ Assemblée Générale Nations Unies, Résolution 60/147 du 16 décembre 2005. *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à la participation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*. Art. VII et VIII.

¹¹ "Decision on the Defence Confidential Application Seeking a Permanent Stay Of the Proceedings" ICC-01/04-01/06-2690-Red Voir aussi ,la décision de la Chambre de première Instance " Decision on intermediaries, ICC-01/04-01/06-2434 Red2.

¹² Mémoire de la Défense de M. Thomas Lubanga relatif à l'appel à l'encontre du« *Jugement rendu en application de l'Article 74 du Statut* » rendu le 14 mars 2012 par. 82. ICC-01/04-01/06-2948-Red

II. LES ATTEINTES PORTEES A L'INTEGRITE DU PROCES

18. La Défense semble confondre les devoirs du Bureau du Procureur et ceux de la Chambre. L'intégrité du procès n'est pas déterminée par le comportement d'une des parties à la cause. La Défense n'explique pas en quoi la Chambre aurait basé son jugement sur des éléments viciés.
19. Au contraire, force est de constater que la Chambre a adopté une attitude très critique à l'égard du Bureau du Procureur et qu'elle a écarté, à tort ou à raison, l'ensemble des éléments de preuve dont l'intégrité était mise en cause par la Défense.
20. En tout état de cause, une éventuelle annulation du jugement pour violation des principes du procès équitable ne devrait pas amener la Chambre d'appel à acquitter l'appelant, mais à modifier la décision ou à ordonner un nouveau procès devant une chambre de première instance différente, conformément à l'article 83 du Statut.

DEUXIEME PARTIE : LES CRIMES D'ENROLEMENT, DE CONSCRIPTION ET D'UTILISATION D'ENFANTS DE MOINS DE 15 ANS

I. LA PRESENCE D'ENFANTS DE MOINS DE 15 ANS DANS LES FPLC

21. La Défense soutient à tort que la Cour ne pouvait pas conclure à la présence d'enfants de moins de 15 ans dans un groupe armé sans que soit établie l'identité de ces enfants, leur date de naissance, la date et les conditions de leur recrutement, leur parcours militaire et les combats auxquels ils ont participé, ainsi que la date à laquelle ils ont quitté le groupe armé¹³.
22. Comme on peut constater la réalité d'un massacre, de l'utilisation de civils comme bouclier humain ou du traitement inhumain de prisonniers, sans pour autant identifier les victimes de ces crimes, on peut aussi constater qu'un groupe armé utilise des enfants soldats sans pour autant identifier ceux-ci.
23. Le Statut de Rome n'impose aucune forme de preuve particulière pour ce crime ni pour d'autres, conformément à l'art. 69,4 du Statut.
24. A priori, il n'y a pas de hiérarchie entre une preuve fournie par le témoignage d'une victime, et celle fournie par une autre personne, par des documents ou des images, et la notion de « preuve principale » est sans aucune pertinence. Au contraire, on pourrait estimer que le témoignage émanant de personnes qui sont aussi des victimes offre moins de garanties d'objectivité que d'autres formes de preuve.

¹³Mémoire de la Défense de M. Thomas Lubanga relatif à l'appel à l'encontre du « Jugement rendu en application de l'Article 74 du Statut » rendu le 14 mars 2012 ; ICC-01/04-01/06-2948-Red 74, paragraphe 128. ICC-01/04-01/06-2948-Red.

25. D'autres décisions, tant de la Cour Pénale Internationale que d'autres juridictions internationales, ont clairement admis que les crimes pour lesquels l'appelant a été condamné peuvent être prouvés par un ensemble d'éléments, dont le témoignage de personnes qui ont estimé l'âge des enfants observés ou interrogés, sans se prononcer sur l'âge exact des enfants en question.

26. Dans l'affaire *Ngudjolo Chui*¹⁴, la Chambre de première instance II a motivé ainsi sa décision du 18 décembre 2012:

“La Chambre constate que les témoins P-2, P-12, P-30 et P-267 ont indiqué que les groupes armés qui se sont formés en Ituri au cours de la période 2002-2003 comptaient des enfants dans leurs rangs, y compris dans les communautés lendu et ngiti. Le rapport final de la Commission de pacification en Ituri, qui s'est tenue à Bunia du 4 au 14 avril 2003 et qui a été signée par Mathieu Ngudjolo, témoigne d'ailleurs de la ‘forte présence d'enfants dans les forces combattantes.

La Chambre souligne également que, le 18 mars 2003, Mathieu Ngudjolo s'est engagé, en tant que représentant lendu du territoire de Djugu, « à interrompre tout recrutement et toute utilisation d'enfants soldats au sein de leurs forces armées » en signant l'Accord de cessation des hostilités. Elle estime cependant devoir préciser que ledit Accord se réfère à une pratique « contraire à la loi internationale » qui ne concernerait donc pas uniquement les enfants de moins de 15 ans.

La MONUC, qui a mené des enquêtes sur les événements survenus en Ituri entre les mois de janvier 2002 et de décembre 2003 indique que, pour elle, « il n'y a aucun doute que tous les groupes armés ont systématiquement recruté des enfants de 7 à 17 ans dans tout le district de l'Ituri ». Elle ajoute même que « chaque milice intégrait au moins 40% d'enfants de moins de 18 ans dont une minorité non négligeable d'enfants de moins de 15 ans », n'est par ailleurs précisé que les milices lendu et ngiti auraient enrôlé des enfants auxquels étaient dispensées des formations sommaires dans des sites d'entraînements et à cette fin la localité de Zumbe était régulièrement utilisée.

La Chambre relève que le témoin P-268 a affirmé avoir vu à Bogoro le 24 février 2003, depuis la cachette où il se trouvait, de nombreux enfants, certains portant des armes telles que des machettes, des lances et des flèches participer à la destruction de maisons et au pillage de biens. Le témoin a indiqué qu'ils arrivaient en provenance de Zumbe et de Katonie, « du côté de là où se trouvaient les Lendu », et que, selon son évaluation, ils étaient âgés de « 10 à 15, 16 ans » les plus jeunes ayant entre 8 et 10 ans. La Chambre relève également que P-323 a affirmé avoir vu, lors des combats, tant dans les groupes d'attaquants lendu que ngiti, des « kadogos », c'est-à-dire des jeunes combattants, sans préciser leur âge. Enfin, P-287 a indiqué que, parmi les assaillants qu'elle a été contrainte de conduire au centre de Bogoro et qui se sont accaparés des biens d'un magasin, se trouvaient des enfants âgés d'au moins 12 ans. Elle a par ailleurs précisé que ces attaquants ramenaient les biens qu'ils venaient de

¹⁴ Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, Chambre de première instance II, No. ICC-01/04-02/12-3, 18. Décembre 2012, paragraphe 509 et suivant.

pillier vers la colline de Zumbe. La Chambre considère que, sur ces différents points de leur déposition, ces témoins sont crédibles. Elle rappelle enfin qu'elle a précédemment constaté que les attaquants lendu qui ont participé à l'attaque de Bogoro le 24 février 2003 arrivaient du groupement de Bedu-Ezekere"¹⁵ (nous soulignons).

27. Cette Chambre aussi a donc pris en compte plusieurs catégories de preuve pour établir l'âge d'enfants présents au sein d'un groupe armé, mais notamment des témoignages basés sur l'observation, pour conclure :

"Au vu de ces différents éléments de preuve, il est donc acquis, pour la Chambre, que la présence d'enfants dans les groupes de combattants existant en Ituri était, au moment des faits, un phénomène généralisé et que cette présence concernait également le territoire de Djugu dans lequel se trouve le groupement de Bedu-Ezekere. La Chambre constate par ailleurs que des enfants de moins de 15 ans dont certains porteurs d'armes blanches, venus du groupement de Bedu-Ezekere, étaient présents lors de l'attaque de Bogoro le 24 février 2003 "¹⁶ (nous soulignons).

28. La Cour spéciale pour le Sierra Leone a procédé d'une façon similaire dans différentes affaires :

" While the Chamber heard testimony from child fighters who were able to identify their ages at the times of relevant events, we note that several such witnesses estimated the age of other child fighters based on comparisons between their own size and that of the other children. The Chamber also heard evidence from many other witnesses who observed children who appeared to be under the age of 15 engaged in various war-related activities. The Chamber is cognisant that these estimations of age were generally made on the basis of a child's appearance or height, rather than on objective proof of age. Given the inherent uncertainties in such estimations, the Chamber has exercised caution in determining the ages of children associated with the rebel factions in its findings. We nonetheless note that during the DDR process it was established through the use of verification of age methods such as the physical inspection of teeth that many of the children who had fought with the RUF and AFRC forces were under 15 at that time, which was towards the end of the Indictment period.¹⁷"

29. La question qui se pose n'est donc pas de savoir si la Chambre pouvait se baser sur des preuves autres que des témoignages de victimes, mais celle de savoir si ces preuves pouvaient établir la matérialité du crime au-delà de tout doute raisonnable.

¹⁵ Ibid, par 512.

¹⁶ Ibid, par. 516

¹⁷ *The Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao*, Affaire No. SCSL-04-15-T, Jugement 2 Mars 2009, <http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=D5HojR8FZS4%3d&tabid=215>. par1626-1628.

30. En l'occurrence, la Chambre a pris en considération à la fois les déclarations de personnes qui étaient membres du groupe armé en question, des observateurs neutres congolais et internationaux (comme le témoin P-0046), des documents et des images vidéo, en excluant systématiquement les éléments de preuve qui étaient de nature à susciter un doute.
31. Vu qu'un grand nombre de témoins a déclaré avoir vu des enfants qui avaient manifestement moins de 15 ans, que des documents vidéo montrent de nombreux individus dont la Défense ne conteste pas qu'ils présentent les aspects physique de jeunes enfants âgés de moins de 15 ans, et que l'appelant lui-même a admis la présence de mineurs de moins de 15 ans (en ordonnant leur démobilisation), la Chambre pouvait légitimement conclure à la présence de tels enfants dans la milice, même s'il devait s'avérer que certains enfants observées ayant en apparence moins de 15 ans, étaient en réalité déjà plus âgés.
32. La Chambre n'a pas procédé à un renversement de la preuve, et n'a nullement imposé à l'accusé le fardeau de démontrer l'âge réel de tous les individus figurant sur les multiples vidéos qui ont été présentés. Tout au plus elle a considéré qu'il n'y avait pas de doute raisonnable sur le fait que parmi ces individus se trouvaient des enfants de moins de 15 ans, vu qu'un grand nombre de ceux qui figurent sur ces images présentent les aspects physiques d'enfants en jeune âge.
33. La Chambre n'a par ailleurs commis aucune erreur en affirmant avoir évalué de manière indépendante l'âge des enfants identifiés dans les extraits vidéo, dans la mesure où il était possible de se prononcer en toute sécurité sur la base de leur apparence.

34. Pour constater qu'un crime au sens de l'art. 8-2-e-vii a été commis, il n'est pas nécessaire de déterminer avec précision l'âge des victimes, mais seulement qu'il s'agît d'enfants de moins de 15 ans.
35. Il y a de toute évidence des images dont on peut dire avec certitude qu'elles présentent un ou plusieurs enfants en dessous de 15 ans, alors qu'il y a d'autres images qui peuvent inspirer un doute.
36. L'estimation de l'âge d'un enfant sur base de son aspect physique n'est pas nécessairement moins fiable que la déclaration de l'enfant ou de ses proches. Elle n'est pas moins fiable qu'une carte d'électeur, vu qu'en RDC, de multiples jeunes se sont fait délivrer des cartes d'électeur mentionnant un âge plus avancé pour avoir une preuve d'identité quelconque et les avantages y afférents¹⁸.
37. Il ne s'agit cependant pas d'estimer l'âge d'un seul enfant, mais d'un grand nombre d'enfants figurant sur des images vidéo (selon la Défense, plusieurs centaines d'individus¹⁹ !). Pour juger si la Chambre a commis une erreur de fait en jugeant que sur certaines vidéos figurent un nombre d'enfants manifestement âgés de moins de 15 ans, la Chambre d'appel devrait revoir l'entièreté des images en question, ce qui n'est normalement pas sa fonction.
38. Par ailleurs, si la Chambre s'était trompée au sujet d'un individu, ce qui n'est pas démontré, cela n'impliquerait pas qu'elle ait commis une erreur de fait en se prononçant sur l'âge d'un grand nombre d'individus figurant sur les images visionnées.

¹⁸ Sur la fiabilité des cartes d'électeur, voir notamment ICC-01/04-01/06-2501-Red 05-07-2010.

¹⁹ Mémoire de la Défense de M. Thomas Lubanga relatif à l'appel à l'encontre du « Jugement rendu en application de l'Article 74 du Statut » rendu le 14 mars 2012, ICC-01/04-01/06-2948-Red paragraphe 153.

II. LA CONSCRIPTION D'ENFANTS DE MOINS DE 15 ANS

39. La Défense estime que la Chambre a commis une erreur de droit en considérant que les crimes de conscription et d'enrôlement peuvent être traités ensemble comme « *deux comportements d'une même infraction* »²⁰.

40. Les représentants légaux des victimes estiment au contraire que la Chambre aurait parfaitement pu traiter ensemble, non seulement l'enrôlement et la conscription d'enfants de moins de 15 ans, mais aussi l'utilisation de tels enfants dans les hostilités. En effet, nonobstant l'usage des termes « *crimes distincts* » dans un attendu du jugement²¹, ces trois notions ne couvrent pas trois crimes différents, mais trois formes du même crime, celui visé par l'article 8-2-e-vii du Statut.

41. Ce n'est pas parce que trois termes sont utilisés pour définir un crime que ceci serait révélateur de la volonté des rédacteurs du Statut d'en faire des infractions distinctes²². L'article 8-2 du Statut donne une longue liste d'infractions définies comme crimes de guerre. Pour bon nombre de ces infractions sont reprises plusieurs formes que peut prendre celle-ci: « torture *ou* traitement inhumain », « causer de grandes souffrances *ou* porter gravement atteinte... », « déportation *ou* transfert illégal *ou* détention illégale », « tuer *ou* blesser par trahison », etc... Ce ne sont pas pour autant chaque fois des crimes différents.

²⁰ Mémoire de la Défense de M. Thomas Lubanga relatif à l'appel à l'encontre du « Jugement rendu en application de l'Article 74 du Statut » rendu le 14 mars 2012, ICC-01/04-01/06-2948-Red paragraphe 231.

²¹ Verdict, nr. 609 « L'emploi du mot « *ou* » à l'article 8-2-e-vii pousse la Chambre à considérer que les trois actes envisagés (conscription, enrôlement et utilisation) constituent des crimes distincts »

²² Mémoire de la Défense de M. Thomas Lubanga relatif à l'appel à l'encontre du « Jugement rendu en application de l'Article 74 du Statut » rendu le 14 mars 2012, ICC-01/04-01/06-2948-Red paragraphe 231.

42. Les « Eléments de crimes » traitent le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée, la stérilisation forcée et les « autres formes de violences sexuelles » comme autant d'infractions distinctes, chacune avec une définition spécifique, malgré que tous ces crimes sont visés par les seuls articles 8-2-b-xxvi) et 8-2-e-vii), les « Eléments » traitent l' « utilisation, conscription ou enrôlement d'enfants » comme une seule et même infraction.
43. L'enrôlement et la conscription d'enfants de moins de 15 ans sont donc deux comportements constitutifs de la même infraction. S'il y a bien des différences entre les différentes formes de cette infraction, qui peuvent même indiquer une gravité différente, ceci ne devrait pas influencer le débat sur la culpabilité mais seulement celui sur la fixation de la peine, dans le cadre duquel la forme et les formes et circonstances du crime ont toute leur importance.
44. C'est à tort aussi que la Défense soutient que la distinction entre enrôlement et conscription dépend de la volonté des enfants recrutés, et non du comportement de l'auteur du crime. Si le terme « enrôlement » peut en effet viser un recrutement de volontaires, alors que celui de « conscription » implique une forme de recrutement obligatoire²³, la Chambre considère à juste titre que l'élément de volonté n'est pas à rechercher dans le chef d'enfants de moins de 15 ans, qui ne sont pas capables (ni juridiquement, ni de fait) de donner un consentement valable.
45. C'est en effet l'élément de force ou de menace dans le chef de l'auteur qui distingue les deux formes prohibées de recrutement d'enfants et non le « consentement » d'un enfant. Si un groupe armé décide de

²³ Cfr. CSSL, *The Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao*, Affaire No. SCSL-04-15-T, Jugement 2 Mars 2009, <http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=D5HojR8FZS4%3d&tabid=215>; la CSSL définit conscription comme « *compulsory enlistment of persons into military service* ».

n' enrôler que des volontaires, il se peut qu'un enfant se présentant comme « volontaire » exécute en réalité une décision parentale qui lui fut imposée. Cela ne transforme pas le recrutement en « conscription ». De la même façon, le responsable d'un groupe armé qui oblige des familles à intégrer leurs enfants dans la milice ne peut pas prétendre qu'un recrutement est « volontaire » si un enfant, par ignorance ou nécessité, ne s'y oppose pas.

46. Si dans son dispositif, la Chambre a déclaré l'appelant coupable de conscription ET d'enrôlement d'enfants de moins de 15 ans, elle aurait parfaitement pu le déclarer coupable de conscription OU d'enrôlement, notamment si elle avait jugé que le recrutement d'enfants était établi mais pas les modalités de ce recrutement (volontaire ou forcé).
47. En condamnant l'accusé pour les trois formes du crime visé par l'art. 8-2-e-vii), la Chambre a jugé à juste titre que le crime a été commis sous les trois formes et que l'appelant en était responsable. Si toutefois la chambre d'appel devait considérer que seulement une ou deux formes du crime sont établis au-delà de tout doute raisonnable, elle pourrait modifier le verdict sur ce point.

III. LA PARTICIPATION D'ENFANTS DE MOINS DE 15 ANS AUX HOSTILITES

48. La Défense critique la Chambre pour avoir retenu qu'il y a participation aux hostilités lorsque « *l'appui apporté par l'enfant aux combattants l'a exposé à un danger réel, faisant de lui une cible potentielle* », alors que la notion de risque ne trouverait aucun fondement dans le droit international des conflits armés.

49. Cette critique est en contradiction avec le lien que la Défense fait elle-même entre l'interdiction de faire participer des enfants aux hostilités et la protection dont ils jouissent en vertu de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève. On peut en effet considérer que faire participer des enfants de moins de 15 ans aux hostilités consiste à transformer des « personnes protégées » en personnes assimilables aux combattants, ce qui en fait un objectif militaire, tout comme le fait de les incorporer dans une structure militaire.

50. Les rédacteurs du Statut ont préféré le terme « participation active » à celui de « participation directe » pour inclure des formes de participation indirecte aux hostilités, précisément à cause de l'usage de plus en plus fréquent de civils dans des rôles de support. « *With children, it was considered that a phrase should be used that could be capable of wider interpretation.* »²⁴ (nous soulignons).

51. Lors des travaux du Comité préparatoire à la conférence de Rome, une note en bas de page a été insérée dans le texte du rapport pour guider l'interprétation de l'article en question :

²⁴ Charles Garraway. *Using, conscripting or Enlisting Children*. Dans *The international Criminal Court*. Ed. Roy Lee. Transnational Publishers 2000, p. 206.

« The words « using » and « participate » have been adopted in order to cover both direct participation in combat and also active participation in military activities linked to combat such as scouting, spying, sabotage and the use of children as decoys, couriers or at military checkpoints. It would not cover activities clearly unrelated to the hostilities such as food deliveries on an airbase or the use of domestic staff in an officer's married accommodation. However, use of children in a direct support function such as acting as bearers to take supplies to the front line, or activities at the front line itself, would be included within the terminology ».²⁵

52. Contrairement à ce que la Défense prétend²⁶, ce texte n'exclut pas du champ d'application de l'article des activités comme des travaux domestiques qui ne sont pas exercés dans le cadre civil, comme dans une maison privée pour l'épouse d'un officier, mais dans le cadre d'un campement militaire et pour fournir une aide directe à un commandant.

53. La Chambre a donc à juste titre considéré que

« L'emploi de l'expression «participer activement aux hostilités » plutôt que la notion de « participation directe » (qui figure dans le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève), était manifestement destiné à permettre une interprétation extensive des activités et des rôles couverts par l'infraction consistant à faire participer activement aux hostilités des enfants de moins de 15 ans. Il convient de relever à cet égard que le mot « directe » ne figure pas à l'article 4-3-c du Protocole additionnel II »²⁷.

54. L'interdiction d'utiliser des enfants dans un rôle qui les transforme en participants aux hostilités n'est certainement pas conditionnée par un recrutement comme membre d'un groupe armé, mais s'applique également à tout usage ponctuel d'enfants, pour autant qu'il s'agisse d'une activité qui enlève à l'enfant son statut de personne protégée au sens des Conventions de Genève.

²⁵ Charles Garraway, o.c., p.206, note 161.

²⁶ Mémoire de la Défense de M. Thomas Lubanga relatif à l'appel à l'encontre du « Jugement rendu en application de l'Article 74 du Statut » rendu le 14 mars 2012, ICC-01/04-01/06-2948-Red par. 261.

²⁷ ICC-01/04-01/06-2842-tFRA 31-08-2012 1/686 FB T, paragraphe 627.

55. La Défense soutient qu'en se fondant sur la notion de « risque » (cible militaire potentielle), l'analyse de la Chambre aboutit à la confusion partielle des crimes d'enrôlement, de conscription et d'utilisation d'enfants soldats, « *privant ainsi de leur substance ces trois notions* ».
56. C'est au contraire le fait de voir dans ces trois notions des crimes différents qui occulte la substance commune à ces trois notions, qui est le fait d'enlever à des enfants, qui doivent normalement bénéficier d'une protection supplémentaire par rapport aux civils en général, toute la protection que le droit humanitaire réserve aux non combattants, pour les transformer en effet en, cible militaire potentielle²⁸.
57. Cependant, il est exact que dans le cas d'une participation d'un enfant membre d'un groupe armé à des activités à caractère militaire, les deux notions du crime se confondent. Faire participer des enfants aux combats peut être une forme plus grave du crime que leur utilisation dans des fonctions qui les exposent moins directement à un risque vital, comme celle de garde de corps, mais ne change pas la nature du crime.
58. La thèse de la Défense comme quoi seuls les enfants se trouvant sur le champ de bataille pourraient bénéficier d'une protection est contraire à tous les textes relatifs à cette question. Un soldat qui exécute une patrouille, monte la garde, ou même se trouve simplement dans un campement militaire, constitue tout aussi bien un objectif militaire.

²⁸ Voir art. 4-3 du Protocole additionnel II. Il est à noter que l'art. 4-3- d) prévoit que « la protection spéciale prévue par le présent article pour les enfants de moins de quinze ans leur restera applicable s'ils prennent directement part aux hostilités en dépit des dispositions de l'alinéa c et sont capturés.

TROISIEME PARTIE : LA RESPONSABILITE PENALE INDIVIDUELLE

I. CONDITIONS OBJECTIVES

59. La Défense discute séparément les éléments matériels et psychologique du crime, mais suggère à tort que la Chambre déduirait les conditions objectives (*reus actus*) uniquement de l'intention de son auteur (*mens rea*). La citation du paragraphe 985 du jugement est en effet tirée hors de son contexte.

60. La Chambre retient bien que le « plan commun » des co-auteurs doit présenter en soi un élément de criminalité, tout en se référant aux éléments développés dans le cadre de l'élément psychologique.

61. Le critère retenu par la Chambre de première instance dans le paragraphe 984 *« il est nécessaire que l'Accusation établisse, au minimum, que le plan commun comprenait un élément essentiel de criminalité, à savoir que sa mise en œuvre emportait un risque suffisant que dans le cours normal des événements, un crime soit commis »*, concerne l'analyse du plan commun, donc le *reus actus* et n'a rien à voir avec l'élément psychologique de l'art. 30. L'existence de ce risque est en effet un élément objectif, qui ne dépend pas de la connaissance de l'auteur.

62. La Chambre constate à juste titre que, dans les circonstances de temps et de lieu, le plan commun de recruter une milice emportait un *risque suffisant que dans le cours normal des événements*, des enfants de moins de 15 ans soient recrutés.

63. La Défense conteste aussi l'élément matériel de l'infraction qui consiste en ce que l'auteur fournisse une « contribution essentielle » à

l'entreprise commune, notamment par le fait qu'il exerçait un contrôle sur le crime, en soutenant que l'art. 25-3-a exigerait toujours une participation personnelle et directe au crime.

64. Elle croit trouver dans l'opinion individuelle du Président Fullford la preuve d'une erreur de droit commise par la Chambre. Pourtant cette opinion individuelle est une opinion concordante.

65. Certes, le Président Fullford estime qu'il n'est pas nécessaire de prouver le caractère « essentiel » de la contribution au crime, que le critère du « contrôle » est trop sévère pour l'accusation, et que le Statut n'exige qu'un lien causal entre le crime et la contribution de l'accusé :

« 16. Pour résumer, l'interprétation du sens courant des termes de l'article 25-3-a établit les éléments suivants pour la coaction :

a. La participation d'au moins deux personnes.

b. Une coordination entre ceux qui commettent l'infraction, coordination qui peut prendre la forme d'un accord, d'un plan commun ou d'une entente conjointe, explicite ou implicite, visant à commettre un crime ou entreprendre une action qui aboutira, dans le cours normal des événements, à la commission du crime.

c. Une contribution au crime, qui peut être directe ou indirecte, pourvu que, dans l'un ou l'autre cas, il y ait un lien de causalité entre la contribution de l'intéressé et le crime »²⁹.

66. Le Président Fullford a néanmoins rejoint la position (plus restrictive) de la majorité, en considérant que :

« Abandonner la théorie du contrôle exercé sur le crime au moment de prendre la décision finale en vertu de l'article 74 modifierait profondément le droit régissant les charges, à un stade où la présentation des moyens de preuve est close et où les parties ont soumis leurs conclusions finales. L'autre approche, que j'ai décrite ci-dessus, implique sans doute d'appliquer un critère « moins strict » (nous soulignons). Si, à ce stade de la procédure (et sans notification préalable), la Chambre décidait que l'Accusation doit seulement prouver l'existence d'une contribution — plutôt que d'une contribution « essentielle » —, le procès deviendrait inéquitable, en violation de l'article 64-2 du Statut. Il est vraisemblable que l'accusé a fait un certain nombre de choix tactiques qui, en partie du moins, ont été dictés par les conditions juridiques requises pour une déclaration de culpabilité. Je conviens donc avec mes collègues que les critères exposés aux paragraphes 1013 et 1018 du Jugement doivent être appliqués, malgré les réserves générales que j'ai exprimées à l'encontre de la théorie du « contrôle exercé sur le crime ». ³⁰

²⁹ Opinion individuelle du Président Fullford, ICC-01/04-01/06-2842-tFRA 31-08-2012 660/686 FB T paragraphe 16.

³⁰ Ibidem, paragraphe 21

67. Dans son opinion concordante au jugement dans l'affaire Ngundjolo Chui, madame la Juge Van den Wijngaert le dit encore plus clairement :

*« I see no legal basis for the « essential contribution » requirement. I therefore reject the idea that it suffices for joint perpetration under Article 25(3)(a) that an accused only makes a contribution to a broadly defined common plan and not to the crime. »*³¹

68. La Défense se trompe également en affirmant que la responsabilité d'un supérieur est « exclusivement » prévue à l'art. 25, paragraphe 3-b et l'art. 28, et que l'art. 25-5-a ne peut jamais viser des supérieurs.

69. L'art. 25-3-a vise la responsabilité de celui qui commet un crime «individuellement, conjointement ou par l'intermédiaire d'une autre personne, que cette autre personne soit ou non pénalement responsable ». Or ce sont précisément des supérieurs qui sont capables de commettre un crime par l'intermédiaire d'une autre personne.

70. La responsabilité d'un supérieur sous l'art. 25 est à distinguer de celle sous l'art. 28, qui est la responsabilité spécifique des chefs militaires ou civils pour le fait d'autrui, découlant d'une négligence dans la prévention des crimes commis par leurs subalternes ou dans la répression de ceux-ci. Cette responsabilité n'existe que si le supérieur exerçait un « contrôle effectif » sur les auteurs directs. L'art. 25, par contre, sanctionne un comportement qui est en soi constitutif d'infraction. Le paragraphe . 3-a) vise les auteurs principaux, en ce compris ceux qui agissent par l'intermédiaire de leurs subalternes, alors que les paragraphes b) à d) visent des formes accessoires de contribution au crime³².

³¹Opinion individuelle de la juge Christiane Van den Wyngaert, ICC-01/04-02/12-4 18-12-2012 6/34 SL T paragraphe 6.

³² Elies van Sliedregt. *The curious case of international criminal liability*. Journal of International Criminal Justice, Vol. 10, 1172-1188, paragraphe 15.
<http://dare.uvu.vu.nl/bitstream/handle/1871/39246/CuriousCaseofICR.SSRN.pdf?sequence=1>

71. C'est donc à tort que la Défense soutient que la fonction occupée par l'appelant et sa connaissance des crimes poursuivis sont des éléments « dépourvus de pertinence » pour apprécier sa responsabilité sous l'art. 25-3-a et que la Chambre aurait en réalité retenu une responsabilité sur le fondement de faits relevant exclusivement de l'art. 25-3-b ou de l'art. 28.
72. Quant aux prétendues erreurs d'appréciation que la Chambre aurait commises en examinant la responsabilité de l'appelant, force est de constater que c'est à juste titre qu'elle a retenu notamment les visites de l'appelant à des camps de recrutement et de formation où, en présence d'un grand nombre de jeunes enfants (manifestement âgés de moins de 15 ans), il a tenu des discours pour encourager tant les enfants recrutés que leurs chefs.
73. Certes, isolés de leur contexte, de tels discours pourraient en soi constituer une forme d'encouragement au crime au sens de l'art. 25.3.b., équivalente à une forme de complicité. En l'occurrence, il ne s'agit cependant pas d'un encouragement de la part d'une tierce personne, mais de la part d'un chef militaire vis-à-vis de ses subalternes qui exécutent les ordres reçus de leur hiérarchie. A juste titre, la Chambre a considéré ces discours comme une preuve de l'implication personnelle de l'accusé dans l'entreprise commune qui a conduit à l'enrôlement, la conscription ou l'utilisation d'enfants dans les hostilités, et donc d'une contribution essentielle au crime.

II. ELEMENTS PSYCHOLOGIQUES (MENS REA)

74. La Défense critique le fait que la Chambre ait retenu comme critère psychologique, « la conscience qu’une conséquence adviendra dans le cours normal des événements », qu’elle assimile à un « dol éventuel ». C’est pourtant la terminologie exacte que les rédacteurs du Statut ont utilisé dans l’article 30.
75. En réalité, la Chambre a adopté un critère exagérément favorable à l’appelant. En effet, le critère général de l’article 30 « intention et connaissance », peut s’appliquer sur le recrutement d’enfant de moins de 15 ans dans un groupe armé, mais pas pour l’évaluation de l’âge de ceux-ci.
76. Cette infraction est en effet définie par les « Eléments de crimes » comme l’enrôlement de personnes dont « l’auteur savait ou aurait dû savoir que lesdites personnes étaient âgées de moins de 15 ans ».
77. Les « Eléments de crimes » définissent les éléments constitutifs des infractions (actus reus)³³. Lors des travaux préparatoires les rédacteurs se sont cependant aussi penchés sur l’élément mental de ce qu’il faut entendre par « enfant de moins de 15 ans ».

« There were, however, differing views as to the extent of knowledge of the age of the child required by the perpetrator. Some States considered that there should be no knowledge at all. Thus the burden would be on someone who conscripted or enlisted to satisfy himself as to the age of those who came to him. However, others thought that this would, in effect, contravene article 67(1)(i) of the Statute, which provides that no reversal of the burden of proof or onus or rebuttal can be imposed upon the accused. Despite this, there was a considerable body of opinion that a strict application of article 30, requiring that the perpetrator had knowledge of the age of the person conscripted or enlisted, would impose too high a burden on the prosecution. This view was accepted even by those who considered that any deviation from the terms of article 30 was outside the terms of the Statute and, indeed, the authority of the Preparatory Commission. The compromise was to require that the accused “know or should

³³ L’art. 9 du Statut : « Les éléments de crimes aident la Cour à interpréter et appliquer les articles 6, 7 et 8... ». Voir aussi M. Kelt et H. von Webel. *General principles of criminal law and the elements of crimes*. Dans « The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence. Ed. Rou Lee, Transnational Publishers Inc., p. 19.

have known that such person or persons were under the age of 15 years'. Those with reservations as to the vires of this provision were reassured by article 9(3) of the Statute providing that elements "shall be consistent" with the Statute. Any inconsistent element would be struck down by the judges. However, all delegations considered that it was important to signify to the judges what the international community considered that the appropriate test was in these particular circumstances, in order to ensure the protection of children.³⁴

78. Dans la pratique, la définition implique que si un auteur est confronté à des personnes qui ne sont pas en possession d'une preuve de leur âge, mais qui par leur taille, développement physique et aspect paraissent avoir moins de 15 ans, il doit s'abstenir de les recruter.

79. Cette définition des Éléments de crimes ne constitue pas une exception à la règle générale de l'art. 30, vu que la règle reste applicable aux recrutements en soi. Toutefois, l'article 30 précise lui-même que cette règle générale n'est d'application qu'à défaut d'une « disposition contraire ».

80. L'introduction des « Éléments de crimes » précise à ce sujet:

« 2. Comme le prévoit l'article 30, sauf disposition contraire, une personne n'est pénalement responsable et ne peut être punie à raison d'un crime relevant de la compétence de la Cour que si l'élément matériel du crime est commis avec intention et connaissance. Lorsqu'il n'est pas fait mention, dans les éléments des crimes, d'un élément psychologique pour un comportement, une conséquence ou une circonstance particulière, il est entendu que l'élément psychologique pertinent, c'est-à-dire l'intention ou la connaissance ou l'une et l'autre, visé à l'article 30 s'applique. Les exceptions à la règle de l'article 30 fondées sur le Statut, y compris le droit applicable en vertu de ses dispositions pertinentes, sont énoncées ci-après. »

81. L'inapplicabilité de l'élément « intention et connaissance » à de l'âge des enfants visés par l'infraction de l'art. 8-2-e)vii résulte du caractère spécifique de cette infraction, qui impose le respect de règles protégeant les jeunes enfants dans le droit des conflits armés³⁵, règles qui font partie du *ius cogens*.

³⁴ Charles Garraway. Article 8(2)(b)(xxvi) – *Using, conscripting or enlisting children*. Ibidem, p.207.

³⁵ Notamment la règle du Protocole II, art. 2-3,c) 3 : *Les enfants recevront les soins et l'aide dont ils ont besoin et, notamment : ...c) les enfants de moins de quinze ans ne devront pas être recrutés dans les forces ou groupes armés, ni autorisés à prendre part aux hostilités*. La Cour Spéciale pour le Sierra Leone a confirmé ce lien “Recognising that the prohibition against enlistment of child soldiers has its foundation in Article 4(3)(c) of Additional Protocol II, the Chamber holds that the definition of armed conflict under Additional Protocol II should be applied as outlined above”. Jugement cité à la note 8, note en bas de page 194.

82. Dans un pays où les mineurs n'ont pas de documents d'identité et où l'état civil n'est plus fiable à cause d'une situation de conflit, la date de naissance d'un enfant, et donc son âge, est presque toujours incertain. L'interdiction de l'article 8-2-e)vii resterait lettre morte si on devait admettre que l'ignorance de la date de naissance exacte d'un enfant autorise son recrutement, même s'il présente toutes les caractéristiques physiques d'un enfant de moins de 15 ans.

83. L'objectif de l'interdiction, protéger les enfants de moins de 15 ans, ne pourrait certainement pas être atteint si le recrutement était permis tant qu'un enfant n'est pas en mesure de prouver son âge exact. Dans cette matière, la responsabilité pour la vérification de l'âge doit être chez le recruteur, et pas chez l'enfant.

84. On retrouve ce principe de protection dans la jurisprudence tant internationale que nationale.

85. Ainsi, la C.S.S.L a considéré que :

"[...] that the perpetrators of these acts knew or had reason to know (nous soulignons) that the persons abducted and forced to undergo military training were under the age of 15 years at the time We recall that children as young as eight and nine were abducted. We are therefore satisfied that many children abducted were sufficiently young that the perpetrators knew from their physical appearance that they were under the age of 15.

.....

The Chamber is of the opinion that the perpetrators are stopped from pleading lack of knowledge, having regard to these factors. The Chamber accordingly finds that where doubt may have existed as to whether a person abducted or trained was under the age of 15, it was incumbent on the perpetrators to ascertain the person's age. The Chamber therefore finds that the perpetrators of these abductions and training knew or had reason to know that persons subjected to these practices were under the age of 15".³⁶

86. Quoiqu'une approche protectrice dans cette matière se justifie par excellence dans le contexte du droit humanitaire, on la retrouve également au niveau national dans des législations et/ou jurisprudences relatives à

³⁶ *Ibid.*, paras. 1702-1705.

certaines crimes de droit commun. Ainsi, l'article 187(4) du Code pénal Suisse criminalise explicitement le comportement négligent dans une matière où la loi pénale protège les mineurs ayant moins d'un certain âge:

“L’auteur doit faire preuve d’une prudence accrue lorsque la victime présente un âge apparent proche de l’âge limite de protection: ce n’est que si des faits précis lui ont fait admettre que la personne avait plus de 16 ans qu’il ne sera pas punissable ³⁷”.

87. La jurisprudence est généralement très hésitante à accepter l’ignorance de l’âge réel d’un enfant comme argument de défense dans le cadre d’un viol ou attentat à la pudeur sur un enfant en dessous d’un certain âge, surtout si l’enfant a clairement l’apparence d’un enfant en dessous d’un certain âge, parfois même quand l’auteur soutient avoir été induit en erreur par l’apparence de la victime, notamment dans la jurisprudence américaine³⁸.

88. La Défense a donc certainement tort en soutenant que la Chambre aurait dû conclure à l’existence d’un « doute raisonnable » dans le chef de l’appelant sur la présence de mineurs de moins de 15 ans dans ses troupes, et cela à cause de « *l’extrême incertitude affectant l’évaluation des âges fondée sur l’apparence physique des individus.* ».

³⁷ C. Favre, M. Pellet and P. Stoudmann, Code Pénal annoté, Ed. Bis et ter, Lausanne, 1997, p. 383.

³⁸ Voir A. H. Loewy, Criminal Law, 2nd ed., West Publishing Co., St. Paul, MN, 1987, pp. 63 ff. “Statutory rape is generally a strict liability offence. [...] Thus, even an honest and reasonable mistake as to the age or mental capacity will not serve to exculpate the defendant”. Cfr. S. v. Superior Court of Pima County, 104 Ariz. 440, 454 P. 2d 982 (1969). W.R. LaFave et A.W. Scott, Jr, Criminal Law, Hornbook, Pocket Part, 1995, p. 29. mentionne que la majorité des Etats “imposes strict liability for sexual acts underage complaints”, rendant possible une condamnation “even when the defendant’s judgment as to the age of the complainant is warrant by her appearance, her sexual sophistication, her verbal misrepresentations, and the defendant’s careful attempts to ascertain her true age”.

II. APPEL DU PROCUREUR CONTRE LA SENTENCE SUR LA PEINE

89. Les victimes ont un intérêt à faire valoir leurs vues et préoccupations sur les appels contre la sentence sur la peine, vu que la sentence sur la peine doit également prendre en considération le préjudice causé aux victimes, leur vulnérabilité particulière ou leur nombre, conformément à la règle 145, 1-c) et 145,2,b)iii).

90. Dans son troisième moyen d'appel, le Procureur soutient à juste titre que le test appliqué par la Chambre pour rejeter certaines circonstances aggravantes n'a pas de base légale. En effet, la Chambre a conditionné la prise en considération de circonstances aggravantes liées aux conséquences de l'acte à la preuve d'une responsabilité pénale de la personne condamné pour les conséquences en question, comme si elles étaient des charges spécifiques :

« 69. Cela dit, il demeure nécessaire que la Chambre soit convaincue au-delà de tout doute raisonnable : i) que des enfants soldats âgés de moins de 15 ans ont subi des violences sexuelles ; et ii) que de tels actes peuvent être imputés à Thomas Lubanga d'une manière proportionnée à sa culpabilité, conformément à la règle 145-1-a du Règlement. »³⁹.

91. En utilisant ce critère et en invoquant la règle 145-1-a, la Chambre commet une erreur de droit : le paragraphe. 1 a) de cette règle ne concerne en effet pas les conséquences du crime, mais le degré de culpabilité. Selon ce paragraphe, la peine sera donc plus ou moins sévère selon que la personne coupable est un des responsables principaux ou un co-auteur moins important (suiveur).

92. Ainsi le TPIR a condamné à la peine maximale l'ex-premier ministre rwandais, malgré sa collaboration avec la justice et son plaidoyer d'aveu, à

³⁹, Décision relative à la peine, rendue en application de l'article 76 du Statut ; ICC-01/04-01/06-2901-tFRA 31-08-2012 1/57 CB T paragraphe 69.

cause de la position qu'il occupait dans la structure étatique, jugeant que cette position impliquait qu'il avait à la fois l'obligation et l'autorité de protéger la population, et qu'il avait abusé la confiance qui lui était accordée⁴⁰.

93. Par contre les « circonstances du crime » telles que le préjudice causé aux victimes et aux membres de leur famille, sont des circonstances objectives qui ne sont pas liées à l'auteur du crime, mais aux victimes.

94. La Chambre dit avoir

*« évalué la gravité de ces crimes dans les circonstances de l'espèce en tenant compte, entre autres considérations, de l'ampleur du dommage causé, et en particulier du « préjudice causé aux victimes et aux membres de leur famille, de la nature du comportement illicite et des moyens qui ont servi au crime ; du degré de participation de la personne condamnée ; du degré d'intention... » ».*⁴¹

95. Ceci suggère que la Chambre prendrait en compte l'ampleur du dommage causé et le préjudice aux victimes dans le cadre de la « gravité du crime ». Pourtant, ceci n'était pas le cas, comme le souligne la Juge Odio Benito dans son opinion dissidente :

*« Malgré cette déclaration, elle choisit par la suite de ne pas tenir compte de cet élément fondamental, dont la règle 145-1-c prescrit pourtant la prise en considération. La Majorité n'a jugé pertinents que les éléments suivants : a) le fait que les crimes ont été commis sur une grande échelle et de manière généralisée ; b) le degré de participation et d'intention du condamné ; et c) la situation personnelle du condamné »*⁴².

96. Contrairement à d'autres éléments déterminant la « gravité du crime », comme le nombre d'enfants mineurs recrutés dans l'UPC⁴³, le préjudice des victimes n'a donc été abordé que lors de l'examen des éventuelles circonstances aggravantes, pour être rejeté par la Chambre.

⁴⁰ TPIR, Procureur/Kambanda, 4.9.1998, par. 41-62.

⁴¹. Décision relative à la peine, rendue en application de l'article 76, ICC-01/04-01/06-2901-tFRA 31-08-2012 1/57 CB T paragraphe 44.

⁴² Opinion individuelle Juge Odio Benito, Décision relative à la peine, rendue en application de l'article 76, ICC-01/04-01/06-2901-tFRA paragraphe 5.

⁴³, ICC-01/04-01/06-2901-tFRA paragraphe 50. « La peine fixée reflète la conclusion à laquelle est parvenue par la Chambre, selon laquelle la participation des enfants était généralisée » .

97. Les victimes estiment que la Chambre aurait dû tenir compte de leurs souffrances, soit pour juger la gravité du crime, soit comme circonstance aggravante. Ce n'est pas d'une bonne justice qu'une peine soit prononcée pour la présence d'enfants de moins de 15 ans au sein du groupe armé, sans que les conditions de cette présence soient prises en considération, notamment les conditions qui s'assimilaient à des traitements inhumains ou dégradants et/ou à des violences sexuelles subis par les jeunes victimes.

98. Madame la Juge Odio Benito rappelle à juste titre que

« La règle 145-1-c du Règlement confère à la Chambre le pouvoir et l'obligation de tenir compte, au moment de fixer la peine, du facteur aggravant que constituent les effets préjudiciables que le recrutement, et en particulier les traitements sévères et les violences sexuelles, ont eus sur de très jeunes enfants. »

99. Pour occulter les circonstances liées aux souffrances des victimes, la Majorité a appliqué un test inutilement sévère, lié au *mens rea* de l'appelant. Ceci ne trouve pas d'appui dans les textes.

100. Des circonstances aggravantes peuvent être des éléments subjectifs, comme le mobile (règle 145-2-b) v), mais aussi des éléments objectifs, qu'elles soient liées à la personne condamnée comme son passé ou ses fonctions, (145-2-b) i) et ii), ou aux conséquences du crime (vulnérabilité ou nombre des victimes– règle 145-2- iii) et iv).

101. Par définition, l'auteur d'un crime ne peut pas prévoir toutes les conséquences que ses actes auront et ces conséquences ne dépendent pas uniquement de son comportement à lui. A titre d'exemple, l'auteur d'une attaque sur un objectif civil ne peut pas prévoir le nombre de morts ou de blessés, ni l'étendue des pertes matérielles que cette attaque provoquera. Ce n'est pas pour autant que ces circonstances ne peuvent pas être prises

en compte par le Juge, même et surtout si ces conséquences sont particulièrement graves.

102. Le fait qu'un chef militaire qui ordonne ou cautionne des crimes de guerre ne se soucie pas des conséquences de son comportement, et/ou même ne se les imagine pas, n'implique pas que la Cour doit les ignorer.

103. Aucun texte de la Cour ne conditionne la prise en compte de circonstances aggravantes relatives aux conséquences du crime aux règles relatives à la responsabilité pénale individuelle. Au contraire, tant l'art. 78 que la règle 145 donnent à la Chambre un large pouvoir discrétionnaire quand il s'agit de la prise en compte de circonstances atténuantes ou aggravantes, dont certaines ne sont citées qu'à titre non exhaustif.

104. Si la Cour pénale internationale ne doit pas nécessairement reprendre la jurisprudence des tribunaux ad hoc, on peut constater que ces tribunaux ont généralement considéré que la détermination de ce qui constitue des circonstances aggravantes ou atténuantes⁴⁴ et du poids qu'il convient de leur accorder, sont laissés à l'appréciation de la chambre de première instance⁴⁵.

105. Il serait par ailleurs difficile pour la Cour d'appliquer les règles relatives à la responsabilité pénale aux circonstances aggravantes, vu que de telles circonstances ne constituent pas nécessairement des crimes relevant de la compétence de la Cour, comme c'est le cas pour une série des circonstances reprises dans la règle 145-2-b) (par ex. l'abus de pouvoir ou de fonctions officielles, ou le comportement discriminatoire).

106. Même le critère avancé par le Procureur, selon lequel quoi les conséquences devaient non seulement être « liées directement au crime »

⁴⁴ ICTR-96-13-A, aff. Musema, arrêt du 16.11.2001, par. 395.

⁴⁵ ICTR-97-23-S Kambanda, jugement du 4 septembre 1998 par.124, IT-96-21-A, aff. Celebici, arrêt du 20 février 2001, par.775 ; arrêt Musema (cfr. note 45) par.396.

mais également être « prévisibles », est un critère qui ne trouve pas de base dans les textes. On ne voit pas pourquoi des conséquences indirectes du crime ou celles que l'auteur n'avait pas nécessairement prévues ne pourraient pas être prises en compte.

107. Pour ce qui concerne la preuve de ces circonstances, les victimes se réfèrent au développement de la Juge Odio Benito dans son opinion dissidente (par. 9 et suivants), ainsi qu'au document à l'appui de l'appel du Procureur (par. 83 et suivants).

III. APPEL DE LA DEFENSE CONTRE LA SENTENCE SUR LA PEINE

108. La Chambre n'a pas commis d'erreur de droit en retenant des facteurs de gravité qui ne constituent pas en soi des crimes. Au contraire, les éléments qui sont à prendre en compte pour juger de la gravité des crimes, comme ceux qui peuvent constituer des circonstances atténuantes ou aggravantes, ne sont en règle pas de crimes relevant de la compétence de la Cour⁴⁶.

109. C'est également à tort que la Défense prétend que la Chambre aurait conclu au caractère généralisé des crimes poursuivis. La Chambre a au contraire (à tort selon nous) rejeté cette position du Procureur et des représentants légaux des victimes pour conclure que

« Le nombre ou la proportion exacts de recrues âgées de moins de 15 ans n'a fait l'objet d'aucune conclusion tirée au-delà de tout doute raisonnable, c'est-à-dire conformément à la

⁴⁶ICC-01/04-01/06-2901-tFRA paragraphe 94.

norme applicable au pénal. La peine fixée reflète la conclusion à laquelle est parvenue par la Chambre, selon laquelle la participation des enfants était généralisée⁴⁷ ».

110. Par rapport à la période que l'appelant a passé en détention en R.D.C., les représentants légaux attirent l'attention de la Chambre d'appel sur le fait que l'appelant n'a pas été poursuivi en R.D.C. pour le crime dont leurs clients ont été victimes et qui font l'objet des charges retenues contre lui devant la Cour Pénale Internationale.

111. D'ailleurs ce crime n'existent pas dans le code pénal militaire congolais, qui réprime à la fois les crimes de guerre sur base d'une définition qui renvoie en fait au droit pénal général⁴⁸, et l'activité militaire dirigée contre le pays⁴⁹, mais qui n'a pas intégré les incriminations du Statut de Rome comme tels.

112. Le fait que l'accusé n'était pas poursuivi sur le plan national pour les crimes jugés par la Cour a d'ailleurs permis à la Chambre préliminaire de se prononcer sur sa compétence et sur la recevabilité de l'action, conformément aux articles 17 et 19 du Statut⁵⁰.

113. La Chambre n'était donc pas tenue de prendre en compte les éventuels griefs articulés contre les autorités judiciaires militaires congolaises. La

Ibidem, paragraphe 50.

⁴⁸ Article 173 du Code pénal militaire: « Par crime de guerre, il faut entendre toutes les infractions aux lois de la République commises pendant la guerre et qui ne sont pas justifiées par les lois et les coutumes de la guerre ».

⁴⁹ Art. 174 du Code pénal militaire : « Sont poursuivis devant les juridictions militaires conformément aux dispositions en vigueur et à celles du présent code, ceux qui, lors de la perpétration des faits étaient au service de ou d'un allié de l'ennemi, à quelque titre que ce soit, notamment en qualité de fonctionnaire de l'ordre administratif ou judiciaire, des militaires assimilés, d'agents ou préposés d'une administration ou le membre d'une formation quelconque ou qui étaient chargés par eux d'une mission quelconque, et ce sont rendus coupables des crimes commis depuis l'ouverture des hostilités dans le territoire de la république, ou dans toute zone d'opération de guerre, soit à l'encontre d'un national, d'un étranger ou d'un réfugié sur le territoire de la république, soit au préjudice des biens de toutes les personnes physiques visées ci-dessus et de toutes les personnes morales nationales, lorsque ces infractions, mêmes accomplies à l'occasion ou sous le prétexte de l'état de guerre, ne sont pas justifiées par les lois et coutumes de guerre ».

⁵⁰ ICC-01/04-01/06-512-tFR 23-10-2006

Cour Pénale Internationale ne peut juger ni donner une appréciation sur le droit positif des Etats parties au Statut en dehors de l'article 20 du Statut de Rome dont les hypothèses ne cadrent pas avec la présente affaire.

IV. DEMANDE LA DEFENSE DE PRODUIRE DES PREUVES ADDITIONNELLES EN APPEL

114. Dans sa requête du 4 décembre 2012⁵¹ la Défense a demandé de produire en appel des nouvelles preuves⁵¹.

115. Les représentants légaux ne réfèrent à la justice de la Chambre d'appel pour ce qui concerne les éléments de preuve été déposés dans le cadre de l'audience relative à la peine du 13 juin 2012, et l'audition éventuelle de D-0041, même s'ils estiment que l'âge exact de ces témoins est problématique et d'une pertinence très relative pour les motifs exposés plus haut.

116. Les représentants légaux jugent sans pertinence la production d'une liste nominative des FPLC à la date du 11 décembre 2004, bien postérieure à la période des charges, et donc inutile pour déterminer quelles personnes composaient le dit groupe armée pendant le période infractionnelle.

117. Quant aux éléments qui concernent le témoin P-0297, les déclarations de ce témoin n'ont pas été retenues par la Chambre, qui a jugé que :

« 429. La Chambre reconnaît que ce témoin a pu être confronté à des circonstances difficiles, mais au vu des problèmes exposés plus haut, son récit n'est, dans l'ensemble, pas digne de foi. Nonobstant l'allégation formulée par P-0297 à l'encontre de certains autres témoins en l'espèce, il est probable que P-0321 ait persuadé P-0297 de faire un faux témoignage ou l'y ait encouragé. La Chambre n'est pas en mesure de se fonder sur le récit qu'il a livré⁵² ».

⁵¹ ICC-01/04-01/06-2942-Red. Du 04-12-2012.

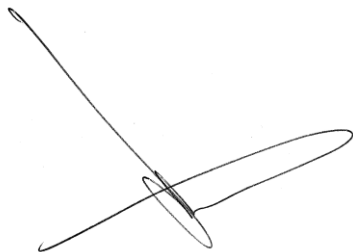
⁵² ICC-01/04-01/06-2842 paragraphe 429.

118. On ne voit dès lors pas en quoi des éléments complémentaires sur des éventuelles activités ultérieures de ce témoin seraient de nature à entraîner la nullité du jugement. Ces preuves doivent donc être déclarées inadmissibles.

En conséquence, les Représentants légaux demandent respectueusement à la Chambre d'appel :

Prendre en considération les vues et préoccupations exposées ci-dessus.

Pour l'équipe de victimes V01, les représentants légaux

A handwritten signature in black ink, consisting of a long diagonal stroke and a loop.

Luc Walley

A handwritten signature in black ink, featuring a large loop and a horizontal stroke.

Franck Mulenda

Fait le 4 février 2013

À Bruxelles (Belgique) et à Kinshasa (République démocratique du Congo)