

**Cour
Pénale
Internationale**



**International
Criminal
Court**

Original : français

N° : ICC-01/04-01/06

Date : 28 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 Sanji Mmasenono Monageng
Mme la juge Anita Ušacka
Mme la juge Ekaterina Trendafilova

SITUATION EN RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO

AFFAIRE

LE PROCUREUR

c/Thomas LUBANGA DYILO

Version publique expurgée

Réplique de la Défense à la « *Prosecution's Response to Thomas Lubanga's Appeal against Trial Chamber I's Judgment pursuant to Article 74* » et à la « *Prosecution's Response to the "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' rendu par la Chambre de première instance I le 10 juillet 2012"* », déposées le 4 février 2013

Origine : Équipe de la Défense de M. Thomas Lubanga Dyilo

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

Le Bureau du Procureur

Mme Fatou Bensouda
M. Fabricio Guariglia

Le conseil de la Défense

Me Catherine Mabilie
Me Jean-Marie Biju-Duval
Me Marc Desalliers
Me Caroline Buteau

Les représentants légaux des victimes

M. Luc Walley
M. Franck Mulenda
Mme Carine Bapita Buyangandu
M. Paul Kabongo Tshibangu
M. Joseph Keta

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

Mme Silvana Arbia

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

1. La présente réplique n'a pas pour objet de développer des arguments déjà exposés par la Défense dans son « *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* »¹ et dans son « *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* »², mais vise essentiellement à souligner les inexactitudes ou dénaturations les plus significatives contenues dans les Réponses du Procureur³ déposées le 4 février 2013.
2. La Défense se réfère donc essentiellement aux arguments déjà développés dans ses mémoires déposés le 3 décembre 2012⁴.
3. Y ajoutant, la Défense entend présenter les éléments suivants:

PARTIE A: RÉPLIQUE DE LA DÉFENSE À LA RÉPONSE DU PROCUREUR AU MÉMOIRE DE LA DÉFENSE RELATIF À LA DÉCISION SUR LA PEINE

1 - SUR LE DEUXIÈME MOYEN D'APPEL DE LA DÉFENSE: LE REFUS DE PRENDRE EN COMPTE LA VIOLATION DES DROITS DE L'APPELANT DANS LA DÉTERMINATION DE LA PEINE

4. Aux paragraphes 43 à 46 de sa Réponse⁵, le Procureur soumet que la Chambre a pris en compte « *sous la rubrique coopération* » certaines des violations soulevées par la Défense.
5. Or, contrairement à cette prétention, il ressort clairement de la Décision sur la peine que la Chambre a jugé que les violations des droits de M. Lubanga soulevées par la Défense ne justifiaient pas une réduction de la peine à appliquer à celui-ci⁶.

¹ ICC-01/04-01/06-2949.

² ICC-01/04-01/06-2948-Red.

³ ICC-01/04-01/06-2969-Red et ICC-01/04-01/06-2968-Red.

⁴ ICC-01/04-01/06-2949 et ICC-01/04-01/06-2948-Red.

⁵ ICC-01/04-01/06-2968-Red.

⁶ Voir ICC-01/04-01/06-2901-tFRA, par.90.

6. La Chambre a considéré en revanche que certains aspects du comportement de M. Lubanga et sa coopération certaine avec la Cour, « *alors que le comportement de l'Accusation le soumettait à des pressions considérables et injustifiées* », constituaient une circonstance atténuante qui devait être prise en compte par la Cour dans la détermination de sa peine⁷; la prise en considération d'une circonstance atténuante relative à la situation personnelle de l'accusé ne peut en aucun cas être assimilée à une réparation effective accordée pour la violation des droits de l'accusé, qui doit plutôt se matérialiser, en cas de condamnation, par la réduction de la peine finale prononcée⁸.
7. De plus, la Chambre constatera que le Procureur ne répond d'aucune manière à l'argumentation de la Défense relative aux nombreuses violations des droits de l'Appelant par le Procureur. Il se contente de procéder à une comparaison, aux paragraphes 50 à 53 de sa Réponse, entre la présente affaire et les affaires *Barayagwiza*, *Semanza* et *Ndindiliyimana* pour conclure que les violations soulevées dans la présente affaire n'atteignent pas un niveau de gravité devant entraîner une réduction de la peine prononcée.
8. Or, la Défense n'a jamais prétendu que ces affaires présentaient avec la présente affaire des similitudes sur le plan factuel. Elle s'est plutôt fondée sur le principe dégagé par cette jurisprudence constante des TPI pour soutenir que « *l'accusé dont les droits ont été violés a droit à une réparation financière en cas d'acquiescement ou à une réduction de sa sentence en cas de condamnation* ».
9. La présente affaire s'est caractérisée par le fait que les nombreuses violations par le Procureur, de manière répétée, des droits fondamentaux de l'Appelant garantis à l'Article 67 ont affecté de manière irréversible le droit de l'Appelant à un procès équitable.

⁷ ICC-01/04-01/06-2901-tFRA, par.97 et 91.

⁸ La Défense se réfère à son analyse de la jurisprudence constante des TPI sur cette question: ICC-01/04-01/06-2949, par.29-33.

10. Ainsi, l'analyse du Procureur au paragraphe 51 de sa Réponse n'est pas pertinente, la Défense n'ayant jamais invoqué au soutien de son second moyen d'appel les conditions de détention de M. Lubanga en RDC avant son transfert à la Cour.
11. Au surplus, le Procureur ne cite aucune référence au soutien de ses allégations à l'effet que « *was not prevented from using a large number of documents containing potentially exonerating evidence for cross-examination purposes* » et que « *Instead, most documents were disclosed to him prior to the start of the Defence case* »⁹. La Défense estime au contraire qu'il ne fait aucun doute, à la lumière des informations contenues à l'Annexe 3 de son Mémoire relatif à l'appel sur le Jugement¹⁰, que la divulgation par le Procureur des éléments à décharge s'est effectuée de manière tardive, après la comparution des individus visés par ces éléments de preuve.
12. En ce qui concerne l'exemple cité par le Procureur relatif au témoin P-0581, il convient de souligner que cet exemple illustre parfaitement que le Procureur a délibérément refusé de communiquer à la Défense des documents qu'il avait en sa possession depuis plusieurs années, la privant ainsi d'un élément essentiel à la défense de l'accusé:
 - P-0581 a comparu pour la première fois du 14 au 17 juin 2010. Le 11 juin 2010, la Défense demandait divulgation au Procureur de la liste des individus devant faire l'objet d'un *screening* en novembre 2007, envoyée par l'intermédiaire P-0321 au témoin P-0581. Le Procureur refusait la demande de la Défense au motif que de telles listes n'avaient pas été envoyées par écrit¹¹.

⁹ ICC-01/04-01/06-2968-Red, par.52.

¹⁰ ICC-01/04-01/06-2948-Conf-Anx3.

¹¹ Courriel de la Défense du 11 juin 2010 à 15h22, et réponse du Procureur du 11 juin 2010 à 18h53 (EVD-D01-01077).

- Ce n'est que le 30 juin 2010, après le témoignage du témoin P-0581, et sur demande réitérée par la Défense sur la base d'informations confirmant l'existence de ces listes écrites, que le Procureur consentait finalement à divulguer les documents demandés.

13. Or, il ne fait aucun doute que ces documents ont été indispensables pour démontrer les manœuvres frauduleuses employées par l'intermédiaire P-0321¹²; ces incohérences ont été retenues par la Chambre dans son Jugement pour apprécier la loyauté de l'intermédiaire P-0321¹³.

2 - SUR LE TROISIÈME MOYEN D'APPEL DE LA DÉFENSE: ERREUR DE FAIT DANS L'APPLICATION DE L'ARTICLE 78-2 ET DU REFUS DE PRENDRE EN COMPTE LA PÉRIODE PASSÉE EN DÉTENTION PAR L'APPELANT EN RDC

14. Le Procureur soumet que la détention de M. Lubanga en RDC n'était pas en lien avec le même comportement et les mêmes crimes que ceux pour lesquels l'Appelant est accusé devant la CPI et qu'à ce titre elle ne peut compter à des fins de détermination de la peine¹⁴.

15. Or, contrairement à ce que soumet le Procureur, l'Article 78-2 n'impose pas à la Défense de démontrer que la détention en RDC était à raison des « mêmes crimes », mais, d'une manière plus étendue, à raison d'un comportement lié au crime.

16. En l'espèce, la responsabilité de M. Lubanga est recherchée devant la Cour sur le fondement du même comportement que la responsabilité qui lui était imputée devant les juridictions congolaises, soit l'exercice des fonctions de direction et de contrôle qui lui sont attribuées en tant que Président à la tête de l'UPC/RP.

¹² La Chambre souligne que « Une question importante soulevée par ce volet de l'espèce est celle de savoir comment ont été sélectionnés ceux qui ont été présentés comme d'anciens enfants soldats. » Jugement, par.442.

¹³ Jugement, par.442-445.

¹⁴ ICC-01/04-01/06-2968-Red, titre « (a) Domestic detention that was not connected to the same conduct and same crimes for which the Appellant was charged by the ICC cannot count for the sentencing purposes » et par.69ss (Nous soulignons).

PARTIE B: RÉPLIQUE DE LA DÉFENSE À LA « PROSECUTION'S RESPONSE TO THOMAS LUBANGA'S APPEAL AGAINST TRIAL CHAMBER I'S JUDGMENT PURSUANT TO ARTICLE 74 »

1 - SUR LA RÉPONSE DU PROCUREUR À LA DEMANDE D'AJOUT D'ÉLÉMENTS DE PREUVE ADDITIONNELS DE LA DÉFENSE

A - D-0040 et D-0041

17. En premier lieu, les arguments avancés par le Procureur au sujet des extraits vidéo déposés en preuve par ce dernier confirment que le Procureur ne s'estime pas investi du devoir de contribuer à la manifestation de la vérité en enquêtant tant à décharge qu'à charge.
18. Le Procureur indique qu'il aurait pu, pour s'acquitter de son fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable la présence d'enfants de moins de 15 ans dans les FPLC, tenter d'identifier, de localiser et d'appeler comme témoins les individus figurant sur ces extraits, mais qu'il n'avait pas l'obligation de le faire¹⁵. L'Accusation soutient être « *entitled to rest its case if it believes its evidence is sufficient and that it has adequately complied with its duties under article 54(1)(a)* »¹⁶.
19. Le Procureur admet ainsi que, bien qu'il en avait la possibilité, il n'a même pas estimé nécessaire de vérifier si les individus qu'il présentait à la Chambre comme des enfants soldats sur les extraits vidéos étaient ou non âgés de moins de 15 ans. Le Procureur ajoute même qu'il considère que ces éléments de preuve étaient, à son avis, « *fully available at trial to counsel acting with due diligence* »¹⁷.
20. Or, l'Article 54-1-a impose au Procureur l'obligation, aux fins d'établir la vérité, d'étendre ses enquêtes à tous les faits et éléments de preuve qui

¹⁵ ICC-01/04-01/06-2969-Red, par.65.

¹⁶ ICC-01/04-01/06-2969, par.65.

¹⁷ ICC-01/04-01/06-2969, par.49.

peuvent être utiles pour déterminer s'il y a responsabilité pénale au regard Statut et, ce faisant, en enquêtant tant à charge qu'à décharge.

21. Cette obligation d'enquêter tant à charge qu'à décharge aux fins d'établir la vérité est privée de tout sens si le Procureur limite ses enquêtes aux seuls éléments qui, à son avis, suffisent à établir la culpabilité de l'accusé.
22. Le Procureur soutient ne pas avoir eu l'opportunité de poser des questions à D-0040 lors de sa comparution devant la Cour. Une telle prétention est inexacte. La Chambre a en effet demandé au Procureur s'il souhaitait interroger le témoin, mais le Procureur a répondu par la négative¹⁸.
23. Il est par ailleurs inadmissible et contraire aux règles procédurales les plus élémentaires que le Procureur fasse référence aux conclusions factuelles rendues par une Chambre dans une autre affaire pour soutenir ses allégations¹⁹.

B - Lettre du 30 janvier 2013 des autorités congolaises

24. Confrontée au refus du Procureur de donner suite à sa demande de divulgation, la Défense a déposé une requête aux fins d'obtenir divulgation de la demande de coopération du Bureau du Procureur à l'origine de cette lettre des autorités congolaises²⁰. La Défense soumet que la communication de cette demande de coopération est nécessaire aux fins de lui permettre de formuler toutes observations utiles en lien avec cette lettre des autorités congolaises. En l'état, les éléments suivants peuvent d'ores et déjà être soulignés:
 - La lettre du 30 janvier 2013 des autorités congolaises constitue une réponse directe à une question formulée par le Bureau du Procureur; cette lettre équivaut ainsi à la déclaration d'un témoin non assermenté, non

¹⁸ T-360-CONF-FRA-CT,p.32, lignes 15-16.

¹⁹ ICC-01/04-01/06-2969, par.70.

²⁰ ICC-01/04-01/06-2988.

comparant et, partant, n'ayant pas été soumis au contre-interrogatoire de la Défense ; elle est à ce titre irrecevable ;

- Même si la lettre des autorités congolaises devait être admise en preuve, elle ne fait que confirmer que les données d'état civil relatives à D-0040 et D-0041 sont conformes à celles se trouvant sur leurs cartes d'électeur²¹. Face à ce constat, le Procureur ne peut raisonnablement remettre en cause les déclarations de D-0040 et D-0041 au sujet de leur âge sur la base de simples généralités, et en l'absence de tout élément de preuve objectif précis en lien avec ces témoins.

25. Aucune investigation spécifique n'a été menée par le Procureur pour vérifier l'âge des individus concernés.

C - Les éléments relatifs au témoin P-0297

26. Au paragraphe 77 de sa Réponse, le Procureur laisse entendre que l'appartenance de P-0297 à EXPURGÉ proche du Président Kabila était postérieure à la conclusion de ses enquêtes relatives à ce témoin. Le Procureur allègue en effet ce qui suit: « *The materials indicate that P-0297 was armed at the time of his arrest (a fact already in the trial record) and that he was a member of an organisation called "EXPURGÉ" in EXPURGÉ, after P-0297 first met with the Office of the Prosecutor in 2007. The witness' post-investigation political affiliation EXPURGÉ does not indicate a broader infiltration by the Congolese government in the Prosecution's investigations* » (Nous soulignons).
27. Le Procureur omet cependant de mentionner que P-0297 fut interrogé par des représentants du Bureau du Procureur à deux autres reprises avant son témoignage devant la Cour, soit le 15 mars 2008²² ainsi que les 11 et 12 mai 2010²³. Le Procureur ne peut sérieusement contester que le témoin fut

²¹ EVD-D01-01111; DRC-D01-0003-5983.

²² EVD-D01-00154.

²³ EVD-D01-00149.

également placé d'abord sous sa protection et était à sa charge à partir de EXPURGÉ 2007 au moins jusqu'en EXPURGÉ 2008.

28. Par ailleurs, le Procureur ne peut par ailleurs raisonnablement soutenir que le conseil de la Défense a manqué à son devoir de diligence en ne posant aucune question à P-0297 au procès au sujet de ses appartenances politiques²⁴. P-0297 fut présenté par le Procureur comme une victime d'une extrême vulnérabilité²⁵, et la Défense ignorait tout des éléments de preuve additionnels relatifs à P-0297 lors du témoignage de ce dernier devant la Cour. La Défense ne disposait d'aucun élément d'information lui permettant de suspecter que P-0297 appartenait à EXPURGÉ fidèle au Président Kabila.
29. Il appartenait au Procureur, et non à la Défense, de s'assurer de l'intégrité des éléments de preuve qu'il entendait présenter à la Cour. Par ailleurs, le Procureur n'a, à l'évidence, effectué aucune enquête consécutivement à la divulgation par le Greffe des éléments de preuve additionnels en lien avec P-0297 aux fins de vérifier l'étendue de l'influence du gouvernement congolais sur ce dernier.

D - Liste nominative des FPLC

30. En premier lieu, le Procureur soutient que la Défense fut informée de l'existence de la liste nominative des FPLC dès le mois de mai 2010²⁶. Cette prétention est inexacte.
31. Il est constant que lorsque les enquêteurs du Bureau du Procureur ont recours à un document dans le cadre de leur entretien avec un témoin, le procès-verbal ou l'enregistrement de cet entretien fait état de la référence précise (numéro ERN) et de la désignation exacte de ce document, lequel est ensuite divulgué à la Défense en même temps que la déclaration du témoin.

²⁴ ICC-01/04-01/06-2969, par.74.

²⁵ ICC-01/04-01/06-2345-Conf, par.5.

²⁶ ICC-01/04-01/06-2969-Red, par.83.

32. Or, il est préoccupant de constater que, de tous les documents utilisés par le Procureur lors de son entretien du 18 mars 2010 avec P-0089²⁷, cette liste est le seul pour lequel la référence ERN ne fut pas mentionnée par les enquêteurs²⁸. De plus, les enquêteurs ont fait référence de manière inexacte à ce document comme étant une liste des personnes démobilisées des FPLC²⁹. Or, non seulement ce document n'est pas une liste de personnes démobilisées par les FPLC, mais cette présentation a induit la Défense en erreur. En effet, un des documents déposés en preuve en lien avec ce témoin et avec le témoin D-0023 faisait justement référence à une liste des démobilisés³⁰, et la Défense a naturellement cru que les enquêteurs faisaient référence à ce document. Il va de soi que si les enquêteurs avaient correctement identifié le document montré au témoin comme étant la « liste nominative des FPLC » datée du mois de décembre 2004, la Défense en aurait exigé la divulgation immédiate.
33. Il ressort toutefois clairement de la réponse du Procureur³¹, ainsi que de la correspondance du 25 octobre 2012 adressée par ce dernier à la Défense³², que la non-divulgence d'un document utilisé par le Procureur dans le cadre des enquêtes ne résulte pas d'une simple erreur, mais bien d'un choix délibéré de ce dernier.
34. En deuxième lieu, le Procureur présente de manière inexacte la position de l'Appelant, en soutenant que ce dernier « *is proffering this evidence not for the purposes of demonstrating that the verdict (i.e. the finding of guilt) was unsafe, but to support an argument that the Prosecution persistently violated its disclosure obligations, for which the Chamber should have brought a remedy* » (nous

²⁷ EVD-D01-00985.

²⁸ Voir par ex. EVD-D01-00985, p.13, lignes 435ss.

²⁹ EVD-D01-00985, p.5, lignes 166-167.

³⁰ EVD-D01-00127, p. DRC-D01-0003-2283, voir T-266-CONF-FR p. 62, lignes 8 ss.

³¹ ICC-01/04-01/06-2969, par.83: le Procureur soutient, à tort, que « [n]ot only was this document facially not exculpatory (and thus not subject to disclosure obligations) [...] », faisant ainsi totalement abstraction de ses obligations de divulgation aux termes de la Règle 77, laquelle ne vise pas les éléments à décharge, mais tous les éléments nécessaires à la préparation de la défense; au par. 84, le Procureur souligne qu'il considère ce document comme étant non pertinent à la présente affaire.

³² Voir Annexe 8, ICC-01/04-01/06-2942-Red.

soulignons)³³. La Défense se réfère sur ce point aux paragraphes 59 à 61 et 278 de son Mémoire relatif à l'appel à l'encontre du Jugement³⁴.

35. En troisième lieu, les arguments invoqués par le Procureur pour soutenir, à tort, que la liste ne fait pas état de la totalité des membres des FPLC au mois de décembre 2004³⁵ ne sont appuyés par aucun élément de preuve. Les termes « liste nominative », en français, signifient qu'il s'agit d'une liste qui énonce expressément les noms de l'ensemble des individus listés et non, comme le prétend le Procureur, d'une liste qui « sélectionne » un groupe de personne³⁶. Ces suppositions avancées par le Procureur sans aucun fondement ne viennent que confirmer le fait que cette liste aurait dû être montrée aux témoins afin que sa nature exacte soit valablement débattue lors du procès.
36. En dernier lieu, le Procureur soutient que l'Appelant n'a jamais contesté son statut de Commandant en chef des FPLC, et qu'à ce titre, il était la personne la mieux placée pour avoir accès aux informations relatives à ses propres troupes³⁷. Une telle prétention est inexacte, et ne peut servir à justifier les défauts de divulgation du Procureur.
37. L'Appelant a toujours soutenu qu'il occupait *de jure* le poste de commandant en chef des FPLC, qu'il n'avait qu'un rôle essentiellement politique au sein de l'UPC/RP, et que le contrôle *de facto* des FPLC et la gestion des troupes relevait de l'état major³⁸. Le Procureur ne peut par ailleurs raisonnablement suggérer que l'Appelant, absent de l'Ituri depuis le 13 août 2003³⁹, disposait de suffisamment d'informations au sujet des 8600 individus figurant sur la liste des membres des FPLC au 9 décembre 2004.

³³ ICC-01/04-01/06-2969-Red, par.86.

³⁴ ICC-01/04-01/06-2948-Red.

³⁵ ICC-01/04-01/06-2969-Red, par.89.

³⁶ ICC-01/04-01/06-2969-Red, par.89.

³⁷ ICC-01/04-01/06-2969, par.92.

³⁸ Par ex. ICC-01/04-01/06-2773, par.561 et 802ss.

³⁹ Voir ICC-01/04-01/06-2949, par.84.

38. Le Procureur ne peut par ailleurs se soustraire à ses obligations statutaires de divulgation à l'égard d'un accusé sous prétexte que ce dernier était, à son avis, « bien placé pour avoir accès à l'information »⁴⁰. Ce principe s'applique par ailleurs au document visé aux paragraphes 127-128 de la Réponse du Procureur.

2 - SUR LA RÉPONSE DU PROCUREUR AUX 8 MOYENS D'APPEL DE LA DÉFENSE RELATIFS À L'APPEL À L'ENCONTRE DU JUGEMENT

A. Premier moyen d'appel: les atteintes aux règles du procès équitable

- Sur la violation du droit de l'Appelant à être informé de façon détaillée de la nature, de la cause et de la teneur des charges retenues contre lui

39. Contrairement à ce que soutient le Procureur au paragraphe 100 de sa Réponse, le grief de la Défense ne se limite pas à reprocher au Procureur de ne pas avoir identifié nommément un nombre non précisé de victimes. La Défense soumet que le Procureur avait l'obligation d'indiquer, dans le *Document de notification des charges*, non seulement l'identité des victimes, mais également le lieu et la date approximative des crimes allégués, et les moyens mis en œuvre pour les perpétrer afin de permettre à l'accusé de préparer sa défense⁴¹.
40. À cet égard, la Défense note que l'argument du Procureur⁴² selon lequel il n'a pas l'obligation d'identifier les victimes des crimes reprochés à l'accusé compte tenu du fait que ceux-ci auraient été commis à grande échelle est sans fondement.
41. Tel que le note le Procureur au paragraphe 105, « *lorsque l'Accusation est en position d'identifier des victimes, elle doit le faire* »⁴³. Or, lorsque cette opportunité s'est présentée au Bureau du procureur, celui-ci a fait le choix de ne pas rechercher ces informations, privant ainsi la Défense de la possibilité de se

⁴⁰ ICC-01/04-01/06-2969-Red, par.92.

⁴¹ ICC-01/04-01/06-2948-Conf, par.1-20.

⁴² ICC-01/04-01/06-2969-Red, par.100.

⁴³ Citant l'affaire *Kupreskic*, Arrêt, par.90.

préparer adéquatement. En effet, le Procureur a présenté certains individus figurant sur des images vidéo comme des militaires des FPLC âgés de moins de 15 ans, sans chercher à les identifier alors qu'il admet avoir eu la possibilité de le faire⁴⁴. Le Procureur a délibérément fait le choix de ne pas enquêter sur ces individus⁴⁵ alors qu'il en avait l'obligation. Le Procureur n'a pas démontré dans la présente affaire qu'il n'était pas en mesure de communiquer à la Défense l'identité des victimes et les informations relatives aux circonstances de la commission des crimes.

42. Le Procureur cherche ainsi à justifier l'absence de preuve relative à l'identité des victimes et aux circonstances de la commission du crime en invoquant que les crimes reprochés auraient été commis à grande échelle, alors qu'il a, dès la phase préliminaire, maintenu qu'il avait rempli son obligation de transmettre à l'accusé les renseignements relatifs à l'identité des victimes en l'informant de l'existence des « cas individuels »⁴⁶.
43. Par ailleurs, l'extrait de la *Décision sur la confirmation des charges* cité par le Procureur au paragraphe 101 de sa Réponse confirme l'argument de la Défense selon lequel la Chambre préliminaire a confirmé les charges reprochées à M. Lubanga en se fondant essentiellement sur les témoignages rejetés ultérieurement par la Chambre de première instance; le Procureur omet d'indiquer que la conclusion de la Chambre préliminaire citée au paragraphe 101 est fondée précisément sur les déclarations des témoins P-0010, P-0015, P-0007, P-0008, tous exclus par la Chambre de première instance, et du témoin P-0009 que le Procureur a retiré de sa liste de témoins avant le début du procès⁴⁷.

⁴⁴ ICC-01/04-01/06-2969-Red, par.65.

⁴⁵ ICC-01/04-01/06-2969-Red, par.65.

⁴⁶ Voir ICC-01/04-01/06-2948-Red, par.10-11.

⁴⁷ Voir ICC-01/04-01/06-796-Conf, notes de bas de page 324-326; ces notes ont été omises de la citation par le Procureur. La Défense note en ce qui concerne P-0009 qu'elle a déposé des éléments de preuve qui démontrent que ce témoin, présenté par l'intermédiaire P-0143, a notamment donné de fausses informations sur son âge. Voir EVD-D01-00763.

- Sur la violation par le Procureur de ses obligations statutaires

44. Contrairement à ce que laisse entendre le Procureur, la Défense ne se limite pas aux trois exemples visés aux paragraphes 48 à 65 de ses observations sur les manquements du Procureur à ses obligations de divulgation. La Défense a précisé qu'elle a saisi la Chambre de nombreuses difficultés sur cette question, comme l'illustrent les correspondances jointes à l'Annexe 3 de son Mémoire. La Défense fait référence aux trois exemples visés aux paragraphes 48 à 65 pour démontrer les limites du pouvoir de la Chambre sur cette question.
45. Les éléments fournis en réponse par le Procureur sur son défaut d'informer la Chambre, en toute impartialité, des informations en sa possession concernant P-0316 et P-0157 sont inexacts:
- En ce qui concerne l'intermédiaire P-0316, bien que les informations visées au paragraphe 99 du Mémoire de la Défense aient effectivement été découvertes par le Procureur lors de ses enquêtes⁴⁸, le Procureur n'a pas interrogé l'intermédiaire sur ces sujets précis lors de son témoignage devant la Chambre, et n'a pas informé cette dernière en temps opportun du fait qu'il disposait d'informations contredisant la position de son intermédiaire sur ces questions. Le Procureur a au contraire émis des réserves sur la possibilité pour la Défense d'interroger P-0316 sur ses déclarations à l'effet que P-0183 était décédé alors que le Procureur avait connaissance du fait que ce dernier était vivant⁴⁹;
 - En ce qui concerne P-0157, le Procureur a indiqué avoir pris la décision, sur la base des informations recueillies lors du contre-interrogatoire de P-0157 par la Défense, de ne plus faire comparaître ce témoin dans l'affaire *Katanga* en qualité d'enfant-soldat de moins de 15 ans à l'époque des faits⁵⁰. Cette information aurait dû être communiquée à la Défense

⁴⁸ Voir EVD-D01-01039; EVD-D01-01042, no.147.

⁴⁹ T-332-CONF-FRA ET,p.4, lignes 22 ss.

⁵⁰ ICC-01/04-01/06-2393,par.2.

conformément à la Règle 77. Cette dernière n'en a été informée que suite à ses discussions avec l'équipe de Défense de M. Katanga le 31 mars 2010. Or, le Procureur avait indiqué, lors de l'audience du 5 mars 2010, que l'équipe de la Défense de M. Lubanga avait reçu toutes les informations que les équipes de la Défense de M. Katanga et M. Ngudjolo avaient reçues, et même plus⁵¹.

B. Deuxième moyen d'appel: Moyens d'appel relatifs aux crimes d'enrôlement, de conscription et d'utilisation d'enfants de moins de 15 ans

- Sur la détermination de l'âge par la Chambre de première instance sur la base d'images vidéo

46. Le Procureur semble estimer que la Défense a commis une erreur en faisant référence à la note de bas de page 1249. Or, cette référence est exacte: La Défense souligne aux paragraphes 176 à 178 de son mémoire les deux positions contradictoires adoptées par la Chambre au sujet du même extrait vidéo. La Chambre indique d'une part que cet extrait montre un enfant manifestement âgé de moins de 15 ans et d'autre part indique à la note 2432 que les enfants apparaissent sur cet extrait trop rapidement pour que l'on puisse se prononcer avec certitude sur leur âge.
47. La jurisprudence citée au paragraphe 162 est dépourvue de pertinence dans la présente affaire, la Défense n'ayant jamais prétendu que des images vidéo ne peuvent en aucun cas être retenues en preuve dans une affaire criminelle.
48. La Défense soumet plutôt que la preuve vidéo présentée dans la présente affaire afin de prouver l'âge des individus qui y apparaissent ne peut être déterminante, la seule apparence physique d'individus, de surcroît entièrement vêtus, ne permettant pas aux juges, ni à quiconque, d'évaluer l'âge de ceux-ci. Ainsi, contrairement à la preuve vidéo présentée dans les affaires du TPI citées par le Procureur à la note 273, les images vidéo présentées par le Procureur dans la présente affaire ne « parlent pas d'elles-

⁵¹ ICC-01/04-01/06-T-254-Conf-Fra-ET, p.22. Voir ICC-01/04-01/06-2416.

mêmes ». Il n'est pas contesté que des images vidéo peuvent permettre de confirmer la présence d'un individu à un endroit précis, ou de constater l'existence de contacts entre deux personnes filmées sur une même image⁵². Il en est de même des affaires où l'accusé ou un suspect a été filmé en flagrant délit ou des affaires dans lesquelles des images ont été utilisées pour identifier un suspect⁵³. Toute comparaison entre ces affaires et la présente affaire est toutefois dépourvue de toute pertinence.

49. Enfin, en ce qui concerne la jurisprudence citée au paragraphe 163 de la Réponse du Procureur, celle-ci ne peut être applicable à la présente affaire, puisqu'elle concerne uniquement des cas précis où il était possible de déterminer au vu de photographies et de vidéos d'enfants dénudés, que ceux-ci présentaient des caractéristiques physiques d'enfants prépubères, soit avant le développement des caractères sexuels des sujets visés⁵⁴; une telle détermination est évidemment impossible dans la présente affaire.

- Sur le crime de conscription

50. Contrairement à ce que soutient le Procureur, les éléments factuels cités aux paragraphes 184 à 186 de sa Réponse ne permettent pas de démontrer que des enfants de moins de 15 ans auraient été forcés à rejoindre les FPLC. En ce qui concerne le témoignage de P-0055 cité par la Chambre au paragraphe 763 du Jugement, la Défense souligne la nature ambiguë de sa déclaration qui ne permet pas de conclure à un enrôlement forcé ; au surplus, le témoin confirme la démobilisation de l'individu concerné.
51. Le Procureur dénature gravement le jugement de la Chambre en indiquant qu'elle a conclu que « *The case against the Appellant involved mobilization campaigns [331] that included both compulsory conscription through the use of physical force (such as abductions), as well as by psychological pressure and fear or*

⁵² Affaires *Krstic* et *Karadzic*, citées par le Procureur, note 273.

⁵³ Voir les ex. cités aux notes 274 à 277.

⁵⁴ Voir les ex. cités aux notes 278-281.

threats of harm exerted by elders and wise men, the cadres and the army.[332] »⁵⁵. (Nous soulignons). Il convient notamment de souligner que la Chambre n'a à aucun moment conclu que les campagnes de mobilisation ont impliqué des actes d'enlèvement par l'utilisation de la force. En outre, le Procureur ajoute à la confusion en citant le témoignage de Mme Radhika Coomaraswamy pour appuyer cette affirmation alors que sa déclaration était de nature générale et ne visait pas précisément les FPLC.

52. De plus, le Procureur dénature à nouveau les conclusions de la Chambre en affirmant que « *In particular, "rallies, recruitment drives and mobilisation campaigns" can -and did- lead to both (voluntary) enlistment and (forceful) conscription* »⁵⁶. La Chambre n'a à aucun moment indiqué que les campagnes de mobilisation ont mené à la conscription forcée. Au contraire, la Chambre note dans ce contexte, au paragraphe 784 du Jugement, que « *le recrutement n'implique pas nécessairement la conscription d'enfants par la force, compte tenu de l'existence de nombreuses autres façons de persuader sans recours à la force des enfants de rejoindre « volontairement » les rangs de l'armée.* »
53. Enfin, en ce qui concerne la référence au témoignage de P-0041, la Défense souligne que la version française, langue dans laquelle le témoin a témoigné, indique que « *Mais il paraîtrait qu'il y a certains qui avaient été particulièrement recrutés dans des familles avec une certaine — comment dirais-je — que c'était une obligeance*⁵⁷. » Sur cette même question, le Procureur poursuivait: « *À l'époque où l'UPC contrôlait Bunia, y avait-il obligation de donner des garçons ?* », et P-0041 répondait « *Je ne saurais pas vraiment dire qu'il y avait... il y a quelqu'un qui demandait une obligation pour un certain recrutement; non.* »⁵⁸. Contrairement à ce qu'allègue le Procureur, cette déclaration confirme que P-0041 n'a jamais fait état de recrutement par la force au sein des FPLC.

⁵⁵ ICC-01/04-01/06-2969-Red, par.178.

⁵⁶ ICC-01/04-01/06-2969-Red, par.183.

⁵⁷ Le mot « obligeance » renvoie à la volonté de rendre spontanément un service mais ne suppose aucune obligation.

⁵⁸ T-125-CONF-FRA-CT, p.68, lignes 13-16.

- Sur le crime de participation active aux hostilités

54. Contrairement à ce que laisse sous-entendre le Procureur au paragraphe 219 de sa Réponse, le témoignage de P-0028 devant la Chambre de première instance II dans l'affaire *Katanga et Ngudjolo*, et les éléments relatifs aux individus EXPURGÉ et EXPURGÉ ont tous été déposés en preuve dans la présente affaire⁵⁹.

C. Troisième moyen d'appel: Moyens d'appel relatifs à la responsabilité pénale individuelle

1 - Sur la forme de responsabilité pénale retenue par la Chambre de première instance

55. À l'instar de la Chambre de première instance, Procureur échoue à expliquer en quoi la prétendue « contribution » qu'il impute à l'Appelant caractériserait l'acte de commission prévu à l'Article 25-3-a et se distinguant, d'une part, des autres modes de participation criminelle prévus aux paragraphes b), c) et d) du même article, et d'autre part, de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques prévue à l'Article 28.
56. Comme le soulignent à juste titre le Président Fulford dans son opinion séparée et la juge Van den Wyngaert dans son opinion concordante annexée au jugement rendu dans l'affaire *Ngudjolo*⁶⁰, le recours à la théorie controversée du « contrôle sur le crime » est illégitime et source de confusion; cette théorie, qui recouvre de manière indifférenciée de multiples hypothèses de participation indirecte au crime, n'a pas été retenue par les rédacteurs du Statut; de la même manière, les décisions du TPIY citées par le Procureur sont dépourvues de pertinence en ce qu'elles sont fondées sur la notion

⁵⁹ Témoin P-0028: EVD-D01-01084 et EVD-D01-01085; EXPURGÉ et EXPURGÉ: EVD-D01-00384, p.DRC-OTP-0232-0276 et EVD-D01-00370.

⁶⁰ Opinion individuelle du Juge Adrian Fulford, par.6 ss.; Opinion concordante de Mme la Juge Christine Van den Wyngaert, ICC-01/04-02/12-4, par.5 ss.

d'entreprise criminelle commune, cette forme de responsabilité ayant été écartée par les rédacteurs du Statut⁶¹.

57. Seuls doivent prévaloir les termes clairs et précis retenus par les rédacteurs du Statut: l'Article 25-3 distingue nettement l'acte de commettre (Article 25-3-a), seul imputé à l'Appelant, de l'acte d'ordonner, de solliciter ou d'encourager (Article 25-3-b), ou de l'acte d'apporter son aide et son concours (Article 25-3-c) et enfin de l'acte de contribuer au crime « de toute autre manière » (Article 25-3-d); comme le relève à juste titre la juge Van den Wyngaert dans son opinion concordante, cette présentation des différentes formes de responsabilité conduit nécessairement à la conclusion que la responsabilité pénale pour « commission » prévue à l'Article 25-3-a suppose une participation directe au crime⁶²; elle souligne en particulier: « (...) *only those persons who are directly involved in the realisation of the material elements of a crime can be said to have jointly perpetrated it. What is required by a « direct » contribution is an immediate impact on the way in which the material elements of the crime are realised* »⁶³.
58. Il s'ensuit qu'en estimant que la forme de responsabilité prévue à l'Article 25-3-a pouvait être retenue à l'encontre de « *ceux qui, en dépit de la distance qui les sépare du lieu du crime, contrôlent ou dirigent la commission de ce dernier parce qu'ils décident si l'infraction sera commise et comment* »⁶⁴, la Chambre de première instance a commis une erreur de droit.
59. Contrairement à ce qu'indique le Procureur aux paragraphes 274 et 276, l'Appelant n'a jamais indiqué qu'il soulevait, dans le cadre de son appel, des erreurs qui n'avaient eu aucune influence sur le Jugement. L'Appelant a plutôt précisé qu'il n'allait pas traiter systématiquement de chacune de ces

⁶¹ Voir: ICC-01/04-01/06-803, par.323 et 334-335.

⁶² Opinion concordante de Mme la Juge Christine Van den Wyngaert, ICC-01/04-02/12-4, par.44.

⁶³ *Idem*, par.45-46.

⁶⁴ Jugement, par.1003.

erreurs dans le cadre de son mémoire, même si elles ont nécessairement eu un impact sur la conviction des juges⁶⁵.

2- Sur l'élément psychologique retenu par la Chambre de première instance

60. Contrairement à ce que soutient le Procureur, la Chambre de première instance a retenu la responsabilité individuelle de l'Appelant sur le fondement du « dol éventuel » pourtant clairement écarté par les rédacteurs du Statut; telle est au demeurant l'analyse développée par la juge Van den Wyngaert dans son opinion concordante annexée au jugement rendu dans l'affaire *Ngudjolo*⁶⁶; celle-ci souligne en particulier: « *the Statute does not contain a form of criminal responsibility that is based on the mere acceptance of a risk that a crime might occur as the consequence of personal or collective conduct.* »⁶⁷.
61. Enfin, s'agissant des faits allégués par le Procureur, l'affirmation selon laquelle le premier ordre de démobilisation aurait été édicté deux semaines avant la visite de l'Appelant au camp de Rwampara en février 2003 est inexacte⁶⁸. En effet, dès le 21 octobre 2002, l'Appelant écrivait au Chef d'État-major général des FPLC aux fins d'interdire l'enrôlement de mineurs dans les FPLC⁶⁹.

Caractère confidentiel de la présente réplique

62. La Défense dépose la présente réplique sous forme confidentielle afin de ne pas révéler l'identité de témoins protégés par la Cour, conformément à l'Article 68. La Défense entend déposer sous peu une version publique expurgée.

PAR CES MOTIFS, PLAISE À LA CHAMBRE D'APPEL

⁶⁵ ICC-01/04-01/06-2948, par. 339.

⁶⁶ Opinion concordante de Mme la Juge Christine Van den Wyngaert, ICC-01/04-02/12-4, par.36 ss.

⁶⁷ *Idem*, par.39.

⁶⁸ ICC-01/04-01/06-2969, par.306.

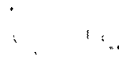
⁶⁹ EVD-OTP-00696.

PRENDRE ACTE des présentes observations ;

DÉCLARER irrecevable la lettre du 30 janvier 2013 des autorités congolaises ;

Et

ACCUEILLIR les Appels de la Défense.



Me Catherine Mabilie, Conseil Principal

Fait le 28 février 2013, à La Haye