

**Cour
Pénale
Internationale**



**International
Criminal
Court**

Original : français

N° : ICC-01/04-02/12
Date : 23 octobre 2013

LA CHAMBRE D'APPEL

Composée comme suit : M^{me} la juge Sanji Mmasenono Monageng, Président
M. le juge Sang-Hyun Song
M. le juge Cuno Tarfusser
M. le juge Erkki Kourula
M^{me} la juge Ekaterina Trendafilova

SITUATION EN RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO
AFFAIRE LE PROCUREUR
c. MATHIEU NGUDJOLO CHUI

PUBLIC EXPURGE

Avec Annexes A, B, C et D confidentielles

**CORRIGENDUM DU MÉMOIRE DE LA DÉFENSE DE MATHIEU NGUDJOLO EN
RÉPONSE À « PROSECUTION'S DOCUMENT IN SUPPORT OF APPEAL
AGAINST THE "JUGEMENT RENDU EN APPLICATION DE L'ARTICLE 74 DU
STATUT" » (ICC-01/04-02/12-39-CONF-EXP)**

Origine : Équipe de Défense de Mathieu Ngudjolo

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

Le Bureau du Procureur

Mme Fatou Bensouda
M. Fabrizio Guariglia

Le conseil de la Défense de M.Ngudjolo

Me Jean Pierre Kilenda Kakengi Basila
Professeur Jean-Pierre Fofé

Les représentants légaux des victimes

Me Fidel Nsita Luvengika
Me Jean-Louis Gilissen

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

M. Herman von Hebel

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

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	5
TITRE LIMINAIRE.....	8
PROLEGOMENES : INCONSTANCE ET INCOHERENCE DE LA DEMARCHE DU PROCUREUR.....	8
I. Abstention de faire une demande d'autorisation d'interjeter appel contre la Décision portant disjonction des charges entre les deux accusés.....	9
II. Ralliement explicite et inconditionnel à la Décision relative à la disjonction des charges entre les deux accusés	10
III. Mise en place d'une double stratégie contraire à la saisine de la Chambre de première instance II	12
TITRE PREMIER : DE LA VIOLATION DE LA NORME D'ADMINISTRATION DE LA PREUVE	13
I. Fondement philosophique du critère de la preuve au-delà de tout doute raisonnable ..	13
II. Exposé du premier moyen d'appel et sa réfutation par la Défense.....	19
A. Réfutation des quatre exemples énoncés dans le Mémoire du Procureur de l'application stricte de la norme d'administration de la preuve	21
1. Témoin P-317	22
2. Témoin D02-176	25
3. Attaque de Bunia du 6 mars 2003.....	27
4. Conclusions générales	28
III. Vide probatoire béant et persistant du dossier du Procureur.....	29
IV. Propos sur l'imputation alléguée de création par la Chambre de première instance II d'un doute artificiel ayant permis d'acquitter Ngudjolo au lieu d'un doute raisonnable.....	38
A. Les critiques de la Chambre de première instance II contre l'enquête du Procureur	39
B. Les critiques de la Défense contre l'enquête du Procureur	41
TITRE DEUXIÈME : DE LA VIOLATION ALLÉGUÉE DU DÉFAUT DE PRISE EN CONSIDÉRATION PAR LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE II DE L'ENSEMBLE DES PREUVES ET DES FAITS	43
I. Considérations introductives	43
II. Exposé du deuxième moyen d'appel du Procureur.....	53
III. Réfutation du deuxième moyen d'appel du Procureur.....	53
A. En ce qui concerne la mauvaise évaluation prétendue de la seule preuve documentaire présentée par le Procureur : la <i>Lettre Savon</i>	53
1. L'irrecevabilité de ce moyen.....	54
2. Le caractère infondé de ce moyen.....	55
B. En ce qui concerne la mauvaise évaluation prétendue des témoins du Procureur	61
1. Le cas du témoin P-250	61
1.1. P-250 : étudiant ou milicien ?	63
1.1.1. La corroboration prétendue du témoignage de P-250 par les témoins de la Défense.....	64
1.1.2. L'authentification des bulletins scolaires de P-250	65
1.2. Analyse des éléments de preuve prétendument corroboratifs des témoins de l'Accusation	67

2. Le cas du témoin P-28	72
3. Les cas des témoins P-279 et P-280	73
4. Les prétendus aveux rapportés par P-317, P-219, P-12 et P-160	74
4.1. P-317	74
4.2. P-219	78
4.3. P-12 et P-160	79
5. A propos de l'exclusion de la prétendue preuve par ouï-dire	81
C. En ce qui concerne le défaut allégué de la Chambre II de considérer l'ensemble de la preuve	83
IV. Remarques finales sur le Titre Deuxième	87
TITRE TROISIEME : DE LA VIOLATION ALLEGUEE PAR LE PROCUREUR DE SON DROIT AU PROCES EQUITABLE PREVU A L'ARTICLE 64(2) DU STATUT DE ROME	
I. Exposé du troisième moyen d'appel du Procureur	94
II. Réfutation du troisième moyen d'appel du Procureur	95
A. Le droit au procès équitable ne constitue pas pour le Procureur un motif d'appel d'un jugement rendu en vertu de l'article 74 du Statut.	96
B. Le contentieux des écoutes téléphoniques de Mathieu Ngudjolo a acquis force de la chose jugée pour avoir été vidé par des décisions antérieures irrévocables de la Chambre de première instance II	97
1. Le cadre historico-judiciaire du contentieux des écoutes téléphoniques	98
2. Le contentieux des écoutes téléphoniques a été définitivement clos avant le jugement d'acquiescement	114
C. Le contenu des écoutes téléphoniques n'a jamais fait l'objet d'un débat contradictoire entre les parties et les participants devant la Chambre de première instance II et ne constitue pas « une preuve produite et examinée au procès » aux termes de l'article 74(2) du Statut	116
D. Le souci de traitement équitable de toutes les parties et de tous les participants a été une constante de l'activité judiciaire de la Chambre de première instance II	121
1. En ce qui concerne l'erreur alléguée de la Chambre de première instance II de prendre des mesures allant au-delà des exigences minimales afin de protéger l'intégrité de ses propres procédures	125
2. En ce qui concerne l'erreur alléguée tenant au refus par la Chambre de première instance II de contester la preuve de la Défense et de réhabiliter ses propres témoins	128
3. En ce qui concerne le refus opposé au Procureur par la Chambre de première instance II d'accéder aux écoutes téléphoniques et d'utiliser les rapports analysant les écoutes téléphoniques	129
4. En ce qui concerne le rejet par la Chambre de première instance II de la demande du Procureur de rafraîchir la mémoire du témoin P-250 et de lui poser des questions suggestives	129
5. Les décisions de la Chambre n'ont pas violé le droit du Procureur à un procès équitable au sens de l'article 64(2)	130
CONCLUSION	143

INTRODUCTION

1. La position du Procureur (ci-après « Procureur », « Accusation ») est demeurée invariable comme si le procès n'avait jamais eu lieu. En effet, le Procureur depuis ses enquêtes préliminaires et même jusqu'après l'acquittement de Mathieu Ngudjolo Chui (ci-après « acquitté », « Ngudjolo »)¹, sans aucun égard tant aux dispositions légales qui régissent son activité en matière d'enquêtes et de poursuite², qu'à celles qui garantissent le procès équitable, s'est déjà forgé une conviction homéostatique : l'acquitté est coupable de tous les crimes mis à sa charge au-delà de tout doute raisonnable³.

2. Fort de la jonction des deux affaires Katanga et Ngudjolo acquise au grand dam de l'acquitté⁴ qui pourtant clamait son innocence dès les premières heures de son arrestation à Kinshasa, il se croit investi du pouvoir de ranger tous les organes juridictionnels de la Cour pénale internationale (ci-après « Cour ») de son côté. S'il a réussi à induire en erreur la Chambre préliminaire I (ci-après « Chambre préliminaire ») en la ralliant à sa thèse du plan commun concocté par les deux coaccusés en vue de « raser le village de Bogoro » le 24 février 2003 et en lui faisant absorber, pendant la confirmation des charges, le fait que Ngudjolo était le plus haut commandant du FNI⁵, c'était faute pour la Défense d'avoir mené des enquêtes. Confronté à l'approche méthodique de la Chambre de première instance II (ci-après « la Chambre II », « la Chambre de première instance », « le premier juge », « le juge *a*

¹ Son appel du 20 décembre 2012 contre ce jugement d'acquittement particulièrement motivé est révélateur de son acharnement injustifié.

² Voir notamment l'article 54 du Statut de Rome.

³ Les développements que la Défense consacre à la mauvaise orientation de l'enquête dans ses conclusions finales devant la Chambre de première instance II sont édifiants à ce sujet. Voir Chambre de première instance II, « Conclusions finales de Mathieu Ngudjolo », 8 novembre 2012, ICC-01/04-01/07-3265-Conf-Corr2, p.271 et suivantes (« Conclusions finales de Mathieu Ngudjolo »).

⁴ Chambre préliminaire I, « Décision relative à la jonction des affaires concernant Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui », 10 mars 2008, ICC-01/04-01/07-257-tFRA; Chambre préliminaire I, « Prosecution's Observations on the Joinder of the Cases against Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui », 14 février 2008, ICC-01/04-01/07-281 (« Prosecution's Observations on the Joinder »); Chambre préliminaire I, « Demande d'autorisation d'interjeter appel de la décision de jonction intervenue en date du 10 mars 2008 dans les affaires Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo », 17 mars 2008, ICC-01/04-01/07-328; Chambre d'appel, « Acte d'appel de la décision de jonction rendue par la Chambre préliminaire dans les causes Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo en date du 10 mars 2008 », 21 avril 2008, ICC-01/04-01/07-421; Chambre préliminaire I, « Prosecution's Response to Ngudjolo's Application for Leave to Appeal the Decision on the Decision Concerning the Issue of Joinder », 25 mars 2008, ICC-01/04-01/07-339 (« Prosecution's Response to Application for Leave to Appeal the Decision on Joinder »); Chambre préliminaire I, « Décision relative à la demande d'autorisation d'interjeter appel de la décision de jonction présentée par la Défense de Mathieu Ngudjolo Chui », 9 avril 2008, ICC-01/04-01/07-384-tFRA; Chambre d'appel, « Arrêt relatif à l'appel interjeté contre la décision de jonction des affaires concernant Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui rendue le 10 mars 2008 par la Chambre préliminaire », 9 juin 2008, ICC-01/04-01/07-573-tFRA.

⁵ Chambre préliminaire I, « Décision relative à la confirmation des charges », 26 septembre 2008, ICC-01/04-01/07-716-Conf-tFRA-Corr2 (« Décision confirmative des charges »).

quo »), il n'a pas eu de gêne à agiter la menace de relever appel du jugement au cas où ladite chambre acquitterait les deux accusés ou l'un d'entre eux⁶. Menace mise à exécution devant votre auguste Chambre (ci-après « la Chambre de céans ») en interjetant un appel frivole suspectant de partialité la Chambre de première instance II à qui il impute la violation de son prétendu droit au procès équitable et contre qui il fait grief d'avoir été un observateur passif dans la recherche de la vérité⁷. Au lieu d'invoquer des motifs démontrant précisément un ou plusieurs vices de procédure, une ou plusieurs erreurs de droit ou une ou plusieurs erreurs de fait commis par la Chambre de première instance, il verse dans la stratégie de l'émotion, tentant d'affecter les juges de la Chambre de céans.

3. Se délestant de son statut d'un des organes de la Cour⁸ qui, dans l'exercice de sa mission, doit être uniquement guidé par sa conscience et son impartialité⁹, le Procureur, telle une partie ordinaire au procès qui recherche à tout prix la noyade judiciaire de son adversaire, reste à ce jour peu soucieux de la vérité dans cette affaire de Bogoro qui a cristallisé la saisine de la Chambre de première instance II. Il s'emploie, de l'avis de la Défense, au moyen d'arguments fallacieux, à subjuguer la conviction de la Chambre de céans dans le sens, en bout de course, d'une déclaration de culpabilité de l'acquitté.

4. La Défense de Ngudjolo (ci-après « la Défense ») reste pourtant convaincue que seul le respect scrupuleux de l'équité de la procédure, l'esprit d'indépendance et l'impartialité de ses juges ont permis à la Chambre II de mettre un holà à cette chronique d'une condamnation arbitrairement annoncée par le Procureur avant même la fin des joutes prétoriennes.

5. Ayant, en effet, obtenu la confirmation des charges¹⁰ à l'encontre de l'acquitté sur base des éléments probatoires qui n'étaient nullement soumis, du point de vue de leur fiabilité, de leur pertinence et de leur crédibilité, à l'évaluation critique de la Chambre préliminaire, le Procureur espérait réitérer le même exploit devant le juge de première instance. Il s'est malheureusement heurté à sa rigueur juridique, à son esprit d'indépendance, à son impartialité et à son objectivité. La Chambre n'a pas été convaincue, au-delà de tout doute raisonnable,

⁶ Sur cette menace, lire, avec notes, Conclusions finales de Mathieu Ngudjolo, §924 -926.

⁷ Chambre d'appel, « Mémoire d'appel de l'Accusation contre le Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut », 19 mars 2013, ICC-01/04-02/12-39-Conf-Exp (Draft de la Traduction française), Troisième moyen d'appel, §140-226 (« Mémoire d'appel du Procureur »).

⁸ Article 34(c) du Statut de Rome.

⁹ Article 45 du Statut de Rome.

¹⁰ Décision confirmative des charges.

que l'acquitté était le chef de la milice lendu de Bedu-Ezekere présente à Bogoro le 24 février 2003¹¹.

6. L'embarras du Procureur de se plier à la norme d'administration de la preuve à cette étape du procès¹² était prévisible dès l'instant où le premier juge lui avait ordonné de dresser un tableau synoptique retraçant, pour chaque charge retenue par la Chambre préliminaire, les éléments de preuve y afférents¹³. Pressentant la difficulté qu'il aurait à prouver, au-delà de tout doute raisonnable, la responsabilité pénale de l'acquitté, le Procureur était allé jusqu'à menacer la Chambre II de ce qu'il irait en appel si elle osait acquitter les accusés ou l'un d'entre eux¹⁴. Il oubliait, aux termes mêmes de la Décision relative à la confirmation des charges (ci-après « Décision confirmative des charges ») qu'il avait pourtant gagnée le 26 septembre 2008, que l'évaluation finale des éléments de preuve incombait à la Chambre de première instance¹⁵. Cette évaluation des preuves a été méticuleusement faite par la Chambre II dans le respect strict des textes en vigueur devant la Cour, dans un esprit de parfaite objectivité, impartialité et équité qui gouverne l'exercice de la fonction juridictionnelle devant la haute instance pénale.

7. Le Procureur ne l'entend pas de cette oreille. Il soutient que le standard de la preuve au procès a été violé. Ngudjolo, d'après lui, n'aurait pas dû être acquitté. Estimant que son droit, à lui le Procureur, au procès équitable a été méconnu, la Chambre de céans devrait lui permettre l'accès à des éléments de preuve que lui aurait refusés le premier juge. Cet accès donné, il devrait être en mesure de solliciter la réouverture d'un nouveau procès devant une autre Chambre de première instance en vue de prouver la culpabilité de l'accusé au-delà de tout doute raisonnable. De là, le Mémoire d'appel de l'Accusation contre le Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (ci-après « Mémoire d'appel du Procureur », « Mémoire ») dont la substance se compose de trois moyens¹⁶.

¹¹ Chambre de première instance II, « Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut », 18 décembre 2012, ICC-01/04-02/12-3 (« Jugement du 18 décembre 2012 »).

¹² Article 66(3) du Statut de Rome.

¹³ Chambre de première instance II, « Ordonnance relative à la présentation d'éléments de preuve à charge et au protocole de présentation électronique des éléments de preuve », 13 mars 2009, ICC-01/04-01/07-956-tFRA.

¹⁴ Chambre de première instance II, « Document de notification des charges confirmées par la Chambre préliminaire, présenté en exécution de la Décision relative au dépôt d'un résumé des charges par le Procureur », 28 octobre 2009, ICC-01/04-01/07-1568-tFRA, §4 (« Document de notification des charges »). Lire la réaction de la Chambre lors de la Conférence de mise en état ICC-01/04-01/07-T-74-Red-FRA CT2 WT, 2 novembre 2009, p.10, l.12-25, p.11, l.1-6.

¹⁵ Décision confirmative des charges, §71.

¹⁶ Mémoire d'appel du Procureur.

8. Pour la Défense le Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut¹⁷ du 18 décembre 2012 (ci-après « le Jugement », « Jugement du 18 décembre 2012 », « Jugement d'acquiescement ») doit être confirmé dans toutes ses dispositions. Il est un chef d'œuvre de rectitude juridique, respectueux du droit applicable devant la Cour. Doté d'une motivation adéquate et suffisante, il a, contrairement à ce que veut faire croire le Procureur¹⁸, répondu à tous les arguments des parties et des participants. Il a, conformément à l'article 74(2), tenu compte de l'ensemble des procédures. Ce jugement fait corps avec un ensemble de décisions dont celle relative à la mise en œuvre de la norme 55 du Règlement de la Cour (ci-après « RC ») et prononçant la disjonction des charges portées contre les accusés (ci-après « la Décision portant disjonction des charges », « Décision de disjonction des charges », « Décision disjonctive des charges », « la Décision 3319 »)¹⁹ et celles²⁰ sur les écoutes téléphoniques frappées aujourd'hui du sceau de l'autorité de la chose jugée. Les moyens d'appel du Procureur, par voie de conséquence, devront tous être rejetés car ils sont juridiquement sans pertinence.

9. En sus de son introduction, le présent Mémoire en réponse de la Défense se subdivise en trois titres précédés d'un titre liminaire sur les prolégomènes relatifs à l'inconstance, à l'incohérence de la démarche du Procureur. Le premier titre est consacré au premier moyen d'appel du Procureur. Le deuxième titre répond au second moyen d'appel du Procureur. Enfin, le troisième titre porte sur l'analyse du troisième moyen d'appel du Procureur. Une conclusion générale finalisera tous ces développements.

TITRE LIMINAIRE

PROLEGOMENES : INCONSTANCE ET INCOHERENCE DE LA DEMARCHE DU PROCUREUR

10. Deux thèses étaient diamétralement opposées devant le premier juge. L'Accusation entendait démontrer, au-delà de tout doute raisonnable, que l'acquitté, en sa qualité de

¹⁷ Jugement du 18 décembre 2012.

¹⁸ Mémoire d'appel du Procureur, §138.

¹⁹ Chambre de première instance II, « Décision relative à la mise en œuvre de la norme 55 du Règlement de la Cour et prononçant la disjonction des charges portées contre les accusés », 21 novembre 2012, ICC-01/04-01/07-3319 (« Décision 3319 »).

²⁰ À cet effet, voir les décisions de la Chambre de première instance citées au « Titre Troisième » du présent Mémoire.

commandant du FNI de Zumbe, et Germain Katanga (ci-après « Katanga ») comme président du FRPI, avaient élaboré un plan commun en vue de raser le village de Bogoro le 24 février 2003²¹. La Défense, elle, était déterminée à prouver l'exclusion de toute connivence criminelle entre les coaccusés et l'innocence de son client.

11. Pendant le procès, tout l'investissement du Procureur allait dans le sens de la démonstration de sa théorie du plan commun. Dans le respect des règles du contradictoire, chaque partie et chaque participant ont pu présenter leur cause devant la Chambre II. Les conclusions écrites et orales des parties ont été régulièrement reçues. L'affaire a été prise en délibéré le 23 mai 2012²².

12. Le 21 novembre 2012, la Chambre II a prononcé sa Décision portant disjonction des charges, informant ainsi les parties que le mode de responsabilité retenu à l'encontre de Katanga était susceptible d'être requalifié par la mise en œuvre de la norme 55 du RC²³.

13. Le 18 décembre 2012, la Chambre II a acquitté Mathieu Ngudjolo²⁴.

14. Depuis, la Défense constate, dans le chef du Procureur, une logique de rupture avec sa théorie du plan commun entre les coaccusés. Trois éléments non équivoques permettent de la caractériser, à savoir : son abstention de solliciter l'autorisation d'interjeter appel de la Décision 3319 ; sa campagne de neutralisation de l'appel de Katanga contre la Décision 3319 et, enfin, son ralliement explicite et inconditionnel à la Décision 3319. Depuis, il a mis en place une double stratégie contraire à la saisine du premier juge.

I. Abstention de faire une demande d'autorisation d'interjeter appel contre la Décision portant disjonction des charges entre les deux accusés

15. En n'ayant pas, contrairement à M. Katanga²⁵, sollicité l'autorisation de relever appel de ladite Décision 3319, le Procureur y a acquiescé. Il s'y est même explicitement rallié.

²¹ ICC-01/04-01/07-T-80-FRA CT WT, 24 novembre 2009, p.34, l.20-25, p.35, l.1.

²² Sur l'historique de l'affaire, lire Jugement du 18 décembre 2012, p.12 à 18.

²³ Décision 3319.

²⁴ Jugement du 18 décembre 2012.

²⁵ Chambre de première instance II, *Le Procureur c. Germain Katanga*, « Décision relative à la requête de la Défense aux fins d'autorisation d'interjeter appel de la décision 3319 », 28 décembre 2012, ICC-01/04-01/07-3327-tFRA (« Décision de la Chambre II en autorisation d'appel de la Décision 3319 ») ; Chambre d'appel, *Le*

II. Ralliement explicite et inconditionnel à la Décision relative à la disjonction des charges entre les deux accusés

16. Le 8 avril 2013, le Procureur a présenté une note d'observations sur l'article 25(3)(d) du Statut de Rome (ci-après « le Statut », « Statut de Rome ») à la Chambre II²⁶. Cette note est plus qu'une adhésion inconditionnelle à la motivation adéquate de la Décision 3319. Plus qu'une adhésion, elle doit s'analyser aussi comme une méconnaissance regrettable du droit de Monsieur Katanga à la présomption d'innocence tant elle conclut déjà, alors que cet accusé doit d'abord se défendre sur pied du nouveau mode de responsabilité envisagé conformément à la norme 55 du RC, à sa culpabilité « au-delà de tout doute raisonnable »²⁷.

17. A bien la scruter, cette note d'observations tourne résolument le dos à la théorie du plan commun entre Ngudjolo et Katanga pour raser le village de Bogoro que le Procureur, à l'ouverture du procès, s'était engagé à démontrer au-delà de tout doute raisonnable²⁸. Elle est un renoncement explicite à sa théorie du plan commun entre les deux accusés. Cela est d'autant plus compréhensible que le Procureur n'a pas daigné solliciter l'autorisation d'interjeter appel contre cette Décision disjonctive des charges.

18. Bien plus, la Chambre II ayant déjà acquitté Ngudjolo, le Procureur ne peut plus rien attendre d'elle dans le sens de juger encore les deux accusés pour leur plan commun sur le fondement de l'article 25(3)(a) du Statut de Rome. Tel est le sens de la disjonction en droit, la Chambre ayant voulu faire l'économie de toute contrariété des décisions judiciaires à intervenir entre les deux accusés.

19. La nature interlocutoire de la Décision 3319 est indubitable. Le Procureur, qui s'était pourtant battu, devant la Chambre préliminaire, pour obtenir la jonction des causes Katanga et Ngudjolo²⁹, aurait pu, selon toute vraisemblance, rester fidèle à sa logique de la thèse du plan

Procureur c. Germain Katanga, « Defence's Document in Support of Appeal Against the Decision on the implementation of regulation 55 of the Regulations of the Court and severing the charges against the accused persons », 10 janvier 2013, ICC-01/04-01/07-3339.

²⁶ Chambre de première instance II, *Le Procureur c. Germain Katanga*, « Prosecution's observations on Article 25(3)(d) », 8 avril 2013, ICC-01/04-01/07-3367 (« Prosecution's observations on Article 25(3)(d) »).

²⁷ *Idem*, §71.

²⁸ ICC-01/04-01/07-T-80-FRA CT WT, 24 novembre 2009, p.23-42.

²⁹ Prosecution's Observations on the Joinder ; Prosecution's Response to Application for Leave to Appeal the Decision on Joinder ; Chambre d'appel, « Prosecution Response to Defence Document in Support of Appeal against Decision on the Joinder of Cases », 28 avril 2008, ICC-01/04-01/07-455.

commun et lutter par tous les moyens de droit pour le maintien de cette jonction. Il ne l'a pas fait. Il a acquiescé à la Décision 3319 qui vient même d'être irrévocablement consacrée par la Chambre d'appel le 27 mars 2013 par le rejet de l'appel interjeté par Katanga³⁰. Par quel mécanisme juridique, dès lors, le Procureur pourra-t-il encore obtenir la condamnation des deux accusés en se fondant sur l'article 25(3)(a) ? En parcourant les vingt-six pages de la note d'observations du Procureur sur l'article 25(3)(d)³¹, le nom de Ngudjolo n'est cité qu'une ou deux fois, juste pour rappeler l'appel interjeté contre son acquittement du 18 décembre 2012. Tout l'investissement juridico-littéraire du Procureur, dans cette note, reste focalisé sur sa démonstration de la réunion des conditions de l'article 25(3)(d) dans le chef de Katanga. Éloquente à cet égard sa conclusion à la page 26 :

71. The Prosecution submits that the evidence in the record of the case meets all the legal requirements of Article 25(3)(d)(ii). Accordingly, if the Chamber was to recharacterise the charges, the Prosecution submits that it has proven beyond reasonable doubt the guilt of Germain Katanga also pursuant to the mode of liability of Article 25(3)(d)(ii).³²

20. Pour corser son analyse des éléments constitutifs de la responsabilité pénale de Katanga sur pied de l'article 25(3)(d), le Procureur opte pour une approche inclusive du témoignage de cet accusé intégrant en réalité ses aveux dans la participation à l'attaque de Bogoro issue de sa « contribution notable » au plan élaboré par le gouvernement congolais pour le délogement forcé de l'UPC de ce village. Or, le témoignage de M. Katanga est exclusif de toute contribution de Ngudjolo à la réalisation dudit plan et à l'exécution de ladite attaque³³. Et le Procureur, nulle part, n'a contesté la crédibilité de M. Katanga dans son récit de l'attaque de Bogoro.

21. En optant ainsi pour l'analyse faite par la Chambre II en vue de la requalification du mode de responsabilité désormais défini contre Katanga, en réalité, le Procureur met *ipso facto* Ngudjolo hors cause et considère, à l'instar du premier juge, qu'il n'est nullement associé de près ou de loin à l'attaque litigieuse. Toute conviction contraire, de sa part, aurait

³⁰ Chambre d'appel, *Le Procureur c. Germain Katanga*, « Judgment on the appeal of Mr Germain Katanga against the decision of Trial Chamber II of 21 November 2012 entitled "Decision on the implementation of regulation 55 of the Regulations of the Court and severing the charges against the accused persons" », 27 mars 2013, ICC-01/04-01/07-3363 (« Judgement on the Appeal against Decision 3319 »).

³¹ Prosecution's observations on Article 25(3)(d).

³² *Idem*.

³³ Chambre de première instance II, « Second Corrigendum to the Defence Closing Brief », 23 avril 2012, ICC-01/04-01/07-3266-Conf-Corr2, §1205 (« Conclusions finales de Germain Katanga »).

entraîné son opposition à la disjonction des charges issue de la Décision 3319. Dès lors, son appel contre le Jugement d'acquittement du 18 décembre 2012 ne peut que relever d'un manque de cohérence dû à son acharnement judiciaire injustifié contre l'acquitté à l'encontre de qui font défaut des preuves solides de son implication à la conception et à l'exécution du plan d'attaque de Bogoro, les éléments de preuve ayant été produits à cet égard s'étant avérés des plus contradictoires, incohérents, inconsistants et, partant, inaptes à convaincre la Chambre II de sa culpabilité au-delà de tout doute raisonnable.

22. A l'instar de toute action en justice, l'appel doit notamment réunir le critère de l'intérêt, celui-ci étant la mesure des actions³⁴. Le Procureur manque d'intérêt pour attaquer un jugement qui était déjà prévisible dans la Décision interlocutoire portant disjonction des charges. Son acquiescement à cette dernière lui ôte tout intérêt pour contester le Jugement du 18 décembre 2012 qui n'était que la conclusion logique de la disjonction des charges entre les coaccusés intervenue le 21 novembre 2012. Son ralliement inconditionnel à cette dernière ne lui permet aucune ressource juridique pour la contestation de l'acquittement prononcé. Il n'est plus juridiquement fondé à remettre en selle sa désormais désuète théorie de la coaction indirecte fondée sur l'article 25(3)(a) littéralement balayée par la décision précitée au soutien de laquelle il vient de contribuer par sa note d'observations susvisée.

23. La Défense rappelle à la suite de M. Laurent Trigeaud que l'article 83 du Statut de Rome s'applique seulement aux appels sur la culpabilité ou la peine³⁵. En effet, le titre de l'article 81 du Statut réfère seulement à « une décision sur la culpabilité ou la peine ». Cependant, l'alinéa 81(3)(c) traite de l'acquittement. Certaines juridictions, particulièrement de *common law*, sont réticentes à accorder au Procureur le droit d'appel puisque ces appels sont perçus comme violant la règle contre la double incrimination³⁶.

III. Mise en place d'une double stratégie contraire à la saisine de la Chambre de première instance II

³⁴ M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, Bruxelles, Larcier, 2009, p.913.

³⁵ L. TRIGEAUD, « Article 83 » in *Statut de Rome de la Cour pénale internationale – Commentaire article par article*, Paris, Éditions Pedone, 2012, p.1760.

³⁶ H. BRADY et M. JENNINGS, « Appeal and Revision » in Roy S. Lee (ed), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*, La Haye, Kluwer Law International, 2002, p.297.

24. Depuis son adhésion sans réserves à la Décision de disjonction des charges, le Procureur adopte désormais une double stratégie. La première consiste à continuer ses poursuites contre Ngudjolo sur pied de l'article 25(3)(a). La seconde concentre ses poursuites contre Katanga sur le fondement de l'article 25(3)(d). Le Procureur ne peut, dans une même cause, opter pour une double stratégie. C'est une stratégie inacceptable.

25. Eu égard à ce qui précède, son appel interjeté le 20 décembre 2012 doit en principe encourir la sanction judiciaire de l'irrecevabilité pour défaut manifeste d'intérêt. Mais si, par extraordinaire impossible, la Chambre de céans recevait tout de même cet appel, Elle le dira non fondé pour les raisons ci-dessous développées.

26. Le Mémoire d'appel du Procureur articule trois moyens contre le Jugement d'acquiescement du 18 décembre 2012, à savoir : la violation de la norme d'administration de la preuve au procès (Titre premier) ; le défaut de prise en considération de la totalité de la preuve (Titre deuxième) et la violation du droit au procès équitable du Procureur (Titre troisième). La Défense entend les rencontrer tous les trois.

TITRE PREMIER : DE LA VIOLATION DE LA NORME D'ADMINISTRATION DE LA PREUVE

27. La norme d'administration de la preuve au procès est prescrite par l'article 66(3) du Statut aux termes duquel l'accusé ne peut être condamné que si la Chambre est convaincue de sa culpabilité au-delà de tout doute raisonnable. Après avoir ressorti la teneur philosophique de cette norme (I), nous porterons notre attention sur la manière dont la Chambre II en a fait application dans le jugement litigieux (II). Seront également mis en évidence le vide probatoire béant et persistant du dossier du Procureur (III) et la critique sur l'imputation alléguée de création par la Chambre de première instance II d'un doute artificiel ayant permis d'acquiescer Ngudjolo (IV).

I. Fondement philosophique du critère de la preuve au-delà de tout doute raisonnable

28. La réussite de l'action publique internationale reste tributaire de la solidité des éléments de preuve qu'apporte l'Accusation au procès.

29. La preuve judiciaire a pour but de convaincre le tribunal de l'existence ou de l'inexistence d'un fait. Elle désigne les moyens par lesquels le tribunal est amené à statuer sur le bien fondé d'une allégation ou d'une prétention. « "Prouver, c'est faire approuver", écrivait Lévy-Bruhl (1964), sachant que le tribunal doit rendre un jugement dans un sens ou dans l'autre. »³⁷ « La preuve judiciaire s'inscrit dans une procédure. Elle met en jeu divers dispositifs, notamment l'attribution de la *charge de la preuve* et le *degré de preuve* requis de celui qui a la charge. »³⁸ En matière pénale, le Procureur assume la charge de la preuve, mais non son appréciation qui, elle, revient au seul tribunal. Le degré de la preuve « correspond à la force probante requise par le tribunal pour donner raison à la partie qui a la charge de la preuve. [...] Dans une procédure pénale, la norme est celle de la *preuve hors de tout doute raisonnable*, une exigence très forte »³⁹.

30. Prouver au-delà de tout doute raisonnable signifie prouver sans équivoque, tout doute devant profiter à l'accusé. Le Procureur, au moment où il soutient son action, doit s'astreindre, en toute objectivité, à présenter à la Chambre des éléments de preuve précis, consistants, cohérents et crédibles qui doivent fonder celle-là à statuer sur le sort de l'accusé de manière non dubitative. Aucun doute raisonnable ne peut être permis. Cela découle de la présomption d'innocence qui est un principe cardinal en droit pénal, toute personne étant, selon l'article 66(1) du Statut, présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie devant la Cour conformément au droit applicable. Aux termes de ce même article au point 2, c'est au Procureur qu'il incombe de prouver la culpabilité de l'accusé. Tout comme, l'article 67(1)(i) énonce spécifiquement que l'accusé ne peut « se voir imposer le renversement du fardeau de la preuve ni la charge de la réfutation ». Le niveau de la preuve évolue, devient de plus en plus strict à chaque étape de la procédure⁴⁰. En effet, de simples soupçons à sa naissance, la

³⁷ C. FLUET, « L'économie de la preuve judiciaire », *Centre Interuniversitaire sur le Risque, les Politiques Économiques et l'Emploi*, janvier 2011, en ligne :

<http://www.cirpee.org/fileadmin/documents/Cahiers_2011/CIRPEE11-02.pdf>, p.1 (« FLUET »).

³⁸ *Idem*, p.2.

³⁹ *Idem*, p.3.

⁴⁰ Chambre d'appel, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, « Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision de la Chambre préliminaire I intitulée 'Décision fixant les principes généraux applicables aux demandes de restriction à l'obligation de communication introduites en vertu des règles 81-2 et 81-4 du Règlement de procédure et de preuve' », 13 octobre 2006, ICC-01/04-01/06-568-tFRA, §56 : « [...] Les mesures tendant à l'engagement de poursuites peuvent, pour leur part, être prises au cours de l'enquête : aux termes de l'article 58-1 du Statut, un mandat d'arrêt peut être délivré « [à] tout moment après l'ouverture d'une enquête » dès lors qu'au vu de la requête du Procureur, la Chambre préliminaire est convaincue notamment qu'il y a « des motifs raisonnables de croire que [la] personne a commis un crime relevant de la compétence de la Cour ». La Chambre préliminaire peut conclure à l'existence de tels « motifs raisonnables » avant même la conclusion des enquêtes, si les éléments de preuve ou les autres renseignements soumis par le Procureur sont suffisants. Dans le même ordre d'idées, la norme d'administration de la preuve applicable à l'audience de confirmation des charges

preuve pénale n'arrive à maturité, c'est-à-dire, ne devient apte à provoquer la condamnation du prévenu ou de l'accusé que lorsque les soupçons se muent en preuves au-delà de tout doute raisonnable. Le processus est cependant long et laborieux. Et toute l'œuvre de l'organe de poursuite consiste à élever ces soupçons, puis les indices graves et concordants, puis encore les indices sérieux de culpabilité, au niveau de preuves au-delà de tout doute raisonnable. Prouver la culpabilité de l'accusé au-delà de tout doute raisonnable revient à convaincre les juges non pas sur la probabilité de la culpabilité de l'accusé, mais sur l'inexistence de doute raisonnable sur la culpabilité de celui-ci. La preuve ne se limite pas qu'à une démonstration, elle exige une démonstration logique, cohérente et qui possède une force de conviction.

31. Applicable dans d'autres tribunaux internationaux comme au TPIY, au TPIR et au TSSL, cette règle impose la condamnation de l'accusé lorsque la Chambre est convaincue de sa culpabilité au-delà de tout doute raisonnable. Faisant application de cette norme, dans l'affaire *Delalić*, la Chambre de première instance a conclu :

601. Le principe général que l'on peut tirer de cette rapide analyse de la jurisprudence et que la Chambre de première instance doit suivre est que l'Accusation, est tenue, en droit, de prouver les allégations pesant contre les accusés au-delà de tout doute raisonnable. Si, à l'issue de ce procès, cette preuve de sa culpabilité n'est pas faite, l'accusé doit être acquitté au bénéfice du doute.⁴¹

32. Toujours dans l'affaire *Delalić*, la Chambre d'appel a conclu à la condamnation de l'accusé en cas de réunion d'un faisceau de présomptions seulement si la conclusion à laquelle elle aboutit est la seule raisonnable possible :

[...] Cette conclusion doit être la seule raisonnable possible. Si une autre conclusion peut être raisonnablement tirée des éléments de preuve et qu'elle n'exclut pas l'innocence de l'accusé, celui-ci doit être acquitté.⁴²

(« motifs substantiels », article 61-7 du Statut) est moins stricte que celle exigée pour une déclaration de culpabilité (« au-delà de tout doute raisonnable », article 66-3 du Statut) et il peut y être satisfait avant la fin de l'enquête. »

⁴¹ TPIY, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Delalić et al.*, IT-96-21-T, « Jugement », 16 novembre 1998, §601 (« Jugement Delalić »).

⁴² TPIY, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Delalić et al.*, IT-96-21-A, « Arrêt », 20 février 2001, §458 (« Arrêt Delalić ») : « Un faisceau de présomptions est constitué d'un certain nombre d'indices qui, pris ensemble, porteraient à conclure à la culpabilité de l'accusé, parce qu'ils ne sont habituellement réunis que lorsque ce dernier a fait ce qui lui est reproché, à savoir en l'espèce participé au deuxième passage à tabac de Gotovac. Pareille conclusion doit être établie au-delà de tout doute raisonnable. Il ne suffit pas que les moyens de preuve permettent raisonnablement de conclure ainsi. Cette conclusion doit être la *seule* raisonnable possible. Si une autre conclusion peut être raisonnablement tirée des éléments de preuve et qu'elle n'exclut pas l'innocence de

33. La Chambre d'appel est pour une application large de ce critère qui doit être étendu à l'examen de tous les faits devant constituer le fondement du prononcé de la culpabilité. C'est pour cette raison qu'elle a précisé que chaque élément constitutif de chaque crime doit être prouvé au-delà de tout doute raisonnable⁴³, chaque fait sur la base duquel s'appuie la condamnation doit être prouvé au-delà de tout doute raisonnable⁴⁴ et chaque élément de toutes les formes de responsabilité présentes dans les charges doit aussi être prouvé au-delà de tout doute raisonnable⁴⁵.

34. Dans une récente décision du TPIY, les juges ont statué que :

7. [...] The burden of proof remains with the Prosecution throughout the trial. An accused must be acquitted if there is any reasonable explanation of the evidence other than the guilt of the accused. In making findings, the Trial Chamber applied the standard of proof that it had to be convinced beyond a reasonable doubt. The Trial Chamber notes that in many instances the evidence suggested a conclusion which seemed to be very likely. However, in keeping with the applicable standard of proof the Trial Chamber strictly examined whether such conclusion as the only reasonable one.⁴⁶

35. Pour la doctrine⁴⁷, le concept de preuve au-delà de tout doute raisonnable ne peut se comprendre comme un concept de « probabilité » ; un accusé ne peut être condamné parce qu'il est plus probable qu'improbable qu'il ait commis les faits qui lui sont reprochés. Le test

l'accusé, celui-ci doit être acquitté. » ; voir aussi TPIR, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Ntagerura et al.*, ICTR-99-46-A, « Arrêt », 7 juillet 2006, §304 (« Arrêt Ntagerura »).

⁴³ TPIY, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Stakić*, IT-97-24-A, « Arrêt », 22 mars 2006, §219 : « Une Chambre de première instance ne peut déclarer un accusé coupable d'un crime que si l'Accusation a établi, au-delà de tout doute raisonnable, chacun des éléments constitutifs de ce crime (compte tenu de la forme de responsabilité alléguée). C'est vrai, que les preuves soient directes ou indirectes. »

⁴⁴ Arrêt Ntagerura, §175 : « La Chambre d'appel rappelle que le principe de la présomption d'innocence veut que chaque fait qui fonde la condamnation de l'accusé soit prouvé au-delà de tout doute raisonnable. La Chambre d'appel est d'accord avec l'argument du Procureur selon lequel « [si à] la fin de la cause, les faits qui sont essentiels à la culpabilité font encore l'objet de doutes sans être soutenus par d'autres faits [cela] produira un doute dans l'esprit de la Chambre quant à savoir si la preuve a été fournie au-delà de tout doute »³⁵⁸. Ainsi, faute de rapporter la preuve de l'un des maillons de la chaîne au-delà de tout doute raisonnable, la chaîne ne pourra justifier une déclaration de culpabilité. » Voir aussi TPIY, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Blagojević et Jokić*, IT-02-60-A, « Arrêt », 9 mai 2007, §226 (« Arrêt Blagojević »).

⁴⁵ Arrêt Blagojević, §226 ; Arrêt Ntagerura, §175.

⁴⁶ TPIY, Chambre de première instance I, *Le Procureur c. Stanišić et al.*, IT-03-69-T, « Judgement », 30 mai 2013, §7 (« Jugement Stanišić »).

⁴⁷ J. JONES et S. POWLES, *International Criminal Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p.722, §8.5.613 (« JONES et POWLES »).

est celui de savoir s'il existe un doute raisonnable, c'est-à-dire justifié par une raison qui n'est pas fantaisiste. Si un tel doute existe, l'accusé devra alors être acquitté.

36. Karim Khan, Caroline Buisman et Christopher Gosnell nous informent que les juridictions américaines et canadiennes ont adopté une définition proche de celles des droits anglais, australien et du TPIY. La preuve apportée par le Procureur, expliquent ces auteurs, doit avoir convaincu fermement le juge ou le jury de la culpabilité de l'accusé et, inversement, après avoir examiné l'ensemble des éléments de preuve, le juge ou le jury ne doit pas pouvoir dire, en toute conscience, qu'il n'est pas convaincu de la véracité des charges⁴⁸.

37. De même, parlant de la qualité de la preuve, Éric David enseigne que :

En pratique, les Chambres s'appuient cependant sur une preuve qui va « au-delà de tout doute raisonnable », c.-à-d. une preuve telle que les éléments susceptibles d'écarter la conviction du juge conduisent à dire « c'est bien entendu possible, mais pas le moins du monde probable ». Il suffit dès lors à la défense, pour réfuter la culpabilité de l'accusé, « de produire des éléments de nature à jeter un doute raisonnable » sur la thèse de l'accusation, car *in dubio pro reo* – un adage qui, selon certains, s'applique tant aux questions de fait qu'aux questions de droit.⁴⁹

Selon le principe *in dubio pro reo*, tout doute ou d'ambiguïté raisonnable profite à l'accusé⁵⁰.

38. Dans l'affaire *Delalić*, la Chambre de première instance a davantage précisé le niveau de preuve qui s'imposait à la Défense :

603. La règle est que, alors que l'Accusation est tenue de prouver au-delà de tout doute raisonnable les allégations qu'elle a formulées, l'accusé doit prouver les points soulevés en administrant des preuves plus convaincantes. L'accusé est seulement tenu de produire des éléments de preuve de nature à jeter un doute raisonnable quant à la véracité de sa version s'ils emportent la conviction et s'ils ne sont pas réfutés. Les éléments de preuve devraient suffire à suggérer une possibilité raisonnable. En tout état de cause **si**, à l'issue du procès, **il subsiste le moindre doute quant au bien-**

⁴⁸ K. KHAN, C. BUISMAN et C. GOSNELL, *Principle of evidence in international criminal justice*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p.654 (« KHAN et al. »).

⁴⁹ É. DAVID, *Éléments de droit pénal international et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p.858 avec notes bibliographiques.

⁵⁰ TPIY, Chambre de première instance I, *Le Procureur c. Blagojević et Jokić*, IT-02-60-T, « Jugement », 17 janvier 2005, §18 ; TPIY, Chambre de première instance I, *Le Procureur c. Perišić*, IT-04-81-T, « Jugement », 6 septembre 2011, §24.

fondé des accusations portées contre l'accusé, celui-ci a droit au bénéfice et à l'acquittement.⁵¹

(souligné par la Défense)

39. Le critère de la preuve au-delà de tout doute raisonnable, dans l'espace juridique européen, est d'un usage fréquent lorsque la Commission et la Cour européennes contrôlent les violations de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*. Paul Tavernier relève que :

Plusieurs affaires concernent le principe de la présomption d'innocence énoncé au paragraphe 2 de l'article 14 : « Toute personne accusée d'une infraction pénale est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie ». Le Comité a adopté une conception large de ce principe dans ses observations générales : « Nul ne peut être présumé coupable tant que l'accusation n'a pas été établie au-delà de tout doute raisonnable. En outre, la présomption d'innocence implique le droit d'être traité conformément à ce principe. C'est donc un devoir pour toutes les autorités politiques de s'abstenir de préjuger de l'issue d'un procès », formulation qui peut couvrir les autorités judiciaires mais aussi les autorités administratives et politiques.⁵²

40. Quant au fardeau de la preuve, la jurisprudence du TPIY est nettement établie. Il reste à la charge du Procureur⁵³. L'article 66(2) du Statut de Rome stipule qu'« [i]l incombe au Procureur de prouver la culpabilité de l'accusé ». Ce fardeau de la preuve ne peut pas être renversé.

41. Finalement, « [l]a Chambre d'appel ne substituera sa propre conclusion à celle de la Chambre de première instance que lorsque aucun juge du fait n'aurait pu raisonnablement aboutir à la conclusion tirée en première instance. [...] la Chambre d'appel "ne modifie pas à la légère les constatations faites en première instance". La Chambre d'appel rappelle que

⁵¹ Jugement Delalić, §603.

⁵² P. TAVERNIER, « Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence du comité des droits de l'homme des Nations Unies », (1996) 25 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 3, p.12 (« TAVERNIER »).

⁵³ TPIY, Chambre de première instance II, *Le Procureur c. Limaj et al.*, IT-03-66-T, « Jugement », 30 novembre 2005, §10 ; TPIY, Chambre de première instance I, *Le Procureur c. Haradinaj et al.*, IT-04-84-T, « Jugement », 3 avril 2008, §7 .

l'appel ne donne pas lieu à un procès *de novo* »⁵⁴. Or, force est de constater que le Jugement querellé a été rendu à l'unanimité par trois (3) juges de la Chambre de première instance.

42. Examinons à présent l'application alléguée par le Procureur (motif 1) de ce critère de preuve au-delà de tout doute raisonnable par la Chambre de première instance II pour voir si elle a été respectueuse de la norme d'administration de la preuve au procès.

II. Exposé du premier moyen d'appel et sa réfutation par la Défense

43. Le premier juge a, selon le Procureur, incorrectement appliqué le standard de preuve au procès pour avoir exigé un doute absolu au lieu de se contenter d'un simple doute. La Chambre, toujours selon l'Accusation, a créé un doute artificiel. En réalité, ce premier moyen d'appel du Procureur est déjà développé dans l'introduction de son Mémoire. Au paragraphe deuxième, il fait grief à la Chambre II de n'avoir pas interprété et appliqué la norme « au-delà de tout doute raisonnable » conformément à l'article 66 du Statut c'est-à-dire, à son estime, d'une manière raisonnable. Pour lui, la norme n'exige pas la preuve au-delà d'aucun doute. Elle ne permet pas à la Chambre de déconsidérer toutes les inférences possibles d'hypothèses contraires. La Chambre, pour le Procureur, a appliqué une norme impossible. Il insiste à cet effet sur la preuve de P-317 que la Chambre a refusé de prendre en considération en omettant de recourir à la raison, à la logique et au sens commun. Pour le Procureur, la Chambre s'est abstenue de tirer des conclusions défavorables à l'accusé, même si celles-ci étaient les seules conclusions raisonnables établies par le dossier⁵⁵.

44. L'exposé des faits du Procureur est affecté de subjectivité. Ainsi, lorsqu'il affirme que c'est au cours du procès qu'il a allégué que Ngudjolo était le chef de la milice lendu de Bedu-Ezekere⁵⁶, la Défense rectifie qu'elle ne l'a plutôt appris que dans son Mémoire final devant le premier juge. Cela avait appelé du reste une riposte vigoureuse de sa part brocardant la modification unilatérale du document détaillé des charges et dénonçant sa nouvelle théorie de l'utilisation rétrospective par ses témoins du sigle FNI⁵⁷.

⁵⁴ TPIY, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Halilović*, IT-01-48-A, « Arrêt », 16 octobre 2007, §9-10 (« Arrêt Halilović »).

⁵⁵ Mémoire d'appel du Procureur, §1-2.

⁵⁶ *Idem*, §7.

⁵⁷ Conclusions finales de Mathieu Ngudjolo, p.117-128.

45. Nulle part dans le Mémoire d'appel du Procureur, il ne fait état de la pièce EVD-D03-00136 (ci-après « la *Lettre Samba* ») qui démontre que l'attaque de Bogoro avait été planifiée par les hautes instances au pouvoir en RDC. Et pour démontrer les prétendus errements du premier juge, le Procureur s'attache à son « joker », P-317, alors que la Chambre II n'a pas considéré concluante la confession de Ngudjolo révélée par ce témoin selon laquelle il avait organisé l'attaque de Bogoro. Au paragraphe 434 de son Jugement, la Chambre conclut que : « [...] les propos rapportés par P-317 paraissent trop généraux pour que l'on puisse en tirer des conclusions définitives sur ce qu'était exactement le statut de l'accusé ainsi que sur le rôle qu'il a précisément joué au sein du groupement de Bedu-Ezekere ». Mais comment le Procureur concilie-t-il ce prétendu aveu de Ngudjolo et ce témoignage de P-317 avec le témoignage de Katanga lui-même, dont la crédibilité n'a jamais été contestée, relatif à sa contribution notable au plan de délogement forcé de Bogoro par l'APC et l'EMOI ? La position de la Défense de Katanga est claire :

[...] The defence accepts too, that, in doing so, Mr. Katanga played a role in implementing the plan to dislodge the UPC from Bogoro. However, none of his tasks were carried out in a concerted manner with Mathieu Ngudjolo, who played no role whatsoever in this plan.⁵⁸

46. Le ralliement inconditionnel du Procureur à la disjonction des charges ne lui permet plus aucune association de Ngudjolo à Katanga dans l'exécution d'un plan inconnu de celui-là. L'aveu de Ngudjolo prétendument fait à P-317 ne peut relever que de la simple parole de ce témoin qui n'est corroboré par aucun autre élément de preuve. C'est à juste raison que la Chambre II ne l'a pas considéré concluant. « Le doute, rappelle la doctrine, sur la crédibilité des allégations apparaît lorsqu'elles ne sont pas vraisemblables, sont incohérentes ou insuffisamment étayées. »⁵⁹

47. Pour démontrer le mauvais usage par la Chambre de première instance II du standard de la preuve au procès, le Procureur soutient que les éléments à la base du doute raisonnable de la Chambre II ne sont basés ni sur la preuve, ni sur la logique, la raison ou le sens commun ; que cette Chambre a fait une lecture alternative de la preuve ; qu'au lieu d'appliquer le standard de la preuve, elle a requis une preuve de faits pertinents à un degré d'une certitude

⁵⁸ Conclusions finales de Germain Katanga, §1205-1206.

⁵⁹ L. DUTHEIL-WAROLIN, « La Cour européenne des droits de l'homme aux prises avec la preuve de violations du droit à la vie ou de l'interdiction de la torture : entre théorie classique aménagée et innovation européenne », (2005) 62 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 333, p.337 (« DUTHEIL-WAROLIN »).

absolue, c'est-à-dire au-delà de tout doute⁶⁰. Selon le Procureur, la Chambre de première instance a erré en fait car aucun juge raisonnable des faits n'aurait abouti à la conclusion du Jugement du 18 décembre 2012⁶¹. Toujours d'après le Procureur, tout doute ne devait pas bénéficier à l'accusé. Le standard ne requiert pas une certitude absolue⁶². Le doute raisonnable est un doute honnête, et non imaginaire ou frivole⁶³. Le doute raisonnable est « fondé sur la raison et naissant de la preuve ou de l'absence de preuve »⁶⁴. C'est un doute honnête⁶⁵. Le Procureur fait grief au premier juge d'avoir créé artificiellement un « doute » qui ne trouve pas de support dans le dossier. Pour lui, la Chambre a été consommée par un simple doute ou un doute spéculatif, imaginaire et forcé. Le doute de la Chambre n'est pas basé sur la preuve, la raison, le sens commun et la logique car tout ce qui est relatif aux affaires humaines ouvre un possible ou un doute imaginaire⁶⁶.

48. Serait-il vraiment le cas *in specie* ? Le Procureur, raisonnablement, devant le vide probatoire béant et persistant qui entache son dossier, peut-il faire grief à la Chambre de première instance II d'avoir violé la norme d'encadrement de la preuve au procès ? Pour la Défense, la méprise est du côté du Procureur qui a minutieusement organisé sa propre incapacité probatoire. Il tente à présent une vaine entreprise de restauration de la crédibilité de ses témoins.

A. Réfutation des quatre exemples énoncés dans le Mémoire du Procureur de l'application stricte de la norme d'administration de la preuve

49. Le Procureur soumet quatre exemples⁶⁷ de conclusions factuelles pour lesquelles la Chambre de première instance aurait, selon lui, violé la norme d'administration de la preuve. Or, les conclusions factuelles de la Chambre II étaient non seulement étayées par la preuve, mais en plus justifiées par l'absence d'éléments probants de preuve à charge présentés par le Procureur. Plutôt que de présenter des éléments de preuve omis par les juges, pouvant justifier la confirmation de la thèse du Procureur, son argumentaire tente d'imposer à la Défense la charge de réfutation, en contravention avec l'article 67(1)(i) du Statut.

⁶⁰ Mémoire d'appel du Procureur, §38.

⁶¹ *Idem*, §39.

⁶² *Idem*, §41.

⁶³ *Idem*, §44.

⁶⁴ *Idem*, §45.

⁶⁵ *Idem*, §47.

⁶⁶ *Idem*, §52.

⁶⁷ *Idem*, §54-68.

50. À travers ses quatre exemples, le Procureur suggère des alternatives aux conclusions factuelles de la Chambre II. La Défense démontrera que les quatre exemples de conclusions factuelles critiquées par le Procureur sont non seulement raisonnables, mais aussi soutenus par la preuve au dossier. La Défense rappelle respectueusement à la Chambre d'appel que lorsque deux conclusions raisonnables sont disponibles et que l'une d'entre elles « n'exclut pas l'innocence de l'accusé, celui-ci doit être acquitté »⁶⁸.

1. Témoin P-317

51. Contrairement au Procureur, la Défense soumet que la Chambre II a raisonnablement conclu qu'il n'était pas possible de tirer des conclusions définitives à partir de la confession prétendument faite à P-317. Aux paragraphes 54 à 58 du Mémoire d'appel du Procureur, ce dernier ne semble pas différencier l'évaluation de la crédibilité d'un témoin de la valeur probante de ses propos. La crédibilité générale d'un témoin n'est pas, pour le juge, un motif de confiance totale, sans aucun contrôle. Il a été jugé par la Cour européenne des droits de l'homme (ci- après « la CEDH ») que :

L'absence de crédibilité peut donc tout d'abord résulter de l'insuffisance des éléments produits par le requérant. Ainsi, dans l'affaire *Tanrikulu c. Turquie* du 8 juillet 1999, il avait été conclu à la crédibilité générale de la requérante, l'« ancienne » Commission estimant que son témoignage était dans l'ensemble détaillé, précis et cohérent. Toutefois, selon la Cour, conclure que son mari ait été tué par les policiers relèverait plus de la conjecture, de l'hypothèse et de la spéculation que d'indices fiables. Elle est d'avis que les éléments de preuve en sa possession ne fournissent pas d'indices de nature à étayer une telle conclusion.⁶⁹

52. Il en est ainsi précisément de P-317 qui, en charge de l'enquête sur l'attaque de Bogoro, ne donne pas de détails précis, concrets ou se contredit sur ce qu'il allègue⁷⁰, se contentant d'une prétendue confession de Ngudjolo sur l'organisation de l'attaque alors même

⁶⁸ Arrêt Delalić, §458 : « Un faisceau de présomptions est constitué d'un certain nombre d'indices qui, pris ensemble, porteraient à conclure à la culpabilité de l'accusé, parce qu'ils ne sont habituellement réunis que lorsque ce dernier a fait ce qui lui est reproché, à savoir en l'espèce participé au deuxième passage à tabac de Gotovac. Pareille conclusion doit être établie au-delà de tout doute raisonnable. Il ne suffit pas que les moyens de preuve permettent raisonnablement de conclure ainsi. Cette conclusion doit être la *seule* raisonnable possible. Si une autre conclusion peut être raisonnablement tirée des éléments de preuve et qu'elle n'exclut pas l'innocence de l'accusé, celui-ci doit être acquitté. » Voir aussi Arrêt Ntagerura, §304.

⁶⁹ DUTHEIL-WAROLIN, p.337.

⁷⁰ Voir le Jugement du 18 décembre 2012, §434.

que d'autres témoins⁷¹ de l'affaire et certains éléments⁷² de preuve versés au dossier en situent la planification au niveau du gouvernement congolais.

53. Ce témoin, pour expert de l'ONU chargé d'enquêter sur les événements survenus à Bogoro qu'il eût été, s'est juste borné à alléguer que Ngudjolo lui a avoué avoir mené l'attaque sur cette localité. Il n'a pas été en mesure de donner des précisions sur le lieu de sa prétendue rencontre avec Ngudjolo⁷³, ni d'identifier et de reconnaître Dark avec lequel il affirme s'être entretenu⁷⁴. Son témoignage est truffé de contradictions patentes et d'incohérences flagrantes. A titre indicatif, il a consigné dans son rapport que les Ougandais avaient pris part comme assaillants à l'attaque de Bogoro⁷⁵, mais devant les juges, il a nié la participation ougandaise⁷⁶; il a déclaré que la zone de Bogoro et les forces qui y étaient basées étaient sous la responsabilité de Ngudjolo⁷⁷ et en même temps que Dark était le responsable des forces lendu qui occupaient Bogoro et relevait de Germain Katanga⁷⁸; il a déclaré que cette attaque avait été menée par le FNI et le FRPI⁷⁹ alors qu'il est connu de tous les parties et participants et admis par tous que le FNI n'était pas encore arrivé en RDC en février 2003. Avec de tels écueils et d'autres relevés par la Chambre de première instance, ce témoignage, même si son auteur a été déclaré crédible, pouvait-il à lui tout seul emporter la conviction des juges ?

54. Au paragraphe 56 de son Mémoire d'appel, le Procureur allègue qu'un aveu, corroboré de manière indépendante, serait suffisant « pour résoudre le doute raisonnable ». En réponse, la Défense précise qu'au contraire, la doctrine indique que :

L'aveu de culpabilité ne liera pas la juridiction et ne sera considéré que comme un moyen de preuve dans l'examen de la culpabilité. La Cour devra donc vérifier la

⁷¹ Germain Katanga a fait aveu de sa contribution notable au plan d'évacuation manu militari de l'UPC de Bogoro. La crédibilité de son témoignage n'a jamais été mise en doute par le Procureur qui a fini par se rallier totalement à la disjonction des charges opérée par la Chambre de première instance II dans sa Décision 3319 du 21 Novembre 2012.

⁷² Voir par exemple, la *Lettre Samba*, EVD-D03-00136.

⁷³ ICC-01/04-01/07-T-228-FRA CT WT, 6 décembre 2010, p.44, l.5-8 ; ICC-01/04-01/07-T-230-FRA ET WT, 8 décembre 2010, p.32, l.21-25.

⁷⁴ ICC-01/04-01/07-T-229-Red-FRA WT, 7 décembre 2010, p.52, l.1-3 ; ICC-01/04-01/07-T-228-FRA CT WT, 6 décembre 2010, p.28, l.14-20.

⁷⁵ ICC-01/04-01/07-T-230-FRA ET WT, 8 décembre 2010, p.38, l.14-20.

⁷⁶ ICC-01/04-01/07-T-229-Red-FRA WT, 7 décembre 2010, p.31, l.2-25.

⁷⁷ Elle a eu cette information de la part des « Ougandais ». Voir ICC-01/04-01/07-T-228-FRA CT WT, 6 décembre 2010, p.26, l.5-6.

⁷⁸ Voir notamment ICC-01/04-01/07-T-228-FRA CT WT, 6 décembre 2010, p.29, l.24-25, p.31, l.6-10.

⁷⁹ Voir notamment *Idem*, p.34, l.13-17, p.25, l.11-18.

sincérité des aveux et leur vraisemblance au regard des autres éléments de preuve apportés par le Procureur.⁸⁰

55. De plus, la Défense soutient que l'hypothèse selon laquelle l'acquitté ait pu mentir en revendiquant l'organisation de l'attaque est, elle aussi, raisonnable. Le témoin D02-236 a avoué avoir menti et revendiqué cette attaque sur les ondes de la radio R.F.I.⁸¹ alors que P-317 a témoigné que D02-236 n'avait pas reconnu l'attaque lors de sa rencontre avec lui⁸². De la même manière, dans d'autres circonstances, l'acquitté a témoigné avoir menti en revendiquant une autre attaque pour justifier son rôle de chef d'état-major du FNI-FRPI⁸³.

56. Au paragraphe 57 de son Mémoire d'appel, le Procureur souligne que la Chambre II n'a pas retenu la thèse de la Défense selon laquelle l'accession de l'acquitté à un grade militaire élevé « était le fruit d'un mélange de hasard et d'opportunisme carriériste ». Cependant, le Procureur ne mentionne pas d'autres éléments de preuve pouvant corroborer le prétendu aveu et justifier un verdict de culpabilité. L'absence de preuve probante soulève un doute raisonnable quant à la thèse du Procureur.

57. Il faut aussi relever que le Procureur n'a pas contesté la différence établie par la Chambre de première instance II entre une enquête des droits de l'homme et une enquête pénale, pour rejeter ce témoignage de P-317⁸⁴. Le silence du Procureur à cet égard emporte sa reconnaissance des limites d'une telle enquête en matière judiciaire. Un membre de son Bureau, dans l'affaire *Lubanga*, a fait aveu de reconnaissance de ces limites. On peut lire dans ce jugement ceci :

130. Dans une interview accordée au *War and Peace Institute*, P-0582 a déclaré ce qui suit :

Les enquêteurs de la CPI trouvent parfois difficile de corroborer des renseignements fournis par des groupes de droits de l'homme qui veulent attirer l'attention internationale à l'égard de crises. Le fossé entre l'évaluation faite par les groupes humanitaires et les éléments de preuve a constitué une sorte de

⁸⁰ J. LEVIVIER, « Article 66 » in *Statut de Rome de la Cour pénale internationale – Commentaire article par article*, Paris, Éditions Pedone, 2012, p.1491. À ce sujet, voir aussi G. NIYUNGEKO, *La preuve devant les juridictions internationales*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2005, p.161, §142 (« NIYUNGEKO »).

⁸¹ ICC-01/04-01/07-T-248-FRA ET WT, 15 avril 2011, p.26, l.21-28.

⁸² ICC-01/04-01/07-T-228-FRA CT WT, 6 décembre 2010, p.45, l.24-28.

⁸³ ICC-01/04-01/07-T-331-Red-FRA CT WT, 9 novembre 2011, p.69, l.14-28, p.70, l.1-12.

⁸⁴ Jugement du 18 décembre 2012, §294.

surprise [»] (*sic*), a déclaré Bernard Lavigne, magistrat français, ancien inspecteur de police, et qui dirige l'équipe d'enquête du Congo. M. Pace a concédé que [«] (*sic*) les organisations de droits de l'homme et les organisations humanitaires sont de piètres enquêteurs criminels. Ils ne produisent pas d'éléments de preuve scientifiques qui peuvent être utilisés par un Procureur.

131. P-0582 a confirmé que cette déclaration reflétait bien ses propos. S'agissant des commentaires de William R. Pace, coordinateur de la Coalition pour la CPI, P-0582 a déclaré que s'il n'irait pas jusqu'à dire que les organisations humanitaires sont de « piètres » enquêteurs, il estime effectivement que les investigations menées par elles relèvent plus du journalisme général que de l'enquête judiciaire.⁸⁵

2. Témoin D02-176

58. La Défense soumet que la présomption du Procureur avancée aux paragraphes 59 et 60 de son Mémoire selon laquelle le témoin D02-176 a reconnu « sans équivoque » l'acquitté « comme étant l'un des commandants rendu à Bogoro le 24 février 2003 » est fallacieuse⁸⁶. Le Procureur mène le lecteur à croire que la conclusion du premier juge procède d'une application d'une norme d'administration de la preuve irréaliste, alors que cette conclusion est supportée par la preuve. Le témoignage de D02-176 est loin d'être « sans équivoque ». La Défense rappelle que, lors de sa déposition, sa première réponse spontanée à la question de savoir si Ngudjolo était le plus haut commandant à Zumbe au moment de l'attaque de Bogoro était : « Je ne peux pas le savoir »⁸⁷.

59. La Défense soutient que l'inférence de la Chambre II selon laquelle D02-176 a pu confondre le statut de l'acquitté au sein du FNI avec la position que ce dernier aurait occupée avant l'attaque de Bogoro est étayée et justifiée par le témoignage même de ce témoin. Elle rappelle au Procureur que bien que la Chambre de première instance doive fournir une opinion motivée, « elle n'est pas tenue d'y expliquer chaque étape de son raisonnement touchant à chaque conclusion à laquelle elle sera parvenue »⁸⁸.

⁸⁵ Jugement Lubanga, §130-131.

⁸⁶ Voir Mémoire d'appel du Procureur, §59-60.

⁸⁷ ICC-01/04-01/07-T-256-Red2-FRA WT, 9 mai 2011, p.24, l.7.

⁸⁸ TPIR, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Musema*, ICTR-96-13-A, « Arrêt », 16 novembre 2001, §18 (« Arrêt Musema »).

60. Lors du témoignage de D02-176, il y a d'abord eu une confusion entre « Ngudjolo » et « Ngadjole ». En répondant à une question concernant les commandants de l'attaque litigieuse, D02-176 a mentionné le nom « Ngudjolo », mais a spécifié par la suite qu'il s'agissait bien de « Ngadjole », et non de « Ngudjolo »⁸⁹. L'association de Ngudjolo à cette attaque ne se fait que plus tard durant le témoignage de D02-176 lorsque le Procureur lui a répété à plusieurs reprises la même question hautement suggestive : « N'est-il pas vrai que lors de l'attaque du 24 février 2003 Mathieu Ngudjolo était le plus haut commandant à Zombe? »⁹⁰ D02-176 avait d'abord répondu qu'il ne le savait pas avant de répondre finalement par l'affirmative sur insistance du Procureur⁹¹. Questionné sur cette contradiction, le témoin D02-176 explique ne pas bien avoir compris la question au départ⁹². Il est aussi important de souligner que D02-176 précise que Ngudjolo était le chef d'état major du FNI⁹³. Or, lors de l'attaque de Bogoro, le FNI n'était pas encore implanté à Zombe⁹⁴.

61. Il ressort de l'analyse des transcriptions d'audience dans son entièreté que ces éléments du témoignage de D02-176 expliquent de plausibles raisons pour lesquelles la Chambre de première instance a conclu à la confusion qui régnait, dans le chef de ce témoin, entre le statut de Ngudjolo au moment de l'attaque de Bogoro et par la suite.

62. La Défense, lors de la déposition de ce témoin, rappelle son objection à la question suggestive du Procureur « pour essayer d'embarquer Mathieu Ngudjolo dans l'affaire »⁹⁵. Le Juge Cotte a d'ailleurs dit : « Pour autant, Madame le Procureur, vous vous efforcez de ne pas tirer de nos débats des références qui n'y figureraient pas. »⁹⁶ Ce n'est qu'en réponse à une question (sans allusion suggestive) des juges se référant à une période postérieure à l'attaque de Bogoro que D02-176 a spontanément nommé Ngudjolo comme responsable d'un mouvement armé⁹⁷. Il convient d'ajouter que, selon D02-176, il se trouvait à Bunia le 12 mai 2003 dans le contexte de la commission de pacification de l'Ituri⁹⁸. Il est donc possible que

⁸⁹ ICC-01/04-01/07-T-256-Red2-FRA WT, 9 mai 2011, p.8, l.19-23, p.9, l.8-28.

⁹⁰ ICC-01/04-01/07-T-256-CONF-FRA ET, 9 mai 2011, p.22-24.

⁹¹ *Idem*, p.22-25.

⁹² ICC-01/04-01/07-T-257-Red-FRA WT, 10 mai 2011, p.6, l.4-12.

⁹³ *Idem*, p.7, l.11-12.

⁹⁴ ICC-01/04-01/07-T-244-FRA CT WT, 6 avril 2011, p.8, l.3-5.

⁹⁵ ICC-01/04-01/07-T-256-Red2-FRA WT, 9 mai 2011, p.22, l.8-16.

⁹⁶ ICC-01/04-01/07-T-256-CONF-FRA ET, 9 mai 2011, p.23, l.6-8.

⁹⁷ ICC-01/04-01/07-T-256-Red2-FRA WT, 9 mai 2011, p.52, l.1-26.

⁹⁸ ICC-01/04-01/07-T-255-Red-FRA WT, 6 mai 2011, p.15, l.20-23, p.39, l.19-27.

celui-ci ait confondu le statut de Ngudjolo au moment de ces événements avec celui qu'il aurait pu avoir en février 2013 au moment de l'attaque de Bogoro.

3. Attaque de Bunia du 6 mars 2003

63. Aux paragraphes 61 à 65 du Mémoire d'appel du Procureur, se fiant à un prétendu aveu fait à un officier du ministère public congolais, le Procureur soumet que la conclusion de la Chambre II selon laquelle le Procureur n'a pas prouvé au-delà de tout doute raisonnable que l'acquitté avait dirigé l'attaque de Bunia est déraisonnable et n'est pas étayée par la preuve. Or, comme la Chambre II l'explique dans son Jugement, l'attaque de Bunia semble avoir été menée par l'UPDF⁹⁹. Plusieurs témoins ont affirmé que l'acquitté ne dirigeait pas les troupes lors de l'attaque de Bunia, mais que c'était plutôt le commandant Kiza de l'UPDF qui avait mené les opérations des troupes ougandaises lors de l'attaque contre l'UPC¹⁰⁰. Le témoin D03-66 a même déclaré que c'était Banga Mande Jacques le chef des combattants du groupement Bedu-Ezekere au moment de l'attaque¹⁰¹.

64. Au paragraphe 61 de son Mémoire d'appel, le Procureur souligne que la Chambre II n'a pas retenu l'explication de l'acquitté concernant le prétendu aveu. Néanmoins, plusieurs autres éléments de preuve soutiennent le fait que l'acquitté n'a pas dirigé cette attaque. D'ailleurs, encore une fois, le Procureur ne mentionne pas d'autres éléments de preuve pouvant corroborer la prétendue confession et être assez concluants pour justifier un verdict de culpabilité. L'absence de preuve probante de la part du Procureur en plus de la preuve à décharge soulève un doute raisonnable.

65. Aux paragraphes 58 et 65 de son Mémoire, au sujet des prétendues confessions au témoin P-317 et à un magistrat congolais, le Procureur soutient que la Chambre II aurait conclu que « si les déclarations en question [n'étaient pas] parfaitement symétriques, elles [seraient] forcément dépourvues de fiabilité »¹⁰². Le prétendu aveu à P-317 concernait les attaques de Bogoro et Mandro alors que celui au membre du Ministère public congolais concernait l'attaque de Bunia seulement. Selon la Défense, la Chambre II ne requérait pas des déclarations « parfaitement symétriques ». Elle ne fonde pas l'entière de son raisonnement

⁹⁹ Jugement du 18 décembre 2012, §456. Voir aussi par exemple, ICC-01/04-01/07-T-298-Red2-FRA WT, 25 août 2011, p.11, l.17-19 ; p.12, l.11-28 ; p.13, l.1.

¹⁰⁰ ICC-01/04-01/07-T-298-Red2-FRA WT, 25 août 2011, p.8-12 ; ICC-01/04-01/07-T-302-Red-FRA WT, 1 septembre 2011, p.34, l.10-22.

¹⁰¹ ICC-01/04-01/07-T-298-Red2-FRA WT, 25 août 2011, p.9, l.15-21.

¹⁰² Mémoire d'appel du Procureur, §58.

sur cet aspect seul non plus. Elle semble plutôt soulever cette contradiction pour souligner le manque de constance entre les prétendues revendications de l'acquitté, ce qui présente un argument additionnel à la thèse selon laquelle l'acquitté aurait menti.

66. La Défense estime de plus important de relever que l'attaque de Bunia n'a pas d'incidence directe sur l'affaire en l'espèce puisque cette attaque s'est produite après les événements de Bogoro.

4. Conclusions générales

67. En ce qui concerne les paragraphes 66 à 68 du Mémoire d'appel du Procureur, celui-ci suit une logique fallacieuse. Il tente d'induire la Chambre de céans en erreur. En effet, la Chambre II n'a pas « omis d'indiquer sur quels faits ou éléments de preuve elle s'était appuyée pour conclure qu'il aurait pu ne s'imposer comme militaire, comme chef et comme interlocuteur indispensable qu'après l'attaque »¹⁰³, comme le prétend le Procureur. Elle a plutôt conclu à l'incapacité du Procureur à prouver ce fait au-delà de tout doute raisonnable.

68. La Chambre explique son raisonnement fondé sur l'absence de preuve :

Elle ne dispose d'aucun autre élément de preuve fiable antérieur à cette date [18 mars 2003] qui lui permette d'inférer, au-delà de tout doute raisonnable, que Mathieu Ngudjolo était le commandant en chef des combattants lendu de Bedu-Ezekere¹⁰⁴.

Le Procureur lui-même admet dans son Mémoire d'appel que le doute raisonnable peut découler de l'absence de preuve¹⁰⁵.

69. Le Procureur souligne l'utilisation des termes « nécessairement et totalement » de façon déconnectée du reste du Jugement¹⁰⁶. La Chambre II ne semble pas avoir exigé un standard de preuve impossible. Elle semble plutôt expliquer qu'il y avait plusieurs conclusions possibles, dont une qui n'exclut pas l'innocence de l'acquitté, ce qui justifie le verdict d'acquittement.

70. La Défense rappelle que le fardeau de la preuve incombe au Procureur et ne doit en aucun cas être renversé. Bien que la thèse « d'opportunisme carriériste » ait été rejetée par la

¹⁰³ *Idem*, §68.

¹⁰⁴ Jugement du 18 décembre 2012, §500.

¹⁰⁵ Mémoire d'appel du Procureur, §42-45.

¹⁰⁶ *Idem*, §67.

Chambre II, l'argumentaire du Mémoire d'appel du Procureur n'apporte et ne met en évidence aucun élément de preuve permettant de prouver au-delà de tout doute raisonnable que l'acquitté était un chef militaire au moment de l'attaque de Bogoro. Le Procureur ne fait que plaider à nouveau les mêmes arguments qui ont échoué en première instance.

III. Vide probatoire béant et persistant du dossier du Procureur

71. Il faut davantage insister sur le fait que les arguments avancés par le Procureur, encore une fois et ce, devant la Chambre d'appel, en vue de démontrer la crédibilité de ses témoins clés ne résistent pas à la critique. Ils sont, et c'est surtout ici question de logique et de bon sens qu'il reproche à tort à la Chambre de première instance II de manquer, inconciliables avec son adhésion surprise à la Décision 3319 portant disjonction des charges.

72. La Chambre de première instance II a été, en tous points de vue, soucieuse de l'équité de la procédure. Elle a été très rationnelle et parfaitement méthodique dans la motivation de son jugement. Elle n'a éludé aucune question. Elle a soigneusement cerné les thèses des parties litigantes et a défini tous les contours de leurs prétentions. Elle a examiné tous les moyens de preuve présentés par les parties à l'aune de leurs thèses respectives. Elle a appliqué rigoureusement la norme d'administration de la preuve au procès, à savoir le critère de la preuve au-delà de tout doute raisonnable. Elle a apprécié correctement les éléments de preuve versés au dossier et a nourri un doute évident relativement à la culpabilité de l'acquitté.

73. Le Procureur revient sur P-317 pour reprocher à la Chambre II d'avoir exclu la confession de Ngudjolo qui établit, selon lui, la position d'autorité de l'acquitté à partir de laquelle la Chambre devrait établir sa responsabilité dans le contexte de l'attaque de Bogoro¹⁰⁷. Le Procureur croit fermement qu'à partir de là, la Chambre avait l'obligation de déduire des inférences factuelles qui doivent être supportées par la logique et le sens commun. Si tel devrait être le cas, pourquoi le Procureur a-t-il fait l'économie de poursuites criminelles à charge de Floribert Ndjabu, président du FNI, qui, le 24 février 2003, avait revendiqué l'organisation de l'attaque de Bogoro sur les ondes de la R.F.I.¹⁰⁸ ? Cette revendication n'était-elle pas un aveu direct, spontané, supporté par des éléments sonores et écrits contrairement à celui qui est attribué à l'acquitté ? L'attitude du Procureur traduit aussi son

¹⁰⁷ *Idem*, §54-58.

¹⁰⁸ ICC-01/04-01/07-T-248-FRA ET WT, 15 avril 2011, p.26, l.21-28.

incapacité à prouver, avec des éléments pertinents, le statut de Ngudjolo à l'époque conflictuelle. Il ne manque pas alors de sauter sur l'élément que fournit l'acquitté lui-même, comme son incorporation à la Garde civile, pour en déduire, du reste à tort, sa qualité de chef militaire à la date du 24 février 2003¹⁰⁹.

74. Tout comme lorsqu'il évoque le cas de D02-176 qui a affirmé que Ngudjolo était le commandant de Zumbe présent à Bogoro le 24 février 2003, le Procureur ne met pas en perspective ce témoignage avec celui de Katanga¹¹⁰ qui est entièrement exclusif de la responsabilité de Ngudjolo dans la planification de l'attaque de Bogoro. De quelle manière le Procureur résout-il, juridiquement, cette contradiction qui entache le témoignage de D02-176 et celui de D02-300 pour qui il est venu déposer devant la Chambre ? Tant dans ses conclusions écrites que dans ses conclusions orales, le Procureur n'a jamais rencontré les explications fournies par l'acquitté à l'animosité¹¹¹ qui animait D02-176 à son égard. Pour le Procureur, la Chambre aurait dû tirer une inférence factuelle relative à la position d'autorité de Ngudjolo le 24 février 2003.

75. Le Procureur, par ce raisonnement totalement illogique et dénué de bon sens, dévoile sa véritable intention. Il aurait souhaité, au lieu de prouver au-delà de tout doute raisonnable les faits imputés à l'acquitté, voir la Chambre de première instance II faire du doute un élément de condamnation et déboucher sur des inférences factuelles à partir du vide probatoire béant qui caractérise pourtant son dossier. Ce raisonnement sous-tend manifestement son attitude de refus de la recherche de la vérité dans l'affaire de Bogoro. En témoigne son mutisme devant les critiques émises par la Chambre de première instance II sur son enquête¹¹². L'on remarquera que l'Accusation s'est sciemment privée de toutes les possibilités raisonnables accessibles pour faire la lumière sur cette affaire. Le Procureur n'a instruit qu'à charge sans aucune considération sur tous les éléments de preuve fournis par la Défense qui situaient la planification de l'attaque de Bogoro au niveau des décisionnaires congolais et ougandais¹¹³. Il avait pourtant admis, dans son document détaillé de notification des charges, que les troupes ougandaises étaient bien présentes à Bogoro le 24 février 2003. Tout comme le Procureur a admis qu'il était plausible qu'il y ait eu des combattants de l'APC

¹⁰⁹ Mémoire d'appel du Procureur, §64.

¹¹⁰ Conclusions finales de Germain Katanga, §1205-1206.

¹¹¹ ICC-01/04-01/07-T-329-Red-FRA CT WT, 31 octobre 2011, p.43, l.4-16.

¹¹² Jugement du 18 décembre 2012, §115-123.

¹¹³ Voir par exemple, la *Lettre Samba*, EVD-DO3-00136.

à Bogoro le 24 février 2003¹¹⁴. Cette sorte de report de la charge de la preuve sur la Chambre n'a aucun fondement juridique.

76. En réalité, le reproche du Procureur à l'adresse de la Chambre de première instance ressemble fort au reproche du naufragé au sauveteur. Sauf que la Chambre ne peut jouer le rôle de sauveteur car « [l']office du juge est dominé par le principe fondamental de sa neutralité qui est, en quelque sorte, consubstantiel à son institution et qui constitue la garantie indispensable des parties »¹¹⁵. Se trouvant en difficulté de remplir la mission qui lui incombe de par le droit, celle de rapporter devant les juges et de démontrer suffisamment et clairement les faits mis à charge de l'accusé et « de justifier de [ses] prétentions en invoquant les règles de droit qui doivent, selon [lui], s'appliquer aux faits dont [il se prévaut] et dont il [lui] faut donc proposer la qualification juridique la plus appropriée »¹¹⁶, le Procureur voudrait changer la norme d'administration de la preuve en transférant à la Chambre le fardeau de la preuve qu'il n'a pas pu porter, apporter et présenter correctement. Or, le principe est clair : « c'est au poursuivant à apporter sa preuve de la culpabilité de sorte que s'il échoue dans la preuve, c'est l'acquittement qui s'impose »¹¹⁷. Les nombreuses contradictions apportées dans la preuve de l'Accusation constituent un doute raisonnable.

77. La Chambre n'a commis ni erreur de droit ni erreur matérielle qui affectent son Jugement du 18 décembre 2012 qui a appliqué avec rigueur la norme d'administration de la preuve. Son doute, devant tant d'éléments de preuve au dossier qui peuvent conduire rationnellement à d'autres conclusions raisonnables possibles, est un doute raisonnable. La démarche qu'elle a suivie pour parvenir à l'acquittement est hautement rationnelle. Les Chambres de la Cour pénale internationale ont décidé à plusieurs reprises que :

Aucun texte dans le cadre défini par le Statut de Rome n'empêche la Chambre de se fonder sur des preuves indirectes. Lorsque, au vu des éléments de preuve, une seule conclusion raisonnable peut être tirée de faits particuliers, la Chambre a considéré que la preuve avait été apportée au-delà de tout doute raisonnable.¹¹⁸

¹¹⁴ ICC-01/04-01/07-T-337-Red-FRA CT WT, 16 mai 2012, p.27, l.11-28, p.28, l.1-3.

¹¹⁵ J.-L. BERGEL, « Introduction générale », *L'office du juge – Les Colloques du Sénat*, 29 et 30 septembre 2006, en ligne : <http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf>, p.13.

¹¹⁶ *Idem*, p.18.

¹¹⁷ J. PRADEL, « Rapport général », (1992) 63 *Revue internationale de droit pénal* 13, p.15.

¹¹⁸ Jugement du 18 décembre 2012, §71. Voir aussi Jugement Lubanga, §111.

78. Au lieu de prouver, le Procureur incite la Chambre à des déductions à partir d'un vide probatoire aigu. La Chambre, devant le foisonnement d'éléments de preuve versés au dossier, s'est trouvée devant plusieurs autres conclusions raisonnables possibles. Ce n'est pas dans ces conditions qu'elle devait condamner Ngudjolo au-delà de tout doute raisonnable.

79. Martyna Falkowska du Centre de droit international de l'Université Libre de Bruxelles, dans un bref commentaire qu'elle a consacré à ce Jugement du 18 décembre 2012, a écrit :

[...] Ce critère de « au-delà du doute raisonnable », l'un des volets du principe de la présomption d'innocence, préconise un processus encadré de l'appréciation de la preuve [...]¹¹⁹

80. Commentant davantage ce jugement, cette auteure écrira :

[...] En ce sens, il s'agit non seulement du premier acquittement devant la Cour mais surtout d'un acquittement au bénéfice du doute. Ceci met en exergue le caractère exceptionnel du droit pénal, la liberté étant la règle et le châtement ne constituant que l'exception ; cela vaut en droit international comme en droit interne.¹²⁰

81. L'impression que dégage cependant le Bureau du Procureur dans la présente affaire est nettement différente. Toutes ses énergies sont mobilisées pour arracher à tout prix la condamnation de l'acquitté. Il manifeste, depuis l'enquête préliminaire, une tendance persistante à la recherche de la condamnation de Ngudjolo, ce qui constitue des indices extérieurs d'un manque d'objectivité et d'impartialité qui sont pourtant légalement ses marques. Le Procureur n'est pas cependant sans ignorer l'application correcte de la norme d'administration de la preuve au procès, dès l'instant où il est engagé dans l'instruction d'une affaire relevant de la compétence de la Cour. Dans l'affaire des Kenyans où il a requis dernièrement l'abandon des poursuites, le Procureur a étalé sa parfaite connaissance de la norme d'administration de la preuve au procès quand il a déclaré:

Madame le Président, nous avons poursuivi M. Muthaura en bonne foi... en toute bonne foi pensant qu'il y avait une affaire le concernant. Cependant, c'est notre devoir de poursuivre des affaires simplement que lorsque que nous pensons qu'il y a un... une

¹¹⁹ M. FALKOWSKA, « L'affaire Ngudjolo devant la Cour pénale internationale : une question de preuve également. « Au-delà de tout doute raisonnable » : le premier acquittement devant la Cour pénale internationale dans l'affaire Ngudjolo », *Justice en ligne*, 30 mars 2013, en ligne : <<http://www.justice-en-ligne.be/rubrique231.html>>, §4 (« FALKOWSKA »).

¹²⁰ *Idem*.

perspective raisonnable de condamnation au moment du procès. Si on arrive à la conclusion selon laquelle les éléments de preuve ne satisfont pas ces normes et qu'il n'y a pas de... de perspective... et qu'à travers les différentes enquêtes, nous n'allons pas respecter cette norme, nous, en tant que Procureur, c'est notre responsabilité de prendre la décision visant à retirer l'affaire.¹²¹

82. Dans la présente cause où, manifestement, le Procureur a manqué au travail sérieux d'évaluation de sa masse probatoire, où il a eu recours à des témoins douteux pour tenter de prouver la culpabilité de l'acquitté, où il n'a instruit qu'à charge au mépris des droits statutaires de l'acquitté, il aurait dû abandonner les charges et s'abstenir de tout appel contre le Jugement du 18 décembre 2012 qui est particulièrement bien motivé sur tous les points de fait et sur les principes de droit applicables. Martyna Falkowska a écrit le 30 mars 2013 :

6. Dans son jugement, la Cour analyse de manière systématique les différents éléments à sa disposition pouvant entrer en ligne de mire : la crédibilité des témoins, les éléments factuels liés à l'attaque de Bogoro ainsi que la qualité de l'accusé et le rôle qu'il aurait joué dans celle-ci.

La Chambre de première instance se rendra systématiquement compte qu'elle n'est pas en état d'affirmer « au-delà de tout doute raisonnable » le caractère avéré des faits tels que présentés par le Procureur. Elle ne pourra par exemple pas conclure que Ngudjolo était, au moment des faits, le commandant en chef des combattants de l'ethnie lendu qui auraient pris part à l'attaque de Bogoro ou même qu'il était effectivement présent lors de cette attaque. [...] La Chambre n'a pas non plus pu, par exemple, établir de lien entre Mathieu Ngudjolo et les enfants de moins de 15 ans recrutés au sein du groupe armé présent à Bogoro le 24 février 2003.

Les exemples d'allégations qui n'ont pas convaincu la Cour « au-delà du doute raisonnable » sont multiples et forment en fait l'essentiel du jugement.¹²²

83. La Chambre de première instance II, contrairement à ce qu'affirme le Procureur, a correctement appliqué la norme d'administration de la preuve au procès. Le Procureur devait prouver la responsabilité de l'acquitté au-delà de tout doute raisonnable. Or, sur ce point

¹²¹ ICC-01/09-02/11-T-23-FRA ET WT, 11 mars 2013, p.3, 1.19-26. Il s'agit de l'affaire Chambre de première instance V, *Le Procureur c. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta*, « Prosecution notification of withdrawal of the charges against Francis Kirimi Muthaura », 11 mars 2013, ICC-01/09-02/11-687, §1 (« Procès Muthaura et Kenyatta »).

¹²² FALKOWSKA, §6.

précis, le Procureur a évolué par le jeu de renoncements, de reniements et de contradictions ôtant toute foi à la fiabilité de ses éléments de preuve. Il est, en effet, hautement symptomatique de constater que le Procureur ignore le véritable statut de l'acquitté au moment même où il sollicite le mandat d'arrêt à son encontre¹²³. Ayant refusé de l'auditionner parce que, pour lui, il était déjà coupable, le Procureur n'a pas su qu'il était un ancien sous-officier de la Garde civile. Cet élément a été porté à la connaissance de la Chambre, des parties et des participants par la Défense. C'est sur la foi des déclarations non vérifiées de ses témoins que le Procureur a collé l'étiquette de plus haut commandant du FNI à l'acquitté alors même que cette organisation était inexistante dans le groupement de celui-ci à l'époque des faits.

84. À la confirmation des charges, la Chambre préliminaire a cru le Procureur sur parole sur cette qualité de plus haut commandant du FNI qui ressortait, selon lui, de l'accord de cessation des hostilités du 18 mars 2003. Devant la Chambre de première instance le Procureur s'est rendu à l'évidence que cet accord a été signé par l'acquitté en sa qualité de représentant de la Communauté lendu du territoire de Djugu; que le FNI n'existait même pas à Bedu-Ezekere à l'époque pertinente. D'où la modification unilatérale du document des charges par le Procureur dans son Mémoire final en première instance (ci-après « les Conclusions finales du Procureur »)¹²⁴. Dans celles-ci, l'acquitté n'est plus le commandant du FNI de Zumbe mais le chef de la milice lendu de Bedu Ezekere, qualité qu'il a eu du reste du mal à prouver au-delà de tout doute raisonnable pendant le procès.

85. Il est aussi significatif de constater que le Procureur ne dit mot sur les critiques élevées contre son enquête dans le Jugement d'acquiescement du 18 décembre 2012¹²⁵. Il en reconnaît donc le caractère lacunaire et, par conséquent, son inaptitude, à partir d'une telle enquête, à respecter la norme d'administration de la preuve au procès.

86. À supposer même que l'acquitté ait plaidé coupable devant la Chambre de première instance II, il n'aurait pas été d'emblée cru sur parole, l'aveu de culpabilité étant enserré dans un formalisme exigeant, conformément au prescrit de l'article 65 du Statut. Cette disposition

¹²³ Le Procureur est parti de Ngudjolo comme le plus haut commandant du FNI pour le réduire, après la confirmation des charges, au rang de commandant du FNI de Zumbe et, finalement, dans ses conclusions écrites, à celui de commandant de la milice lendu de Bedu Ezekere.

¹²⁴ Chambre de première instance II, « Corrigendum du mémoire final – ICC-01/04-01/07-3251-Conf », 16 mars 2012, ICC-01/04-01/07-3251-Conf-Corr (« Conclusions finales du Procureur »).

¹²⁵ Jugement du 18 décembre 2012, §115-123.

soumet la reconnaissance de la culpabilité de l'accusé en cas d'aveu judiciaire, à trois conditions cumulatives. Dans le cas d'aveu extra judiciaire, du reste contesté par l'acquitté, la doctrine reconnaît au tribunal le pouvoir d'en apprécier souverainement la valeur¹²⁶ en association avec d'autres faits de la cause. C'est de la sorte que la Chambre de première instance a opéré. Elle a conclu, faute d'avoir été étayé par d'autres faits constants de la preuve, que cet aveu ne peut être retenu comme preuve à l'encontre de l'accusé. Où est et en quoi consiste l'erreur de la Chambre ? Le Procureur oublie qu'il a transmis et versé en preuve la pièce DRC-0039-0058 devenue EVD-OTP-00283 émanant du Parquet de Bunia où Mathieu Ngudjolo admet n'avoir « dirigé » que l'attaque de Bunia du 6 mars 2003, rejetant donc par cette admission la participation à toute autre attaque y compris celle de Bogoro. Cette pièce contredit littéralement le prétendu aveu allégué par P-317. Dès lors quel aveu prendre en considération ? Celui fait devant le magistrat et consigné dans un procès-verbal ou celui allégué par un enquêteur des Nations-Unies qui s'est par ailleurs contredit sur plusieurs points ? Quelle est la valeur juridique d'un prétendu aveu fait par l'acquitté devant une enquêtrice des droits de l'homme des Nations Unies ? Si la Chambre, dans son ensemble, n'a pas douté de la crédibilité de P-317, Elle n'est pas allée jusqu'à dire qu'elle avait considéré l'aveu litigieux comme concluant. La Chambre a adéquatement motivé son jugement en disant que cet aveu n'était pas concluant et manquait de détails. La Chambre a établi aussi une différence entre une enquête des droits de l'homme et une enquête pénale¹²⁷. La Chambre d'appel chercherait en vain dans le Mémoire d'appel du Procureur la moindre objection de ce dernier contre ce point précis du jugement querellé.

87. Comment, au-delà de tout doute raisonnable, la Chambre de première instance II pouvait faire confiance aux témoins que le Procureur a désavoués lui-même, tels P-279 et P-280, sur lesquels il a dit ne plus s'appuyer pour prouver le crime d'utilisation des enfants soldats aux hostilités¹²⁸ ? Ayant menti sur leur recrutement par des officiers du FNI pourtant inexistant à l'époque pertinente à Bedu-Ezekere ; ayant menti sur leur âge, s'étant contredits sur divers points de leur témoignage respectif¹²⁹, ils ont menti sur beaucoup de points. La

¹²⁶ J-P DOUCET, « Aveu », *Dictionnaire de droit criminel*, en ligne : http://ledroitcriminel.free.fr/dictionnaire/lettre_a/lettre_a_aveu.htm.

¹²⁷ Jugement du 18 décembre 2012, §293-296.

¹²⁸ Conclusions finales du Procureur, §74.

¹²⁹ Les deux témoins, qui allèguent avoir relevé de l'autorité de Mathieu Ngudjolo et avoir participé à l'attaque de Bogoro, se contredisent sur la prétendue participation de Ngudjolo. Voir notamment : **P-279** :

présentation par eux de certains détails qui paraissaient véridiques ne pouvait être que le fait des répétitions dont ils avaient bénéficié de la part des intermédiaires peu scrupuleux qui les avaient recrutés pour les fins de leur témoignage devant la Chambre. P-159, un témoin à charge retiré par le Procureur lui-même, avait menti sur toute la ligne¹³⁰. Il avait même ému la Chambre lors de son audition par les détails de l'assassinat sauvage de sa mère lors de l'attaque de Bogoro dont il avait dit être témoin oculaire. Ses propres père et sœur contactés immédiatement par le Procureur durent révéler qu'il n'était même pas présent à Bogoro le 24 février 2003¹³¹.

88. Conscient lui-même des mensonges de ses témoins, le Procureur a, à plusieurs reprises, tenté de substituer sa propre interprétation des faits à leur témoignage devant la Chambre. Tel

« Puis, le chef Katanga et le chef Ngudjolo se sont rendus au centre, tout près d'une école. Je ne sais pas de quoi ils ont parlé lorsque ils sont arrivés là-bas, parce que Bogoro...Bogoro était déjà sous notre contrôle. » (ICC-01/04-01/07-T-144-Red2-FRA WT, 20 mai 2010, p.51, l.1-4)

« Vers la fin du combat, le chef Ngudjolo et le chef Germain Katanga sont entrés dans la salle de l'école de Bogoro. Je ne sais pas qu'est-ce qu'ils ont parlé entre eux. » (ICC-01/04-01/07-T-145-Red2-FRA WT, 21 mai 2010, p.28, l.9-10)

« Le chef Ngudjolo était présent lors de cette attaque, ainsi que d'autres commandants, comme Boba Boba. Et le chef Katanga était présent, ainsi que son groupe du FRPI. » (ICC-01/04-01/07-T-145-Red2-FRA WT, 21 mai 2010, p.33, l.20-22)

« Cela est arrivé vers quelle heure, approximativement ? R. Cela s'est produit après la guerre. Q. Alors, si je comprends bien, c'est bien après 10, 11 heures ? R. Oui. » (ICC-01/04-01/07-T-145-Red2-FRA WT, 21 mai 2010, p.34, l.2-5)

P-280:

« Alors, Monsieur le témoin, ma question est la suivante : êtes-vous en mesure de nous dire, si à votre connaissance, Mathieu Ngudjolo a participé à l'attaque de Bogoro ? Oui ou non, selon ce que vous savez. LE TÉMOIN P-0280 (*interprétation du swahili*) : R. Non. » (ICC-01/04-01/07-T-156-Red-FRA WT, 15 juin 2010, p.50, l.10-14)

¹³⁰ Conclusions finales de Germain Katanga, §21-24. Voir aussi Chambre de première instance II, « Prosecution's Notice that it will not rely on the testimony of Prosecution Witness P-159 to prove its case », 14 décembre 2010, ICC-01/04-01/07-2631-Conf ; Chambre de première instance II, « Observations de la Défense de Mathieu Ngudjolo sur « Prosecution's notice that it will not rely on the testimony of Prosecution Witness P-159 to prove its case » -ICC-01/04-01/07-2631-Conf du 14 décembre 2010 », 17 janvier 2011, ICC-01/04-01/07-2649-Conf ; Chambre de première instance II, « Defence Observations on the Prosecution's Notice that it will not rely on the testimony of Prosecution Witness P-159 to prove its case », 17 janvier 2011, ICC-01/04-01/07-2651-Conf ; Chambre de première instance II, « Demande d'autorisation de répliquer aux "Defence Observations on the Prosecution's Notice that it will not rely on the testimony of Prosecution Witness P-159 to prove its case" », 18 janvier 2011, ICC-01/04-01/07-2655-Conf ; Chambre de première instance II, « Réponse de la Défense de Mathieu Ngudjolo à la "Prosecution's Reply to Defence Observations on the Prosecution's Notice that it will not rely on the testimony of Prosecution Witness P-159 to prove its case" (ICC-01/04-01/07-2667-Conf) », 3 février 2011, ICC-01/04-01/07-2683-Conf ; Chambre de première instance II, « Defence Rejoinder to the Prosecution's Reply to Defence "Observations on the Prosecution's Notice that it will not rely on the testimony of Prosecution Witness P-159 to prove its case" », 7 février 2011, ICC-01/04-01/07-2689-Conf ; Chambre de première instance II, « Decision on the Prosecution's renunciation of the testimony of witness P-159 », 24 février 2011, ICC-01/04-01/07-2731 (« Écritures échangées entre les parties et participants sur le retrait du témoin P-159 »).

¹³¹ Voir les Écritures échangées entre les parties et participants sur le retrait du témoin P-159, notamment Chambre de première instance II, « Defence Observations on the Prosecution's Notice that it will not rely on the testimony of Prosecution Witness P-159 to prove its case », 17 janvier 2011, ICC-01/04-01/07-2651-Conf, §9-10.

est le cas de P-280 qui a menti sur l'existence d'un aéroport à Zumbe¹³². Cet élément, dans les Conclusions finales du Procureur, est présenté comme étant périphérique¹³³. Tel est aussi le sens de la nouvelle thèse de l'utilisation rétrospective des sigles FNI et FRPI pour couvrir les mensonges de ses témoins sur l'existence du FNI à Bedu-Ezekere.

89. Aucun élément de preuve exhibé par le Procureur n'a été en mesure, devant la preuve de la Défense, d'incliner la Chambre vers une seule conclusion raisonnable possible. Par exemple, les bulletins¹³⁴ reconnus par P-250 contredisaient sa participation aux activités paramilitaires. La Chambre de céans cherchera en vain une explication rationnelle du Procureur sur l'emploi du temps de ce témoin pendant la période pertinente. Le Procureur a peiné à faire déclamer par ce témoin le récit qui lui aurait été conté sur l'attaque de Bogoro. Il faillit même, n'eut été la vigilance procédurale de la Chambre II et son souci d'équité, le contre-interroger sans l'avoir, au préalable, en violation des « Instructions pour la conduite des débats et les dépositions conformément à la règle 140 »¹³⁵, déclaré hostile.

90. Systématiquement, de manière acritique, le Procureur a fait foi à des témoins douteux sélectionnés dans le seul but d'accabler l'acquitté. L'épreuve du contre-interrogatoire a eu raison de leurs manœuvres gratuitement accusatrices.

91. La pièce EVD-OTP-00025 (ci-après « la *Lettre Savon* ») sur laquelle tente désespérément de s'appuyer le Procureur pour prouver une prétendue corroboration des témoignages de P-250 et P-28 n'établit aucun lien à charge de Ngudjolo. A ce propos, P-279, P-280 et P-219 sont également des témoins du Procureur. Ils donnent une version différente de celle de P-250 et P-28 sur le même fait. Pour P-279, le plan a été conçu à Zumbe et c'est la délégation d'Aveba avec Katanga qui a fait le déplacement vers Zumbe¹³⁶. Pour P-280, Ngudjolo est plutôt allé à Beni¹³⁷ alors que pour P-219, aucune délégation de Zumbe n'a fait

¹³² Jugement du 18 décembre 2012, §209.

¹³³ *Idem*, §210.

¹³⁴ Voir EVD-D03-00005, EVD-D03-00006, EVD-D03-00007, EVD-D03-00008, EVD-D03-00009.

¹³⁵ Chambre II, « Instructions pour la conduite des débats et les dépositions conformément à la règle 140 », 1^{er} décembre 2009, ICC-01/04-01/07-1665-Corr-tFRA, §67 (« Instructions pour la conduite des débats et les dépositions »).

¹³⁶ ICC-01/04-01/07-T-144-Red2-FRA WT, 20 mai 2010, p.49, l.19-25 : « Lorsque nous nous trouvions au camp de Zumbe, nous y avons passé une semaine. Nous étions déjà habitués à vivre dans ce camp, et on a commencé à nous... à nous déployer. On nous a envoyés assurer la sécurité sur une route. Et quelques semaines plus tard, sur cette route que nous étions en train de garder, M. Germain Katanga et son groupe, ils sont passés. Ils se sont rendus dans notre camp de Zumbe, et ils ont rencontré Ngudjolo sur place. Ils ont discuté. Ils ont même égorgé une vache, et on festoyait en parlant de la bataille de Bogoro. Ils planifiaient cette guerre ... »

¹³⁷ ICC-01/04-01/07-T-156-Red-FRA WT, 15 juin 2010, p.11, l.16-25.

le déplacement vers Aveba¹³⁸. Qui croire ? Quel témoignage prendre en compte et pourquoi ? Est-ce la Chambre qui a incité ces témoins à se contredire ? Le refus du Procureur, au mépris de l'article 54(1)(a) du Statut, d'enquêter sur la *Lettre Samba*¹³⁹ alors même que les autorités congolaises ont été disposées à coopérer¹⁴⁰, est symptomatique de sa volonté de travestir la vérité sur l'affaire de Bogoro et sur la réalité politique de la RDC à l'époque pertinente, à savoir : un Etat occupé, balkanisé et fantôme¹⁴¹.

92. Le Procureur a fourni au premier juge autant d'ingrédients ayant assis, au-delà de tout doute raisonnable, sa conviction sur le fait que Ngudjolo n'était nullement le commandant de la milice lendu de Bedu-Ezekere présente à Bogoro le 24 février 2003. L'ignorance d'un personnage comme Dark qui, dans un élément¹⁴² divulgué par le Procureur lui-même, est considéré comme le commandant des opérations de Bogoro, qui déclare à P-317 recevoir ses ordres de Katanga¹⁴³, a privé la Chambre et, partant, toute la communauté internationale des possibilités raisonnables d'accéder à la manifestation de la vérité sur les faits sur lesquels portaient ses enquêtes. Le doute artificiel dont le Procureur impute la création, la fabrication à la Chambre de première instance II n'est qu'un voile doré destiné à occulter son incapacité à démontrer et à convaincre les juges. Il s'indique de s'y appesantir.

IV. Propos sur l'imputation alléguée de création par la Chambre de première instance II d'un doute artificiel ayant permis d'acquitter Ngudjolo au lieu d'un doute raisonnable.

93. Ainsi que nous l'avions déjà rappelé *supra*, le grief fondamental que le Procureur a articulé contre le Jugement de première instance rendu par trois juges compétents et d'expérience est celui d'avoir acquitté Ngudjolo sur le fondement d'un doute qui n'était pas raisonnable du tout. Le doute retenu par la Chambre II serait donc artificiel ; il n'en serait même pas un. Pour le Procureur, on ne peut exclure aucun doute dans les relations humaines. Il en conclut que la Chambre II n'est pas raisonnable¹⁴⁴.

¹³⁸ ICC-01/04-01/07-T-208-Red-FRA WT, 21 octobre 2010, p.38, l.25-28, p.39, l.1-12.

¹³⁹ EVD-D03-00136.

¹⁴⁰ Voir EVD-D03-00139.

¹⁴¹ Lire Conclusions finales de Mathieu Ngudjolo, p.5-7.

¹⁴² EVD-OTP-00205, §68.

¹⁴³ ICC-01/04-01/07-T-228-FRA CT WT, 6 décembre 2010, p.29, l.24-26, p.31, l.7-8.

¹⁴⁴ Mémoire d'appel du Procureur, Premier moyen d'appel, §37-70.

94. La Défense, au vu de l'ensemble du dossier et des prestations aussi bien des acteurs judiciaires engagés dans la présente cause, est plutôt d'un avis tout à fait contraire : la Chambre de première instance II a correctement appliqué la norme d'administration de la preuve au procès. La Défense part de l'idée que, pour y arriver, la Chambre II a bien apprécié le comportement des parties et des participants au procès. Celui du Procureur a conduit la Chambre de première instance II à se faire à l'idée que l'objectif par lui poursuivi n'était point la recherche de la vérité mais bien, tel un fêru de résultats, la condamnation à tout prix de Ngudjolo. La Défense en veut pour preuve à la fois les critiques élevées par la Chambre II contre l'enquête du Procureur (A) et celles que la Défense elle-même a dirigées contre cette enquête (B).

A. Les critiques de la Chambre de première instance II contre l'enquête du Procureur

95. Au point VI de son Jugement du 18 décembre 2012, la Chambre de première instance fait plusieurs constats qui sont démonstratifs du fait qu'Elle a apprécié le comportement du Procureur dans la conduite des enquêtes relatives à l'affaire de Bogoro. C'est bien à propos que la Chambre II soutient avoir « effectué différents constats qu'elle considère comme étant de nature à favoriser une meilleure compréhension du présent jugement »¹⁴⁵.

96. Pour la Défense, ces constats sont en réalité des griefs, des reproches faits au Procureur quant à sa conduite de l'enquête en vue d'élucider le mystère de l'attaque de Bogoro du 24 février 2003.

97. La Chambre II relève tout d'abord qu'alors que les deux accusés Ngudjolo et Katanga sont respectivement originaires de Bedu-Ezekere et d'Aveba, le Procureur ne s'est pas rendu dans ces localités. Le Procureur a fait l'économie de pareille visite qui lui aurait pourtant permis d'apprécier concrètement la réalité des faits imputés aux deux accusés par divers témoins (Premier grief)¹⁴⁶.

98. La Chambre II souligne ensuite l'omission par le Procureur d'audition de certains des commandants qui ont joué un rôle central avant l'attaque, durant les combats puis

¹⁴⁵ Jugement du 18 décembre 2012, §116.

¹⁴⁶ *Idem*, §118.

ultérieurement. A titre d'exemple, écrit la Chambre II, et dans la mesure où ces personnes étaient encore accessibles, les dépositions de responsables militaires tels que le Colonel Aguru, le capitaine Blaise Koka et les commandants Boba Boba, Yuda et Dark auraient, notamment, permis d'obtenir plus de précisions sur les préparatifs de l'attaque, les conditions du déroulement et sur les forces restées sur place à la fin des combats (Deuxième grief)¹⁴⁷.

99. Le défaut d'audition de Mathieu Ngudjolo lui-même par le Procureur a empêché la Chambre de première instance II de confronter ses propos antérieurs au procès à ceux tenus pendant sa déposition en qualité de témoin dans sa propre cause (Troisième grief)¹⁴⁸.

100. La Chambre de première instance soulève aussi le défaut pour le Procureur d'avoir négligé la connaissance de l'état civil et de l'itinéraire scolaire de ses propres témoins (Quatrième grief)¹⁴⁹, tâche effectuée avec succès par les deux équipes de défense. Et la Chambre en sait gré à celles-ci quand Elle écrit :

[...] Et ces éléments, dont, pour certains, le Procureur n'a d'ailleurs pas contesté l'authenticité, ont eu un poids important dans l'appréciation que la Chambre a été conduite à faire du statut de ces témoins, de leur éventuelle qualité de membre d'une milice, de leur aptitude à témoigner et de leur fiabilité¹⁵⁰.

101. La Chambre II relève finalement la négligence d'éléments d'ordre socioculturel absents dès le début de la présentation de sa cause par le Procureur qui auraient pu favoriser, selon les mots de la Chambre II elle-même, des débats contradictoires plus éclairés (Cinquième grief)¹⁵¹.

102. Dans son Mémoire d'appel en examen, le Procureur ne dit mot sur aucun de ces constats faits par la Chambre de première instance II. Il ne conteste pas ces griefs. Il tente plutôt de restaurer (mais avec quels éléments ?) la crédibilité des témoins dont l'aptitude à déposer avec cohérence et conviction sur les faits de la cause a été jugée nulle. Tout comme, à ce jour, le Procureur ne daigne pas rencontrer la Défense elle-même sur de nombreux griefs qu'elle a articulés contre son enquête.

¹⁴⁷ *Idem*, §119.

¹⁴⁸ *Idem*, §120.

¹⁴⁹ *Idem*, §121.

¹⁵⁰ *Idem*, §121.

¹⁵¹ *Idem*, §123.

B. Les critiques de la Défense contre l'enquête du Procureur

103. Dans la troisième partie des Conclusions finales de Mathieu Ngudjolo déposées devant le premier juge, sous le titre de *Mauvaise orientation de l'instruction menée par le Procureur dans le cadre de l'affaire Bogoro*¹⁵², la Défense a articulé plusieurs griefs contre l'enquête du Procureur allant de son refus délibéré de la recherche de la vérité¹⁵³ ; de son indifférence envers les suggestions de la Chambre de première instance II quant à son obligation statutaire d'enquêter à décharge en faveur de l'acquitté¹⁵⁴ ; de la menace que le Procureur a proférée contre les juges composant la Chambre de première instance II d'en appeler à leur éventuel jugement d'acquittement alors même que l'affaire n'avait pas encore été prise en délibéré, violant ainsi de manière ostensible la présomption d'innocence¹⁵⁵ ; la passivité judiciaire du Procureur au regard de la vérification de la preuve de l'implication des Etats congolais et ougandais dans la planification de l'attaque de Bogoro¹⁵⁶.

104. Ces dérives comportementales du Procureur ont contribué à instiller et à consolider le doute raisonnable dans l'esprit des Juges composant la Chambre de première instance II qui, à l'unanimité, ont décidé de l'acquittement de Mathieu Ngudjolo Chui le 18 décembre 2012.

105. A ces dérives fondamentales et procédurales, il faut ajouter certains reniements du Procureur, ses rétractations (par exemple, Ngudjolo a rejoint l'alliance FNI-FRPI après le 22 mars 2003 ; Mathieu Ngudjolo n'était pas le plus haut commandant du FNI) et ses renoncements (par exemple, abandon de son témoin P-159 ; abandon des témoins P-279 et P-280 pour prouver le crime d'utilisation d'enfants pour les faire participer aux hostilités ; thèse de l'utilisation rétrospective du sigle FNI par ses témoins forgée dans ses Conclusions finales remises au Premier Juge).

106. Il n'est pas inutile d'insister davantage sur l'indifférence mieux l'acquiescement et le ralliement inconditionnel du Procureur à la Décision 3319 de la Chambre de première instance II portant disjonction des charges entre les deux accusés qui, combinés à ses dérives comportementales pendant le procès, ses rétractations et ses reniements, ont davantage

¹⁵² Conclusions finales de Mathieu Ngudjolo, §910 et suivants.

¹⁵³ *Idem*, §913-920.

¹⁵⁴ Conclusions finales de Mathieu Ngudjolo, § 921-923. Voir aussi l'article 54(1)(a) du Statut de Rome.

¹⁵⁵ *Idem*, § 924-926.

¹⁵⁶ *Idem*, § 927-946.

renforcé l'épaisseur du doute raisonnable nourri par le juge *a quo* sur l'implication réelle de Ngudjolo dans la planification, l'exécution et le contrôle de l'attaque de Bogoro du 24 février 2003.

107. Aucune Chambre de première instance raisonnable, devant un tableau aussi sombre des prestations du Procureur quant à l'intelligence conceptuelle du critère de la preuve au-delà de tout doute raisonnable, aurait rendu un jugement différent de celui du 18 décembre 2012 qui a acquitté Ngudjolo à l'unanimité des voix de ses trois membres. Comme le relevait Lydie Dutheil-Warolin à propos de l'analyse de certaines affaires jugées par la CEDH :

Le vide probatoire est alors béant et le critère de la preuve « au-delà de tout doute raisonnable » prend le dessus, la Cour est face à *l'incertitude indépassable* sur les faits, précitée. C'est le requérant qui doit assumer le risque de la preuve : le doute profite à l'accusé.¹⁵⁷

108. La difficulté publiquement avouée¹⁵⁸ par le Procureur d'administrer la preuve des faits relatifs à la saisine de la Chambre de première instance II ne peut laisser indifférent aucun juge des faits. Elle est un aveu sincère de son incapacité à prouver au-delà de tout doute raisonnable l'intégralité des charges imputées à l'acquitté. Cette incapacité est d'autant plus réelle que le Procureur a été incapable de relever tous les défis que lui a lancés la Défense dans ses conclusions orales le 22 mai 2012¹⁵⁹.

109. Reprenant la parole le 23 mai 2012 pour répliquer à la Défense, le Procureur n'a relevé aucun de ces défis¹⁶⁰.

110. L'indigence qualitative de la preuve du Procureur jointe à sa volonté délibérée de faire obstruction à la recherche de la vérité ne peut autoriser aucun juge raisonnable à condamner Ngudjolo sur la base d'un dossier probatoire rachitique. Il faut, en effet, bien observer que, dans son Mémoire d'appel, le Procureur se lance dans une entreprise de restauration de la crédibilité de ses témoins décriés par le premier Juge. La Défense soumet qu'il plaide à nouveau sa cause avec les mêmes arguments et n'en cite pas qui auraient pu être omis par la Chambre.

¹⁵⁷ DUTHEIL-WAROLIN, p.339.

¹⁵⁸ ICC-01/04-01/07-T-337-Red-FRA CT WT, 16 mai 2012, p.32, l.10-11,28, p.33, l.1-2.

¹⁵⁹ ICC-01/04-01/07-T-339-FRA ET WT, 22 mai 2012, p.44, l.2-28, p.45, l.1-5.

¹⁶⁰ ICC-01/04-01/07-T-340-FRA CT2 WT, 23 mai 2012, p.26-42.

111. Face à l'accumulation de tels griefs relatifs aux procédés judiciaires peu reluisants du Procureur, aucun juge de première instance sérieux, raisonnable n'aurait été convaincu au-delà de tout doute raisonnable de la responsabilité criminelle de l'acquitté. La Chambre de première instance II étant restée rationnelle, raisonnable dans l'exercice de sa mission juridictionnelle, aucun reproche de violation du standard de la preuve au procès ne peut lui être juridiquement adressé. La Défense soumet que le premier motif d'appel du Procureur devrait être rejeté dans son entièreté.

TITRE DEUXIÈME : DE LA VIOLATION ALLÉGUÉE DU DÉFAUT DE PRISE EN CONSIDÉRATION PAR LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE II DE L'ENSEMBLE DES PREUVES ET DES FAITS

112. Après quelques considérations introductives (I), la Défense exposera plus en détails le second moyen d'appel du Procureur (II) avant de le réfuter (III) afin de terminer par le défaut allégué de la Chambre II de considérer l'ensemble de la preuve (IV).

I. Considérations introductives

113. Le Procureur reproche à la Chambre de première instance II l'omission, dans son Jugement du 18 décembre 2012, de la prise en compte de la totalité de la preuve. Il lui fait grief d'avoir opté pour une approche fragmentée¹⁶¹ et d'avoir en réalité débouché sur une décision qui est profondément détachée des conclusions factuelles qu'elle a elle-même tirées lors de l'évaluation de la crédibilité des témoins à charge. La Chambre aurait, selon le Procureur, mal compris l'article 74(2) du Statut¹⁶².

114. A la lecture de l'argumentaire que le Procureur développe au soutien de ce deuxième moyen d'appel, la Défense est surprise par un certain nombre de constats révélateurs de son manque d'objectivité dans la présentation des faits. Il s'en suit un manque de rigueur à la fois dans la critique du jugement querellé et dans le raisonnement qui est incompatible avec la procédure pénale, domaine où l'homme risque ce qu'il a de plus cher au monde : sa liberté, sa réputation et son honneur.

¹⁶¹ En ce sens, lire §76 du Mémoire d'appel du Procureur.

¹⁶² Mémoire d'appel du Procureur, §72.

115. La Chambre de céans notera d'abord que l'expression totalité de la preuve omniprésente dans son Mémoire¹⁶³ n'est pas exploitée par l'Accusation. A ce niveau, et pour la clarté de l'exposé, la Défense croit bien faire de rappeler les thèses respectives des parties exposées dans leurs déclarations liminaires, le 24 novembre 2009, à l'ouverture du procès. Dans un discours direct, le Procureur a annoncée la sienne en ces termes : « L'Accusation démontrera que Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo ont tous les deux mis au point le plan de l'attaque de Bogoro que leurs milices respectives étaient chargées d'exécuter conjointement. Les accusés ont coordonné leurs efforts et ont joué un rôle essentiel dans l'exécution de ce plan. [...] L'Accusation démontrera qu'entre la fin 2002 et l'attaque conjointement menée par le FNI et la FRPI contre Bogoro, Mathieu Ngudjolo était le chef du FNI pour tous les combattants lendu qui se trouvaient dans les camps militaires de la région de Zumbé. »¹⁶⁴ Dans un style tout aussi direct, ce même 24 novembre 2009, la Défense a déclaré : « La Défense de Mathieu Ngudjolo démontrera que les accusations portées contre son client ne sont fondées ni en fait, ni en droit »¹⁶⁵.

116. Deux thèses s'affrontent donc depuis à la démonstration desquelles chacune des parties a fait valoir ses éléments de preuve. Le premier juge a admis dans le dossier un total de 643 pièces qui ont obtenu la cote EVD suivant le détail ci-dessous : 261 pour le Procureur, 240 pour la Défense de Katanga et 132 pour la Défense de l'acquitté¹⁶⁶.

117. Le Procureur, observera la Chambre de céans, n'indique pas les éléments de preuve qui, s'ils avaient été pris en considération, auraient incliné la Chambre II à la condamnation de l'acquitté. Il laisse la Chambre de céans deviner dans un domaine qui requiert de la précision plus que tout. Pour démontrer certaines de ses affirmations, il dit se contenter de quelques exemples seulement¹⁶⁷ comme pour laisser à la Chambre de céans le soin d'en rechercher d'autres dans le jugement litigieux. Ce comportement judiciaire place la Chambre d'appel dans l'impossibilité de contrôler le jugement querellé. « La Chambre de première instance est présumée avoir apprécié tous les éléments de preuve qui lui ont été présentés si

¹⁶³ *Idem*, §72, 75, 76, 81, 83. Dans ces paragraphes, cette expression est aussi désignée par « l'entière de la preuve », « l'ensemble de la preuve » ou « la totalité de la preuve ».

¹⁶⁴ ICC-01/04-01/07-T-80-FRA CT WT, 24 novembre 2009, p.34 et ss., spécialement p.34, l.2-5 et l.20-22.

¹⁶⁵ *Idem*, p.74, l.10-11.

¹⁶⁶ Jugement du 18 décembre 2012, §24.

¹⁶⁷ Mémoire d'appel du Procureur, §119 : « Il serait excessif d'énumérer ici tous les faits et les constatations qu'elle n'a pas pris en considération ... ».

rien n'indique qu'elle a totalement négligé certains »¹⁶⁸. Par ailleurs, dans l'affaire *Kajelijeli*, la Chambre d'appel a exigé que la partie appelante fournisse des « références précises renvoyant aux pages pertinentes du compte rendu d'audience ou aux paragraphes du jugement contesté »¹⁶⁹.

118. En scrutant ses développements au moyen d'appel en examen, la Défense relève qu'ils constituent une vaste entreprise de vaine restauration de la crédibilité des témoins P-250, P-279, P-280, P-219, P-28, P-219, et P-160 mal évalués, selon lui, par la Chambre II¹⁷⁰. Le Procureur s'accroche aux prétendus aveux des deux coaccusés : celui que Ngudjolo aurait fait à P-317¹⁷¹, à P-219, à P-12 et ceux de Katanga à P-12 et à P-160¹⁷². Ces aveux semblent, dans son Mémoire d'appel, constituer le point d'ancrage, la base de sustentation de sa démarche pour amener la Chambre de céans à l'annulation du jugement *a quo*. Un seul document est évoqué par lui au titre de preuve documentaire : la *Lettre Savon*¹⁷³.

119. La Chambre de céans observera ensuite une tendance plus que persistante du Procureur au manque d'objectivité et d'impartialité dans l'énoncé et la présentation de ses moyens. De l'expression totalité de la preuve sont exclues toutes les preuves à décharge. Il n'en fait aucune mention dans ses développements. Il tient pour établis les seuls propos de ses témoins dont il ne s'assure aucune confrontation avec les preuves à décharge. Pourtant, il est bien indiqué à l'article 54(1)(a) du Statut que pour établir la vérité, le Procureur a le devoir d'enquêter sur tous les faits et éléments de preuve nécessaires à la détermination de la responsabilité pénale d'un accusé, que ceux-ci soient à charge ou à décharge. Il y a, dans son chef, absence d'un dialogue argumenté des points de vue. Les propos de ses témoins sont, en réalité, des arguments théologiques frappés du dogme de l'impeccabilité. Ils forment une masse des théories intrinsèques qu'il ne faut pas du tout combattre avec des arguments rationnels contraires. Cela fait que, à bien lire le Mémoire du Procureur, il ne rencontre pas le Jugement du 18 décembre 2012 pour le critiquer en fait comme en droit. Et là où il croit bien

¹⁶⁸ Arrêt Halilovic, §121.

¹⁶⁹ TPIR, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Kajelijeli*, ICTR-98-44A-A, « Arrêt », 23 mai 2005, §7 : « Afin de permettre à la Chambre d'appel d'apprécier les arguments qu'elle invoque en appel, la partie appelante doit fournir les références précises renvoyant aux pages pertinentes du compte rendu d'audience ou aux paragraphes du jugement contesté. En outre, « on ne saurait s'attendre à ce que la Chambre d'appel examine en détail les conclusions des parties si elles sont obscures, contradictoires ou vagues, ou si elles sont entachées d'autres vices de forme flagrants ». Voir aussi TPIR, §10 ; TPIR, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Ndindabahizi*, ICTR-01-71-A, « Jugement », 16 janvier 2007, §12.

¹⁷⁰ Mémoire d'appel du Procureur, §100.

¹⁷¹ *Idem*, §122-126, 130.

¹⁷² *Idem*, §135.

¹⁷³ *Idem*, §87, 89.

critiquer ledit jugement, il le fait en des termes qui jettent l'opprobre sur les juges composant la Chambre II, allant même jusqu'à insinuer que son Président n'a pas fait preuve d'intelligence et d'impartialité à la note 459 de son Mémoire. Ceci n'étonne pas du tout la Défense quand on sait que, dès 2009, les mêmes juges ont déjà été menacés d'être attirés en appel en cas d'acquiescement des coaccusés¹⁷⁴.

120. Tout ceci montre l'état d'esprit dans lequel le Procureur a abordé, dès la phase préliminaire, l'examen de la présente affaire. Il est parti d'une présomption inébranlable, inaltérable et, partant, irréfragable de culpabilité de Ngudjolo dont il a du mal à se défaire à ce jour. C'est ainsi qu'il ne l'a même pas auditionné. C'est pour cette raison qu'il a cru ses témoins sur parole sans évaluation critique de leurs dépositions. C'est pour cela aussi qu'il ne s'est pas soucié de dresser leur dossier de personnalité. Voilà pourquoi, à juste titre, la Chambre II a relevé que ce sont les équipes de la Défense qui ont apporté aux débats les documents relatifs à l'état civil des témoins du Procureur dont ce dernier n'a du reste jamais contesté l'authenticité¹⁷⁵. Les accusés, si cela ne dépendait que du Procureur, n'auraient jamais été entendus par la Chambre de première instance II. N'eût été la propre décision des accusés de témoigner dans leur cause et de faire la déclaration prévue à l'article 67(1)(h) du Statut, leur voix serait à jamais étouffée. Il n'est pas exagéré de dire qu'avec le Procureur, les parties étaient en plein totalitarisme judiciaire et dans le totalitarisme tout court. Heureusement que la Chambre de première instance II a su veiller à l'équité de la procédure. Heureusement aussi que, saisissant la balle au bond, la Défense a su contribuer au maintien de cette équité. La Chambre de céans constatera que la Défense a interrogé l'acquitté sur tout, n'éludant aucune problématique. Aucun sujet n'a été tabou. C'est la Défense qui a dressé le dossier de personnalité de l'acquitté et qui a fourni à la Chambre les éléments qui pourtant incombaient à l'Accusation. Les statuts du FNI ont été produits par la Défense alors même que le Procureur accusait Ngudjolo d'être le plus haut commandant de ce groupe¹⁷⁶. À la lecture même des statuts du FNI, EVD-D03-00080, la Chambre de céans peut constater que Mathieu Ngudjolo n'était pas le Chef du FNI. C'est la Défense qui a porté à la connaissance de la Chambre, des parties et des participants l'appartenance de Ngudjolo à la Garde civile à partir de laquelle, depuis, le Procureur fait des inférences factuelles et des déductions à la fois

¹⁷⁴ Document de notification des charges, §4. Lire aussi la réaction de la Chambre lors de la Conférence de mise en état ICC-01/04-01/07-T-74-Red-FRA CT2 WT, 2 novembre 2009, p.10, l.12-25, p.11, l.1-6.

¹⁷⁵ Jugement du 18 décembre 2012, §121. Voir aussi l'article 54(1)(a) qui prévoit expressément l'obligation du Procureur d'enquêter tant à charge qu'à décharge.

¹⁷⁶ EVD-D03-00080. Voir aussi le Règlement d'ordre intérieur du FNI, EVD-D03-00081 et l'arrêté ministériel portant enregistrement d'un parti politique, EVD-D03-00083.

hâtives et abusives¹⁷⁷. L'Accusation, elle, n'a jamais contribué à la recherche de la vérité. Éloquent à cet égard, son refus d'enquêter sur la *Lettre Samba* qui, à l'estime de la Défense, est le réceptacle de tous les éléments constitutifs de la coaction indirecte telle que définie par la jurisprudence de la Cour¹⁷⁸. Très persistante à ce jour, cette tendance au manque d'objectivité se ressent même dans la terminologie que le Procureur emploie. A la lecture de son Mémoire, l'expression totalité de la preuve renvoie à ses témoins uniquement. Il plaide à nouveau les mêmes éléments. Cet unilatéralisme est stérilisant de tout effort en vue de la manifestation de la vérité.

121. Le Procureur a éludé le débat sur la *Lettre Samba* relative à l'implication de l'État congolais dans la planification de l'attaque de Bogoro. Il a pourtant maintes fois souligné devant la Chambre de première instance II son souci de quête de la vérité¹⁷⁹. Parlant plus spécifiquement de son témoin P-159, le Procureur s'est exprimé devant la Chambre d'une manière qui ne laisse pas la Défense indifférente. Voici :

On a tout intérêt, Monsieur le Président, tel que... et je vous rappelle nos obligations selon le statut : s'il y a des informations qui nous sont portées... qui sont portées à notre connaissance, tel qu'on l'a fait pour le témoin 0159, on a une obligation d'enquête. Nous sommes là pour la recherche de la vérité, pas nécessairement d'une vérité, mais bien la vérité. Alors, s'il y a des témoins que l'Accusation aurait pu présenter qui se présentent sous de faux noms, ou de fausses identités, je crois que l'Accusation, de par ses obligations 54, doit également en être informée. Et ceci implique évidemment la source de cette information-là, pour qu'on puisse vérifier : mais qui est cette source, avant...avant d'entreprendre quelque enquête que ce soit. Alors, dans ce sens-là, on est...on a un statut qui est peut-être particulier. Oui, on est le bras droit de la Chambre pour ce qui est de...de voir que de fausses accusations, de faux témoins ne se présentent pas, ou de fausses informations soient amenées devant la Chambre.¹⁸⁰

¹⁷⁷ ICC-01/04-01/07-T-327-FRA CT2 WT, 27 octobre 2011, p. 14, l. 11-12.

¹⁷⁸ Conclusions finales de Mathieu Ngudjolo, §864-870.

¹⁷⁹ ICC-01/04-01/07-T-84-Red-FRA WT, 27 novembre 2009, p.20-l.15-21 ; ICC-01/04-01/07-T-290-Red-FRA WT, 12 juillet 2011, p.48-l.2-4 ; ICC-01/04-01/07-T-277-Red-FRA CT WT, 8 juin 2011, et p.41, l.2-16 ; ICC-01/04-01/07-T-210-Red-FRA WT, 1^{er} novembre 2010, p.47, l.14-16 ; ICC-01/04-01/07-T-260-Red-FRA CT WT, 16 mai 2011, p.52-l.21-26 ; ICC-01/04-01/07-T-223-Red2-FRA CT WT, 25 novembre 2010, p.60-l.3-7 ; ICC-01/04-01/07-T-236-FRA ET WT, 9 mars 2011, p.47-l.22-24 ; ICC-01/04-01/07-T-81-Red-FRA WT, 25 novembre 2009, p.20-l.9-19 ; ICC-01/04-01/07-T-81-Red-FRA WT, 25 novembre 2009, p.91, l.8-17.

¹⁸⁰ ICC-01/04-01/07-T-210-Red-FRA WT, 1^{er} novembre 2010, p.47, l.4-16.

122. La Chambre elle-même qui a veillé scrupuleusement à l'équité de la procédure a fait de la manifestation de la vérité sa priorité.¹⁸¹ S'adressant le 9 mars 2011 à l'ensemble des parties et des participants, par la voix de son Président, la Chambre a fait savoir :

Chacun a également le souci, au stade des débats sur le fond où nous sommes arrivés, d'éviter de jouer à la cachette. Il est important actuellement que le maximum d'éléments d'information soit loyalement donné, dans la transparence la plus grande possible. C'est l'intérêt de la Chambre qui, vous le savez, c'est un leitmotiv, cherche la vérité. Pour parvenir à la vérité, il faut que, de manière aussi équitable que possible, chacun joue pleinement son rôle, à la place qu'il occupe.¹⁸²

123. Dans sa déclaration liminaire, à l'ouverture du procès le 24 novembre 2009, Maître David Hooper, conseil de Germain Katanga, avait proposé à la réflexion une brochette non négligeable de questionnements. Après avoir indiqué que ce n'était pas le FRPI qui avait planifié l'attaque de Bogoro, il avait poursuivi :

Mais qui a planifié cette attaque ? Et la réponse à cette question extrêmement importante, nous la trouverons peut-être en nous posant d'autres questions et vous, Mesdames, Monsieur le juge, vous poserez ces questions pendant les semaines et les mois à venir. Qui, par exemple, a tiré bénéfice de cette attaque ? Qui a fourni les armes que les ngiti pauvres comme ils l'étaient étaient tout à fait dans l'impossibilité d'acheter ? Qui a fourni la compétence militaire nécessaire pour mener une opération militaire aussi sophistiquée que celle-ci ? Qui était l'état-major opérationnel d'intégration qui est arrivé à Beni après l'accord de Sun City à la fin 2002 ? Quel rôle, si tant est qu'il y en eut un, a joué cet état-major ? Quel était le rôle de la maison militaire à Kinshasa et ses relations avec son armée et son agence à l'est ? Je pense que ce sont des questions sur lesquelles il nous faudrait réfléchir dans les mois et les semaines à venir.¹⁸³

¹⁸¹ Instructions pour la conduite des débats et les dépositions, §71, 73 ; ICC-01/04-01/07-T-91-Red-FRA WT, 27 janvier 2010, p.6, l.9-14, p.7, l.16-20 ; ICC-01/04-01/07-T-204-Red-FRA CT WT, 15 octobre 2010, p.44, l.2-17 ; ICC-01/04-01/07-T-206-Red-FRA WT, 19 octobre 2010, p.15, l.2-9 ; ICC-01/04-01/07-T-210-Red-FRA WT, 1^{er} novembre 2010, p.51, l.25-28 ; ICC-01/04-01/07-T-262-Red-FRA CT WT, 18 mai 2011, p.36, l.3-7 ; ICC-01/04-01/07-T-223-Red2-FRA CT WT, 25 novembre 2010, p.56, l.8-11 ; ICC-01/04-01/07-T-236-FRA ET WT, 9 mars 2011, p.6, l.27 - p.7, l.4, p.24, l.5-10 ; ICC-01/04-01/07-T-81-Red-FRA WT, 25 novembre 2009, p.32, l.22 - p.33, l.4, p.91, l.8-16.

¹⁸² ICC-01/04-01/07-T-236-FRA ET WT, 9 mars 2011, p.6, l.27-28 - p.7, l.1-4.

¹⁸³ ICC-01/04-01/07-T-80-FRA CT WT, 24 novembre 2009, p.59, l.8-19.

124. La question de savoir qui a planifié l'attaque de Bogoro demeure d'actualité, étant donné la possible requalification de la responsabilité pénale de Katanga sur pied de l'article 25(3)(d) du Statut¹⁸⁴. S'il advenait, pour la Chambre II, à la suite de la requalification projetée, que Katanga n'était pas l'auteur dudit plan d'attaque de Bogoro, comment pourrait-elle conclure que l'acquitté a élaboré un plan commun visant à raser le village de Bogoro avec un individu n'ayant offert que sa simple contribution ou complicité aux crimes allégués ? L'illogisme de cette éventualité est frappant. Et, si Katanga n'est qu'un « contribuant », qui est donc le véritable responsable du plan et de cette attaque ?

125. Dès le début du procès, la Défense de Katanga s'était étonnée de l'absence du terme Kinshasa dans la déclaration liminaire du Procureur :

Comme l'a dit l'Accusation ce matin, je crois que je n'ai jamais entendu mentionner par l'Accusation le terme de « Kinshasa » ce qui est une omission étrange ; on n'a jamais fait mention, non plus, du gouvernement central congolais, la partie détenant le plus grand intérêt dans cette affaire, le président Kabila à Kinshasa¹⁸⁵.

126. Le Représentant légal des victimes enfants soldats dit, à la même occasion: « La Chambre comprendra que pour celles-ci [les victimes qu'il représente], la reconnaissance de la réalité des faits qui ont conduit à leur victimisation constitue une priorité absolue et une condition nécessaire à la compréhension dans leur propre chef de ce qui leur est arrivé »¹⁸⁶. Soulignant la valeur de son écriture, ce Représentant légal a fait savoir dès le début : « Par cet écrit de procédure, le Représentant légal a souhaité contribuer aux débats en procédant à une analyse des éléments du dossier qui lui sont apparus rencontrer directement les intérêts et les préoccupations essentielles des victimes qu'il représente »¹⁸⁷.

127. Dans sa propre déclaration liminaire du 24 novembre 2009, la Défense avait exprimé la même préoccupation que celle de l'équipe de Katanga en posant la question de savoir qui, au vu de la traçabilité de la situation hyper conflictuelle qui sévissait en RDC à l'époque pertinente, avait intérêt à chasser l'UPC de Bogoro¹⁸⁸.

¹⁸⁴ Décision 3319, §7, 23, 26-34 ; Judgement on the Appeal against Decision 3319, §3, 30-37.

¹⁸⁵ ICC-01/04-01/07-T-80-FRA CT, 24 novembre 2009, p.57, l.10-13.

¹⁸⁶ Chambre II, « Conclusions finales du Représentant légal des victimes enfants soldats », 24 février 2012, ICC-01/04-01/07-3250-Conf, §216 (« Conclusions finales du Représentant légal des victimes enfants soldats »).

¹⁸⁷ Conclusions finales du Représentant légal des victimes enfants soldats, §215.

¹⁸⁸ ICC-01/04-01/07-T-80-FRA CT, 24 novembre 2009, p.72, l.5-6.

128. Nonobstant toutes ses bonnes déclarations, le Procureur s'est dérobé de son « obligation d'enquête » sur la pièce EVD-D03-00136, la *Lettre Samba*, à laquelle il ne fait aucune allusion dans son Mémoire d'appel, violant de manière non équivoque l'obligation qui lui incombe en vertu de l'article 54(1)(a) du Statut. Cette lettre, émanant du Cabinet du Président de la République Démocratique du Congo, implique la responsabilité de l'État congolais pour des opérations militaires sur des sites ciblés et prévus dont le village de Bogoro. Dans cette *Lettre Samba* dont l'objet en rubrique indiqué est « Instructions », il est expressément fait mention au *Chef d'État-Major inter armée* en ces termes : « il vous est **ordonné de renforcer les commandements FAC et les effectifs sur terrain** en vue de **poursuivre les opérations sur les sites ciblés** et prévus (Mongwalu, Mandro, **Bogoro** et Komanda) [...] et poursuivre l'exécution des opérations conjointes FAC-APC dans la région de Beni et de l'Ituri. [...] » (souligné par la Défense). Le Représentant légal du groupe des enfants soldats a déjà pourtant concédé le fait d'un projet national de reconquête du territoire national par l'autorité centrale de Kinshasa dans le cadre des préparatifs de Beni¹⁸⁹, dans le collimateur duquel se trouvait l'UPC basée à Bogoro. Il s'agit là d'éléments exclusifs de la responsabilité pénale de Ngudjolo sur lesquels le Procureur reste totalement indifférent, manifestant, par cette attitude, son acharnement et son obstination à la condamnation de l'acquitté. Ses ardeurs processuelles se refroidissent à l'évocation d'un élément quelconque de nature à mettre Ngudjolo hors orbite pénale.

129. La transparence vivement recommandée par la Chambre de première instance II a été observée ou mieux respectée par la Défense. Le silence de l'Accusation et de la Représentation légale des victimes à ce sujet en dit long sur les errements de l'enquête du Procureur et sur la conviction certaine de l'implication du gouvernement de Kinshasa. Car comment comprendre que l'Accusation qui a toujours été si loquace et si offensive s'agissant des prétendues milices alliées Lendu et Ngiti qui auraient mis Bogoro à feu et à sang n'ait pas pu enquêter et se prononcer sur une pièce aussi importante qui sape les bases factuelles de sa théorie qui est demeurée sciemment intangible nonobstant les éléments contraires qui la font littéralement vaciller? L'irrespect par le Procureur des obligations qui lui incombent en vertu de l'article 54(1)(a) du Statut est manifeste dans ce cas. Cette obligation d'enquêter à charge et à décharge a une fois été rappelée au Procureur dans l'affaire qui l'a opposé à Callixte Mbarushimana par la Chambre préliminaire dans les termes particulièrement profonds suivants :

¹⁸⁹ Conclusions finales du Représentant légal des victimes enfants soldats, §177.

Enfin, la Chambre tient à exprimer son inquiétude face aux techniques auxquelles ont eu recours certains enquêteurs de l'Accusation dans plusieurs cas, techniques qui semblent tout à fait inappropriées au regard de l'objectif, énoncé à l'article 54-1-a du Statut, consistant à établir la vérité en « enquêt[ant] tant à charge qu'à décharge ». Le lecteur des transcriptions d'entretiens a souvent l'impression que l'enquêteur est si attaché à sa théorie ou à son hypothèse qu'il ne se retient pas de formuler ses questions de manière directive et d'exprimer mécontentement, impatience ou déception lorsque la réponse du témoin ne correspond pas entièrement à ses attentes.¹⁹⁰

130. De toute évidence, l'escamotage délibéré du débat sur la *Lettre Samba* et le refus clair d'enquêter à ce sujet alors même que le chef de l'État congolais qui a déféré la situation de son pays à la CPI se dit disposé à coopérer avec celle-ci¹⁹¹ est une technique savamment utilisée par l'Accusation en vue d'assurer un enracinement irréversible de sa théorie n'envisageant que la seule culpabilité de Ngudjolo dont il ne souffre la moindre contestation. Encore faut-il souligner qu'il a fini par la renier lui-même par son ralliement inconditionnel à la Décision disjonctive des charges, dont il n'a pas fait appel, et qui a débouché sur l'acquittement de Ngudjolo le 18 décembre 2012¹⁹².

131. L'intangibilité de l'attitude du Procureur dans cette affaire, recherchant par tous moyens la condamnation de Ngudjolo, défie à la fois les droits de l'accusé et l'équité de la procédure. Elle est contraire au principe de la présomption d'innocence¹⁹³ et aux règles du procès équitable. Il faut bien voir, en effet, que le Procureur s'en tient invariablement à une certaine vérité : celle énoncée dans sa théorie. Tout son effort reste concentré sur la recherche des éléments qui viennent étayer sa thèse. Il refuse alors obstinément d'entendre le point de vue contraire. Aussi le voit-on ne prêter aucune attention à tout élément généralement quelconque qui viendrait à prouver l'existence d'une autre théorie à côté de la sienne.

132. Alors même que maints témoins ont déposé devant la Chambre de première instance II sur l'implication des autorités congolaises, en l'occurrence le président Kabila, dans le

¹⁹⁰ Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, « Décision relative à la confirmation des charges », 16 décembre 2011, ICC-01/04-01/10-465-Red-tFRA, §51.

¹⁹¹ EVD-D03-00139.

¹⁹² Jugement du 18 décembre 2012.

¹⁹³ Voir à cet effet l'article 66 du Statut.

massacre de Bogoro avec sa structure appelée l'EMOI¹⁹⁴, le Procureur considère cela comme un fait anodin. Et pourtant, dans sa propre théorie, contrairement aux apparences, beaucoup de zones d'ombre subsistent.

133. En effet, le Procureur a soutenu que Ngudjolo avait dépêché Boba Boba dans le village d'Aveba rencontrer Katanga aux fins d'y négocier le plan d'attaque de Bogoro. Des personnes ont été entendues par le Procureur, qui ont affirmé cela. D'un, le Procureur lui-même n'a jamais entendu Boba Boba. De deux, ces personnes qui auraient vu Boba Boba négocier le plan à la demande de Ngudjolo n'ont jamais été confrontées à lui ni à l'acquitté. P-279, pourtant un autre témoin du Procureur, a déclaré que c'est plutôt Katanga qui avait fait mouvement à Zumbe¹⁹⁵. Pour P-219, un autre témoin du Procureur, Boba Boba n'est jamais venu à Aveba avant l'attaque de Bogoro¹⁹⁶. P-219 a soutenu également n'avoir jamais eu connaissance du fait que des commandants de Zumbe participaient à des réunions chez les Ngiti pour préparer l'attaque de Bogoro du 24 février 2003¹⁹⁷. Un autre témoin du Procureur encore, P-12, a déposé devant la Chambre sur le fait que les deux structures, FNI et FRPI, ne se connaissaient même pas avant le 18 mars 2003¹⁹⁸. Le Procureur, à ce jour, ne donne aucune explication plausible sur ces contradictions qui émaillent la déposition de ses témoins sur un même fait. Aucun juge de première instance raisonnable, devant ces contradictions, ne peut condamner.

134. La faillite du Procureur est totale relativement à l'enquête sur l'attaque de Bogoro. Le principe du contradictoire est la marque même de toute démocratie judiciaire. Et c'est cela que visaient les Rédacteurs des textes juridiques fondamentaux de la Cour pénale internationale qui ont voulu que les accusés bénéficient des standards les plus élevés des droits de l'homme qui caractérisent à juste raison aujourd'hui le courant doctrinal dit de l'Humanisme judiciaire¹⁹⁹. Au regard de la théorie qu'il développe et qu'il abandonne, sans s'en rendre compte en optant finalement pour la disjonction des deux causes, à savoir que

¹⁹⁴ Les témoins [EXPURGE] ont fourni à ce sujet des détails sur lesquels le Procureur n'a jamais enquêté : ICC-01/04-01/07-T-242-Red-FRA WT, 30 mars 2011, p.38, l.12-16 ; ICC-01/04-01/07-T-247-FRA ET WT, 14 avril 2011, p.69, l.8 - p.73, l.7 ; ICC-01/04-01/07-T-249-Red-FRA WT, 18 avril 2011, p.60, l.2 - p.63, l.1 ; ICC-01/04-01/07-T-252-FRA ET WT, 21 avril 2011, p.51, l.20 - p.52, l.24.

¹⁹⁵ ICC-01/04-01/07-T-144-Red2-FRA WT, 20 mai 2010, p.49, l.19-25, p.50, l.1.

¹⁹⁶ ICC-01/04-01/07-T-208-Red-FRA WT, 21 octobre 2010, p.38, l.22 - p.39, l.6.

¹⁹⁷ *Idem*, p.38, l.7-12.

¹⁹⁸ ICC-01/04-01/07-T-195-Red-FRA WT, 29 septembre 2010, p.18, l.5-6, 8-11, p.27, l.5-7

¹⁹⁹ R. BAR HAIM, « Une vision du droit pénal international : « L'Humanisme judiciaire » Régulation du droit pénal international par la codification des garanties internationales d'équité du procès pénal », (2010) *Revue québécoise de droit international (hors-série)*, p.341-396 (« BAR HAIM »).

Katanga et Ngudjolo ont concocté un plan en vue de raser le village de Bogoro de la carte en tuant plus de 200 personnes, ses méthodes d'enquêtes paraissent irrationnelles, incohérentes et incomplètes.

135. Ceci précisé, les soutènements à l'appui du deuxième moyen d'appel du Procureur ne peuvent être accueillis. Ils ne constituent que la tentative de restauration vaine des témoins incompetents, inaptes à dire la vérité sur l'attaque de Bogoro. Il s'indique, dans ce qui va suivre, de rencontrer l'argumentaire du Procureur à l'appui de son deuxième moyen d'appel. Ce qui implique d'exposer, dans un premier temps la substance de son deuxième moyen (II) et les linéaments de sa réfutation (III).

II. Exposé du deuxième moyen d'appel du Procureur

136. Le Procureur reproche d'abord à la Chambre II une mauvaise évaluation de sa preuve documentaire, la *Lettre Savon*, au motif que le cachet y étant apposé a bien été authentifié et que le témoignage de l'auteur de cette lettre, D03-66, n'a pas été considéré dans son entièreté ; qu'il en est de même avec les autres éléments corroboratifs²⁰⁰. Se penchant ensuite sur l'évaluation de la crédibilité des témoins de l'Accusation, le Procureur fait grief également à la Chambre de première instance II d'une errance par l'exclusion des éléments corroboratifs en refusant d'évaluer les éléments essentiels de la preuve présentés par ses témoins P-250, P-279, P-280, P-28, P-219 et P-160²⁰¹. Le Procureur, enfin, reproche à la Chambre de première instance II de n'avoir pas déduit des inférences factuelles à partir des aveux de l'acquitté à P-317²⁰², à P-12 et à P-219 tout comme le premier juge aurait exclu les aveux de Katanga à P-12 et à P-160. Finalement, est aussi stigmatisée l'exclusion par la Chambre de première instance II de la preuve par ouï-dire du Procureur.

III. Réfutation du deuxième moyen d'appel du Procureur

A. En ce qui concerne la mauvaise évaluation prétendue de la seule preuve documentaire présentée par le Procureur : la *Lettre Savon*

²⁰⁰ Mémoire d'appel du Procureur, §87.

²⁰¹ *Idem*, §100.

²⁰² *Idem*, §122.

137. Pour le Procureur, la Chambre de première instance II n'a pas considéré le témoignage de l'auteur de la *Lettre Savon*, D03-66, dans son entièreté ainsi que d'autres éléments corroboratifs²⁰³. Selon lui, la *Lettre Savon* est un élément essentiel de preuve documentaire puisqu'elle corroborait de manière indirecte les témoignages des témoins P-250 et P-28 sur le fait que Ngudjolo avait envoyé une délégation de Zumbe pour rencontrer Katanga à Aveba et sur le fait que la milice de Bedu-Ezekere, alliée au FRPI, avait une structure organisée dont les quartiers généraux se trouvaient à Zumbe²⁰⁴.

138. Cette branche du deuxième moyen d'appel ne peut être accueillie en raison, d'abord, de l'irrecevabilité même de ce moyen (1) et ensuite, en raison de son caractère infondé (2).

1. L'irrecevabilité de ce moyen

139. La Défense tient à rappeler avec force la Décision 3319 de la Chambre de première instance II portant disjonction des charges entre les deux accusés en date du 21 novembre 2012.

140. Aux termes de cette décision, la Chambre II a décidé, à l'unanimité, de l'exclusion des témoignages de P-250 et de P-219²⁰⁵ suite à son évaluation de la crédibilité des témoins clés du Procureur. Cette décision contient une motivation suffisamment longue et adéquate des raisons justificatives de cette exclusion.

141. A la notification de cette Décision disjonctive des charges, le réflexe normal de tout Procureur aurait été de l'entreprendre en appel ou à tout le moins de donner un avis aux parties et aux participants mentionnant qu'il conteste cette évaluation de la Chambre. Or, le Procureur a triplement acquiescé à cette décision; d'abord, en s'abstenant de tout appel contre elle; ensuite, en contrant les arguments au soutien de l'appel de la Défense Katanga et enfin en se ralliant sans réserve à cette décision. Selon la règle 155 du Règlement de procédure et de preuve (ci-après « RPP »), lorsqu'une partie souhaite faire appel d'une décision interlocutoire visée à l'article 82(1)(d) du Statut, elle doit le faire dans un délai de cinq jours à partir du moment où elle en prend connaissance en présentant à la Chambre de première

²⁰³ *Idem*, §87.

²⁰⁴ *Idem*, §89.

²⁰⁵ Décision 3319, §39.

instance une requête écrite exposant ses motifs²⁰⁶. Il va sans dire que le Procureur a largement dépassé ce délai et a ainsi manifesté son accord avec le contenu de cette décision.

142. Le moins que la Défense puisse dire c'est qu'en acquiesçant et en adhérant à la Décision disjonctive des charges, le Procureur a totalement épousé la motivation de la Chambre de première instance II. Le Procureur a souscrit tant au dispositif qu'à tous les motifs au soutien de ce dispositif de la Décision 3319. Ce faisant, il n'est plus recevable, étant largement forclos, à prendre appui sur des témoins dont le premier juge avait exclu la déposition dans son jugement pour fonder toute condamnation contre l'acquitté; leurs contradictions, leurs incohérences et leurs insuffisances ayant fait naître un doute sérieux quant à la responsabilité pénale de l'acquitté. En conséquence, il devient illogique, au moment de l'acquittement pourtant prévisible de Ngudjolo dès la disjonction des charges, de tenter à présent la restauration de la crédibilité des témoins désavoués.

143. Pour cette raison, la Chambre de céans devrait se rendre à l'évidence que la Décision de disjonction des charges a acquis l'autorité de la chose jugée à l'égard de toutes les parties et de tous les participants. Elle ne peut être remise en cause tant dans son dispositif que dans tous ses motifs par le Procureur à l'occasion de son appel contre le Jugement d'acquittement du 18 décembre 2012. En tout état de cause, une telle remise en question est injustifiée.

2. Le caractère infondé de ce moyen

144. La Défense, contrairement au Procureur, soutient que la *Lettre Savon* ne corrobore ni le témoin P-250, ni le témoin P-28.

145. La Chambre de céans doit se poser une question fondamentale avant toute chose : que représente en réalité cette *Lettre Savon* et pourquoi le Procureur y tient tant ? Sans préjudice des développements que la Défense a déjà consacrés à cette lettre quand elle avait discuté du plan commun dans ses conclusions devant le premier juge qui doivent ici être tenues pour textuellement et intégralement reproduites, la *Lettre Savon* ne prouve rien du tout contre

²⁰⁶ Voir à titre d'exemple la décision suivante qui autorise la Défense de Germain Katanga à interjeter appel de la décision disjonctive des charges suite à sa requête présentée dans les délais : Décision de la Chambre II en autorisation d'appel de la Décision 3319.

Ngudjolo²⁰⁷. Nonobstant le témoignage en personne de l'auteur de cette lettre (D03-66) qui explique la lettre, rien dans le contenu de cette dernière ne fait mention ni de près ni de loin de Mathieu Ngudjolo ni de Boba Boba (son présumé subordonné qui serait allé négocier le plan d'attaque de Bogoro à Aveba). La Défense ne comprend pas en quoi cette lettre viendrait corroborer les témoignages de P-250 et P-28. D'ailleurs, la Défense s'étonne que le seul document (parmi les 261 versés en preuve²⁰⁸) cité par le Procureur afin d'appuyer ses témoins, dont un qui avait déjà été déclaré non crédible par la Chambre avant son Jugement, soit cette *Lettre Savon*.

146. D'abord, cette lettre n'a pas pour auteur l'acquitté. Son auteur véritable n'a reçu aucune injonction démontrée par le Procureur de la part de Ngudjolo pour l'écrire. Le destinataire de cette lettre, Oudo, est vivant. Le Procureur a décliné la proposition de citation et d'audition de nouveaux témoins que la Chambre a faite aux parties et aux participants²⁰⁹. Or, c'eût été l'occasion pour lui de faire attirer Oudo à la barre des témoins afin qu'il éclairât la Chambre sur le contenu de cette lettre. Des témoins du Procureur, sur le voyage de cette délégation prétendument dépêchée par Ngudjolo à Aveba, se contredisent. P-250 avance que la délégation est partie de Zombe à Aveba²¹⁰. P-279 dit plutôt que c'est Katanga qui est allé à Zombe²¹¹. P-219, pourtant omniprésent à Aveba, à cette époque, n'en a jamais entendu parler ni vu²¹². P-250, ainsi que la Défense a déjà eu à le souligner devant la Chambre de première instance II, est des plus flous au sujet de cette lettre. Il a dit ne l'avoir jamais vue mais qu'elle faisait bien partie du voyage et qu'elle se trouvait entre les mains des responsables hauts gradés²¹³. Les recherches ont révélé que l'absorption subséquente de nouvelles informations sur un incident peut radicalement modifier la mémoire originale d'un témoin²¹⁴. Lorsque des

²⁰⁷ Conclusions finales de Mathieu Ngudjolo, §711-741.

²⁰⁸ Jugement du 18 décembre, §24.

²⁰⁹ ICC-01/04-01/07-T-222-Red-FRA CT WT, 24 novembre 2010, p.64-68 ; Courriel de la Chambre du 25 octobre 2011, intitulé « informations relatives à la conduite de l'instance », comportant notamment les instructions suivantes : « La présentation des moyens de la Défense de Mathieu Ngudjolo touchant bientôt à sa fin, la Chambre fixe au 21 novembre 2011 à 16 heures le délai pour lui soumettre toute proposition de témoins qu'elle pourrait citer à comparaître ou de preuves documentaires dont elle pourrait ordonner la production, ainsi que toute éventuelle requête des deux équipes de défense tendant, dans le cadre de la fin de la présentation de leur cause, à la production de preuves documentaires sans le truchement d'un témoin, qu'elle soit assortie ou non d'une demande fondée sur la norme 35-2 du Règlement de la Cour. Le délai de réponse à ces éventuelles demandes expirera le 28 novembre 2011 à 16 heures. ».

²¹⁰ ICC-01/04-01/07-T-92-Red2-FRA WT, 28 janvier 2010, p.57, l.1-7, p.58, p.59, l.1-9.

²¹¹ ICC-01/04-01/07-T-144-Red2-FRA WT, 20 mai 2010, p.49, l.19-25, p.50, l.1.

²¹² ICC-01/04-01/07-T-208-Red-FRA WT, 21 octobre 2010, p.39, l.3-12.

²¹³ Conclusions finales de Mathieu Ngudjolo, §741.

²¹⁴ A. HEATON-ARMSTRONG, E. SHEPHERD, G. GUDJONSSON et D. WOLCHOVER, *Witness Testimony, Psychological, Investigative and Evidential Perspectives*, New York, Oxford University Press, 2006, §1.16

individus sont informés de certains faits dont ils auraient pu avoir connaissance, ils tendent à imaginer, ou du moins c'est ce qu'ils prétendent, qu'ils le savaient depuis le début²¹⁵. La Défense soumet que c'est exactement ce qui s'est passé dans le cas de P-250 lorsque lui a été présenté cette lettre. Mais ses connaissances réelles du contenu de cette lettre sont incertaines. De plus, il ne faut pas minimiser l'impact de la couverture médiatique préalable à l'instance qui est un facteur devant être considéré lors de l'évaluation de la crédibilité d'un témoin²¹⁶.

147. Ensuite, il n'est pas exact de soutenir que la milice de Bedu Ezekere avait une structure organisée alliée au FRPI et commandée par Ngudjolo. D'un, P-12, témoin du Procureur, a témoigné que les deux structures, FNI et FRPI, ne se connaissaient pas avant le 18 mars 2003. Elles ne se sont connues que le 18 mars 2003 à Bunia²¹⁷. Ce fait est incontesté par P-219 aussi²¹⁸. De deux, Katanga, dont la crédibilité du témoignage n'a pas été entamée par le Procureur, n'avait jamais eu un seul contact, ni par phonie, ni physique avec Ngudjolo avant le 8 mars 2003, date de leur toute première rencontre à Dele²¹⁹. D'ailleurs, la possibilité de communication par des moyens et appareils modernes était nulle. Katanga a admis avoir disposé d'un téléphone satellitaire de marque Thuraya à son retour de Beni²²⁰ alors que de l'admission faite par le Procureur même, Ngudjolo n'en disposait pas. Les talkies-walkies dont disposaient les combattants ngiti ne couvraient guère un périmètre de plus de 5 kilomètres carrés²²¹. De trois, le Procureur a lui-même admis finalement que l'alliance entre les deux groupes a été postérieure au 22 mars 2003. Voilà pourquoi, il a mis le nom du FNI en rade dans ses Conclusions finales devant le premier juge dans lesquelles il a soutenu désormais la bien erronée théorie de l'usage rétrospectif du sigle FNI par ses témoins²²².

148. Pourquoi, si elle avait été écrite d'ordre de Ngudjolo, cette lettre ne cite même pas son nom ? Aucune corroboration n'existe entre cette lettre et P-250 dont la présence à Bedu-

(« HEATON-ARMSTRONG *et al.* ») : “Subsequently absorbing new information about the incident can radically alter a witness's original memory”.

²¹⁵ HEATON-ARMSTRONG *et al.*, §1.36: “Research has revealed that when people are informed of some fact which *could* have been within their knowledge they tend to imagine –or at least they claim- that they ‘knew it all along’”.

²¹⁶ TPIY, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Duško Tadić*, IT-94-1-T, « Jugement », 7 mai 1997, §544 (« Jugement Tadić »).

²¹⁷ ICC-01/04-01/07-T-195-Red-FRA WT, 29 septembre 2010, p.18, l.1-11.

²¹⁸ ICC-01/04-01/07-T-209-Red-FRA WT, 22 octobre 2010, p.28, l.4-7, p.50, l.22-28 – p.51, l.1-6.

²¹⁹ ICC-01/04-01/07-T-317-FRA CT WT, 5 octobre 2011, p.33, l.6-10 ; ICC-01/04-01/07-T-318-FRA CT WT, 6 octobre 2011, p.36, l.17-27 ; ICC-01/04-01/07-T-322-FRA CT WT, 13 octobre 2011, p.21, l.28 - p.23, l.8.

²²⁰ ICC-01/04-01/07-T-317-FRA CT WT, 5 octobre 2011, p.33, l.21-28.

²²¹ *Idem*, p.34, l.2-4.

²²² Conclusions finales du Procureur, §307.

Ezekere, à l'époque pertinente, est douteuse. Tel est le sens de son exclusion par le premier juge dans la Décision 3319 portant disjonction des charges²²³.

149. P-28 est un témoin non crédible. La Chambre a correctement motivé le rejet de son témoignage en ce qui concerne la participation de Ngudjolo aux attaques de Bogoro et de Mandro, celle-ci concluant que P-28 n'est pas crédible lorsqu'il affirme avoir été milicien²²⁴.

150. Le Procureur incite la Chambre de céans à croire P-250 et P-28 sur parole. Cela dénote d'un manque d'objectivité et d'un souci d'obstruction à la manifestation de la vérité. Le premier juge ne pouvait attacher aucune valeur probante à la *Lettre Savon*. L'auteur de cette lettre a assumé la responsabilité de sa rédaction. Aucun lien généralement quelconque n'est établi avec Ngudjolo, son nom n'étant même pas cité dans cette lettre. La Défense a peine à comprendre la raison pour laquelle le Procureur n'a pas daigné faire citer Boba Boba devant la Chambre II afin qu'il édifie celle-ci sur tous les faits qui lui ont été imputés par les témoins à charge. Boba Boba, Major des Forces Armées de la République Démocratique du Congo, était pourtant à sa portée. Etant parvenu à obtenir la *Lettre Savon* grâce à une prétendue saisie pratiquée par le Parquet de grande instance de Bunia, le Procureur était à même de faire procéder à l'audition de Boba Boba par les autorités militaires judiciaires congolaises compétentes ou même de l'approcher comme témoin. La Défense s'étonne que le Procureur, dans tout l'Ituri, n'ait jeté son dévolu que sur P-250 qui a menti sur le décès de ses géniteurs biologiques pour venir témoigner sur des faits qu'il n'a jamais vécus²²⁵.

151. Selon le Procureur, le cachet de la *Lettre Savon* aurait bien été authentifié vu la confirmation par D03-66 de l'existence d'un cachet sur la lettre qu'il a admis avoir rédigée²²⁶. Toutefois, il convient de rappeler que ce même témoin a également mentionné que ce n'était pas lui qui avait apposé le cachet se trouvant sur la lettre, malgré qu'il en soit l'auteur²²⁷, ce qui suppose une certaine contrefaçon de la *Lettre Savon*. La jurisprudence rappelle que « l'établissement de l'authenticité du document pertinent et de son contenu par la partie cherchant à s'y appuyer est capital dans la détermination de la crédibilité et de la fiabilité

²²³ Décision 3319, §39.

²²⁴ Jugement du 18 décembre 2012, §253, 254.

²²⁵ ICC-01/04-01/07-T-102-CONF-FRA ET, 15 février 2010, p.46, l.24 - p.48, l.11 ; ICC-01/04-01/07-T-92-CONF-FRA ET, 28 janvier 2010, p.77, l.15 - p.78, l.7 ; ICC-01/04-01/07-T-93-CONF-FRA CT, 29 janvier 2010, p.10, l.8-10.

²²⁶ Mémoire d'appel du Procureur, §94.

²²⁷ ICC-01/04-01/07-T-296-CONF-FRA ET, 23 août 2011, p.42, l.22-28, p.43, l.1-20 ; ICC-01/04-01/07-T-297-CONF-FRA ET, 24 août 2011, p.47, l.8-28, p.48, l.1-10.

d'une preuve littérale »²²⁸. L'appréciation de l'authenticité d'un document comprend l'examen de sa forme et dans son évaluation, la Chambre doit déterminer « si le document est signé, scellé, certifié ou revêtu d'un cachet ou s'il a été officiellement sanctionné par toute autorité ou organisme »²²⁹. C'est donc à bon droit que la Chambre II a conclu qu'elle ne pouvait déterminer dans quelles conditions et à quel moment ce tampon a été placé sur la lettre²³⁰.

152. Le Procureur reproche à la Chambre de première instance II de n'avoir tiré aucune conclusion quant à l'authenticité de la lettre elle-même²³¹.

153. Quelles conclusions raisonnables la Chambre devait-elle tirer de cette lettre dont l'auteur est D03-66 ? L'existence de cette lettre et l'abord de son contenu ont fait l'objet d'entretien entre les membres du Bureau du Procureur et le témoin lors de l'enquête préjuridictionnelle²³². En quoi cette lettre était-elle hautement incriminante pour Ngudjolo ? Si le Procureur considère que son auteur a menti, pourquoi ne sollicite-t-il pas l'application de la loi sur le faux témoignage ? D'ailleurs, l'affirmation du Procureur selon laquelle D03-66 avait intérêt à mentir est hautement spéculative et n'est aucunement étayée par la preuve²³³. Le contenu de cette lettre n'a pas été dicté par Ngudjolo. Le Procureur, pour avoir omis de faire citer le destinataire de cette lettre, soit l'opérateur Oudo, a empêché la Chambre de parvenir à la manifestation de la vérité. Cette lettre ne prouve aucun contact entre Ngudjolo et Katanga et encore moins la qualité de Chef de Bedu-Ezekere ou du FNI de Ngudjolo. Malgré les arguments avancés par le Procureur portant sur l'authenticité de la lettre et de son cachet, le contenu de celle-ci n'est pas en soi incriminant quant à Ngudjolo ; elle ne démontre d'aucune façon comment l'acquitté aurait été impliqué de près ou de loin dans l'attaque de Bogoro. La Chambre, avec raison, ne pouvait conclure à l'existence d'un état-major à Zumbe en janvier 2003 sur la seule base du témoignage de P-250, dont la crédibilité fut grandement ébranlée, et d'un cachet non authentifié²³⁴.

²²⁸ TPIR, Chambre de première instance I, *Le Procureur c. Alfred Musema*, ICTR-96-13-T, « Jugement et Sentence », 27 janvier 2000, §64 (« Jugement Musema »).

²²⁹ Jugement Musema, §66, 67.

²³⁰ Jugement du 18 décembre 2012, §374

²³¹ Mémoire d'appel du Procureur, §96.

²³² Voir notamment DRC-OTP-0177-0249.

²³³ Mémoire d'appel du Procureur, §96.

²³⁴ Jugement du 18 décembre 2012, §375.

154. Il faut bien savoir, comme le souligne la doctrine, s'agissant de la preuve documentaire, que la norme de preuve requise pour l'admissibilité est clairement plus basse que pour la détermination finale de la question en jeu, lorsque la valeur probante exacte de tous les éléments de preuve est évaluée devant la Chambre²³⁵. C'est pour cette raison que « [t]outes les chambres ont pris le soin d'insister sur la distinction fondamentale entre l'admission d'un élément de preuve documentaire et le poids qui doit lui être accordé »²³⁶.

155. Tel que rappelé par la jurisprudence, la preuve documentaire est « considérée comme une forme distincte de preuve [et elle] [...] soulève un certain nombre de questions particulières touchant à l'appréciation de sa recevabilité et de sa valeur probante »²³⁷. En effet, la doctrine nous enseigne qu'un élément de preuve documentaire, tel la *Lettre Savon*, doit être associé à un témoignage pour recevoir son plein effet²³⁸. De plus, il est aussi de jurisprudence qu'un verdict de culpabilité ne pourrait être basé seulement sur une preuve documentaire non corroborée²³⁹.

156. Le Procureur décrie l'approche fragmentaire de la Chambre de première instance II en arguant du fait que celle-ci a commis une erreur claire en ne prenant pas en considération les éléments corroboratifs de P-250 et P-28²⁴⁰. Ces éléments ne sont que le fruit de la débordante imagination fertile du Procureur. Ils ne sont nullement concrétisés. Le Procureur n'apporte pas la preuve et ne démontre pas la présence de P-250 à Bedu-Ezekere. Tel qu'en fait état la doctrine, « on peut dire que la qualité établie d'une preuve sera toujours préférée à la quantité »²⁴¹, et c'est pourquoi les témoignages de P-250 et P-28, de piètre qualité et bien peu crédibles, ne peuvent servir à titre corroboratif. L'autorité de Ngudjolo que démontrerait cette lettre n'est que putative. Elle n'existe que dans l'esprit du Procureur. Le Procureur qui reproche à la Chambre II de négliger l'ensemble de la preuve²⁴² est à ce jour incapable de relever les défis que lui a lancés la Défense dans ses conclusions orales le 22 mai 2012 dont

²³⁵ KHAN *et al.*, p.453 : “[...] the standard of proof required for admissibility is clearly lower than the standard of proof required in the final determination of the issue at hand, when the exact probative value of all evidence before the chamber is weighed up.”

²³⁶ *Idem*, p.493 : “All chambers have been careful to stress the fundamental distinction between the admissibility of documentary evidence and the weight it is to be accorded.”

²³⁷ Jugement Musema, §54.

²³⁸ A. CASSESE, P. GAETA et J.R.W.D. JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court : a commentary*, Volume II, New York, Oxford University Press, 2002, p.1299 (« CASSESE *et al.* ») : “[...] documentary evidence needs, in order to have full effect, to be associated with testimony.”

²³⁹ TPIY, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Milan Martić*, IT-95-11-AR73.2, « Decision on appeal against the Trial's Chamber decision on the evidence of witness Milan Babic », 14 septembre 2006, §20.

²⁴⁰ Mémoire d'appel du Procureur, §97.

²⁴¹ NIYUNGEKO, p.407.

²⁴² Mémoire d'appel du Procureur, §98.

celui de produire un seul document antérieur au 24 février 2003 ou contemporain à l'attaque de Bogoro prouvant l'autorité de Ngudjolo²⁴³. Le Procureur, dans ce registre, juge inapproprié le rejet de tous les éléments de preuve indépendants sans considérer leurs indices de fiabilité²⁴⁴. La Chambre de céans cherchera en vain dans le Mémoire d'appel du Procureur la moindre indication de ces autres éléments et les indices de fiabilité vantés. Le contrôle qu'elle doit exercer sur le jugement litigieux n'autorise pas des devinettes de sa part.

B. En ce qui concerne la mauvaise évaluation prétendue des témoins du Procureur

157. La Chambre de première instance, d'après le Procureur, aurait erré pour avoir négligé les éléments de preuve corroboratifs dans l'évaluation des témoignages de P-250, P-279, P-280, P-28, P-219 et P-160²⁴⁵.

1. Le cas du témoin P-250

158. Le Procureur estime que la Chambre de première instance II a commis une erreur dans l'évaluation de son témoignage pour n'avoir pas tenu compte des éléments suivants, à savoir : P-250 était milicien à Zumbe ; Ngudjolo est devenu le leader lorsque le groupe FNI est devenu sérieux et il a envoyé une délégation à Aveba pour planifier l'attaque de Bogoro.

159. Pour avoir acquiescé à la Décision portant disjonction des charges qui a déconsidéré le témoignage de P-250, le Procureur n'est plus fondé à revenir sur ce témoin. Les raisons avancées *supra* au sujet de cette disjonction des charges valent *mutatis mutandis* ici²⁴⁶. De façon on ne peut plus claire, explicite et sans équivoque, la Chambre de première instance II a entendu dissocier la cause de Ngudjolo de celle de Katanga²⁴⁷. Par la même occasion, elle a

²⁴³ ICC-01/04-01/07-T-339-FRA ET WT, 22 mai 2012, p.44, l.2-5.

²⁴⁴ Mémoire d'appel du Procureur, §98.

²⁴⁵ *Idem*, §100.

²⁴⁶ Voir les §115-119 du présent document.

²⁴⁷ Décision 3319, §62 : « La dissociation du cas de Mathieu Ngudjolo, qui répond au surplus à la double exigence d'équité et de diligence formulée par l'article 64 du Statut, ne peut dès lors que conduire la Chambre à ordonner la disjonction des charges portées contre lui et à se prononcer distinctement sur leur bien fondé sans qu'il soit besoin, pour lui, de soumettre des observations sur la requalification envisagée pour son co-accusé. » §61 : « En revanche, la mise en œuvre de cette disposition à l'égard de Germain Katanga est d'évidence susceptible de prolonger la procédure en ce qui le concerne. Il apparaît dès lors inutile à la Chambre de différer le prononcé de la décision concernant Mathieu Ngudjolo jusqu'à ce qu'il soit statué sur le sort de Germain

fait savoir publiquement à toutes les parties et à tous les participants qu'elle déconsidérerait les témoignages de P-250 et de P-219 pour défaut de crédibilité²⁴⁸.

160. Or, ces deux témoins constituaient les piliers de la preuve testimoniale du Procureur pour la démonstration de toutes les charges retenues contre Ngudjolo. En cet instant précis, le Procureur ne pouvait plus compter beaucoup sur P-279 et P-280, les ayant lui-même déjà disqualifiés à titre d'enfants soldats dans son mémoire final remis au premier juge pour défaut manifeste de crédibilité²⁴⁹. L'édifice probatoire du Procureur, à partir de ce moment, ne tenait plus à un seul témoin crédible. Comme il le fut soulevé au paragraphe 118 du présent document, si l'entendement de la Défense est incorrect, le Procureur aurait donc dû envisager, à l'heure de la publication de la Décision portant disjonction des charges, les mesures nécessaires en vue d'en appeler contre cette décision qui lui privait des témoins précieux pour escompter la condamnation de Ngudjolo. Le Procureur avait donc le loisir, dès l'instant où le premier juge a dit ne plus attacher aucune crédibilité à P-219 et à P-250, de solliciter une réouverture des débats pour tenter un choc de « ré-crédibilisation » desdits témoins, étant entendu que tous ses espoirs se fondaient principalement sur eux pour faire condamner Ngudjolo. Bien, au contraire le Procureur a croisé les bras. Il s'est inscrit triplement dans une logique sans ambages de soutien à la Décision 3319 d'abord en y acquiesçant, en contrant les arguments avancés par Katanga à l'appui de son appel contre cette décision ensuite²⁵⁰ et, enfin, en s'y ralliant totalement par sa note d'observations du 8 avril 2013²⁵¹.

161. Il était donc clairement entendu que la Chambre de première instance II s'acheminait lentement mais sûrement vers un jugement d'acquiescement de Ngudjolo, après avoir, à ce stade des délibérations, minutieusement analysé tous les éléments de preuve²⁵². Soucieux de

Katanga et, pour le premier nommé, il convient, selon les termes mêmes de la règle 136-1 précitée, « d'éviter de [lui] causer un préjudice grave » ce qui implique de mettre fin à la procédure à bref délai. ».

²⁴⁸ Décision 3319, §39 : « En ce qui concerne, en particulier, la Défense de Germain Katanga, il convient, pour la Majorité, de s'assurer qu'elle dispose du maximum d'éléments d'information et qu'elle est ainsi en mesure de formuler des observations aussi précises que possible. A cet égard, il lui semble utile de mettre la Défense en mesure de prendre d'ores et déjà en compte l'évaluation que la Chambre a faite, à l'unanimité, de la crédibilité des témoins-clés du Procureur. Il s'agit, en l'occurrence, des témoins P-219 et P-250 sur les dépositions desquels la Chambre estime ne pas devoir se fonder. Cette information permettra à la Défense d'identifier plus rapidement les éléments de preuve auxquels, en l'espèce, elle devrait pouvoir s'abstenir de se référer. ».

²⁴⁹ Conclusions finales du Procureur, §74.

²⁵⁰ Judgment on the appeal against the Decision 3319, §13, 70, 72, 73.

²⁵¹ Prosecution's observations on Article 25(3)(d).

²⁵² Décision 3319, §2 : « [...] la Majorité a objectivement examiné l'ensemble des éléments de preuve relatifs au rôle de Germain Katanga et considéré qu'il y avait lieu, en l'espèce, de proposer une requalification. » ; §9 : « Dans la mesure où cette démarche ne concerne pas l'accusé Mathieu Ngudjolo, la décision prononce également la disjonction des charges portées contre lui. » ; §17 : « La Majorité souligne qu'une requalification intervient le

rester fidèle à sa logique de la théorie du plan commun entre les coaccusés, le Procureur devait donc s'opposer à cette disjonction. Or, tant en termes de ses observations à l'appel relevé par Katanga contre la Décision 3319 que dans sa note d'observations ultérieure adressée à la Chambre de première instance II relativement à l'article 25(3)(d)(ii), le Procureur a approuvé la démarche suivie par le premier juge dans son intégralité. Il a donc, en conséquence, souscrit à la conclusion du manque de crédibilité des témoins P-250 et P-219. Logiquement, le Procureur n'est plus fondé, à l'occasion du Jugement d'acquiescement du 18 décembre 2012, à exprimer un mécontentement contre cette Décision 3319 qui était prévisible²⁵³.

1.1. P-250 : étudiant ou milicien ?

162. En tout état de cause, la présence du témoin P-250 à Zombe et surtout sa qualité de combattant ayant suscité un doute que le Procureur n'a pas réussi à dissiper²⁵⁴, ses affirmations ne sauraient être tenues pour vraies. La circonstance que la Chambre ait considéré certains de ses propos comme vrais ne déduisent pas la conviction sur la réalité de ses affirmations dont les contradictions ont été établies par la Chambre. En conformité avec la doctrine élaborée sur le sujet, l'on doit conclure que des informations incompatibles retrouvées au cœur d'un même témoignage enlèvent à ce dernier toute valeur probante²⁵⁵. L'exactitude de certains des faits relatés par P-250 ne permet pas de rétablir la crédibilité accordée à l'ensemble de son témoignage. Au lieu de contredire la motivation de la Chambre de première instance II quant à ce, le Procureur s'attache à ce qu'il a toujours pris pour parole d'évangile sans le moindre esprit critique, à savoir que Ngudjolo a dépêché une délégation à Aveba pour planifier l'attaque de Bogoro avec Katanga. D'un, Katanga lui-même a dit avoir

plus souvent lorsque les juges disposent de l'ensemble des éléments de preuve produits, des conclusions écrites des parties et des participants qui constituent une ultime et utile synthèse de leurs positions respectives ainsi que des propos qu'ils ont tenus lors de leurs dernières observations orales. » ; §19 : « [...] c'est sur la base de l'examen approfondi des éléments de preuve figurant au dossier que la Majorité a été conduite à envisager une telle requalification juridique en ce qui concerne Germain Katanga. ».

²⁵³ Décision 3319, §59 : « [...] la mise en œuvre de la norme 55 à l'égard de Germain Katanga, et de lui seul, doit à ce stade, conduire la Chambre, unanime sur ce point, à ordonner, conformément à l'article 64-5 du Statut, la disjonction des charges portées contre Mathieu Ngudjolo. » ; §60 : « Et elle se doit de statuer d'office, en application de la règle 136-1 du Règlement, dès lors que, s'agissant de Mathieu Ngudjolo, elle n'entend pas procéder à une modification de la qualification juridique des faits ni envisager une autre forme de participation de cet accusé, ce qui exclut qu'il soit fait application, à son égard, de la norme 55. »

²⁵⁴ Jugement du 18 décembre 2012, §136-159.

²⁵⁵ NIYUNGEKO, p.354 : « [...] puisque telle preuve contient des affirmations incompatibles, il faut en conclure que certaines d'entre elles ou le tout sont faux, ce qui lui ôte toute valeur probante ».

rencontré Ngudjolo pour la première fois à Dele le 8 mars 2003²⁵⁶. Dele est différent d'Aveba. De deux, la *Lettre Samba* montre sans équivoque que l'attaque de Bogoro du 24 février 2003 a plutôt été planifiée dans le bureau de chef de l'Etat congolais²⁵⁷. Le Procureur n'a pas enquêté sur ce fait qui n'est démenti à ce jour par aucun élément de preuve contraire. De trois, la Défense de M. Katanga a admis que celui-ci a apporté une contribution notable, mais non essentielle au plan d'attaque de Bogoro conçu à Beni²⁵⁸. A cette occasion, on comprend du témoignage de Katanga qu'il a exclu Ngudjolo à haute et intelligible voix de l'organisation de l'attaque de Bogoro et de toute contribution à la réalisation dudit plan, ce dernier n'étant même pas à Aveba, lieu de la confection du plan²⁵⁹. De quatre, Dark a déclaré à P-317 et dans un élément filmé provenant du Procureur lui-même, qu'il occupait Bogoro et qu'il recevait ses instructions de Katanga²⁶⁰. De cinq, Ngudjolo n'a revêtu l'uniforme militaire qu'après le 6 mars 2003 à Bunia²⁶¹. De six, par son ralliement à la Décision 3319 relative à la disjonction des charges, par son inaction le Procureur a admis la crédibilité du témoignage de Katanga. Il n'est dès lors plus autorisé à le remettre en cause, une telle remise en cause étant purement et simplement illogique et incohérente.

1.1.1. La corroboration prétendue du témoignage de P-250 par les témoins de la Défense

163. Le Procureur, toujours au soutien de son moyen d'appel sous analyse, a affirmé que D03-100 a implicitement confirmé que P-250 se tenait au cœur du cercle de la milice ; que c'est à tort que la Chambre de première instance II a exclu les éléments confirmant que Ngudjolo était le leader du groupe de milice de Bedu-Ezekere ayant attaqué Bogoro²⁶².

164. Il s'agit ici aussi, comme il en a pris l'habitude, d'une interprétation du Procureur et non de la déposition sous serment de D03-100. Celui-ci a, au contraire, explicitement exclu P-250 du rayon de la milice²⁶³. Il a fourni à la Défense les bulletins de l'intéressé²⁶⁴ qui

²⁵⁶ ICC-01/04-01/07-T-317-FRA CT WT, 5 octobre 2011, p.33, l.6-10 ; ICC-01/04-01/07-T-318-FRA CT WT, 6 octobre 2011, p.36, l.17-27 ; ICC-01/04-01/07-T-322-FRA CT WT, 13 octobre 2011, p.21, l.28 - p.23, l.8.

²⁵⁷ EVD-D03-00136.

²⁵⁸ Chambre II, « Second Corrigendum to the Defence Closing Brief », 23 avril 2012, ICC-01/04-01/07-3266-Conf-Corr2, §1216.

²⁵⁹ ICC-01/04-01/07-T-323-FRA CT WT, 14 octobre 2011, p.26, l.5-7.

²⁶⁰ ICC-01/04-01/07-T-229-Red-FRA WT, 7 décembre 2010, p.57, l.10-12.

²⁶¹ Jugement du 18 décembre, §457.

²⁶² Mémoire d'appel du Procureur, §105.

²⁶³ Conclusions finales de Mathieu Ngudjolo, §684, 685.

²⁶⁴ EVD-D03-00005 ; EVD-D03-00006 ; EVD-D03-00007 ; EVD-D03-00008 ; EVD-D03-00009.

prouvent sa qualité d'élève ayant poursuivi une scolarité complète à Walendu-Bindi incompatible avec les activités paramilitaires à Bedu-Ezekere. Selon le Procureur, les témoins de la Défense avaient intérêt à discréditer P-250 en affirmant qu'il était étudiant plutôt que milicien en 2002-2003²⁶⁵. Une fois de plus, le Procureur spéculé et n'appuie pas cette affirmation gratuite sur la preuve déposée au procès. Le Procureur, qui soutient le point de vue contraire, à savoir que P-250 était bien milicien, est dans l'incapacité de décrire concrètement à la Chambre de céans l'emploi du temps de P-250 pendant la période pertinente. Même si la Chambre a approuvé les parties substantiellement pertinentes du témoignage de P-250²⁶⁶, elle ne pourrait pousser l'imprudence, devant les multiples contradictions qui entachent sa déposition et les démentis à la fois de son père et de Katanga, jusqu'à lui accorder du crédit sur ce point précis. P-279, rappelons-le, autre témoin du Procureur, a déclaré que c'est Katanga qui a effectué le voyage à Zumbe²⁶⁷. Or, Katanga a nié, sans être contredit par le Procureur, la rencontre litigieuse.

1.1.2. L'authentification des bulletins scolaires de P-250

165. Revenons à présent aux bulletins scolaires de P-250. Le Procureur les qualifie de prétendus bulletins scolaires²⁶⁸. Conformément à ce qui a été jugé dans *l'affaire Musema* et à la doctrine « il n'est pas nécessaire de spécifiquement établir l'auteur ou l'authenticité ou même la source d'un document à l'étape de son admission »²⁶⁹.

166. La Défense informe la Chambre de céans que les bulletins vantés ont été examinés contradictoirement par les parties et les participants. Suite à leur admission, l'authenticité de ces bulletins a été reconnue par P-250 lui-même qui s'est étonné de voir qu'un dernier bulletin manquait à l'appel²⁷⁰. La Défense n'avait pas besoin de l'autorisation de P-250 pour produire ces bulletins devant le premier juge. Le Procureur ne peut lui faire grief de n'avoir pas montré ces bulletins lors de l'interrogatoire principal de D03-100. Communiquant la chaîne de

²⁶⁵ Mémoire d'appel du Procureur, §116.

²⁶⁶ *Idem*, §109.

²⁶⁷ ICC-01/04-01/07-T-144-Red2-FRA WT, 20 mai 2010, p. 49, l.19-25, p.50, l.1.

²⁶⁸ Mémoire d'appel du Procureur, §110.

²⁶⁹ KHAN *et al.*, p.493 : "It is not necessary to specifically establish authorship or authenticity or even the source of a document at the admissibility stage" ; p.494 : "After documentary evidence has been admitted, the other party 'may challenge as to when, by whom and under what circumstances th[e] material came into existence.'" ; Voir aussi Jugement Musema, §53-69.

²⁷⁰ ICC-01/04-01/07-T-105-CONF-FRA ET, 22 février 2010, p.69, l.10-12 : « R. Oui, ce... ce document vient de mon dossier... mon dossier scolaire, l'ensemble de mes pièces scolaires. Il y a d'autres documents que vous n'avez pas, par exemple, le brevet de formation en mécanique que vous n'avez pas. »

possession de ces bulletins, la Défense a révélé que ces derniers lui avaient été remis par le témoin D03-100²⁷¹. Le Procureur disposait ainsi de toutes les informations pour en enquêter sur l'authenticité et tout le loisir de contre-interroger le dit témoin à ce propos. C'est à bon droit que la Chambre de première instance a dit dans son jugement que rien n'empêchait le Procureur de le faire au cours de son contre-interrogatoire de ce témoin²⁷². Pour avoir manqué de contre-interroger D03-100 sur ces bulletins, le Procureur ne peut invoquer sa propre turpitude et en rendre comptable la Chambre de première instance II. Le Procureur se plaint aujourd'hui de l'authentification inadéquate des bulletins scolaires établissant les périodes de scolarité de P-250²⁷³. Pourtant, jusqu'à ce jour, le Procureur n'avait pas contesté l'authenticité desdits bulletins. Il ne les a jamais querellés de faux. Il n'a mené aucune enquête dans les établissements scolaires fréquentés par P-250 pour apporter la preuve contraire. L'authentification de ces bulletins a été faite par P-250 lui-même. En conséquence, le grief du défaut de tenir compte de la preuve du manque d'authentification²⁷⁴ que le Procureur formule à l'encontre de la Chambre de première instance II est dénué de tout fondement factuel et juridique. Dans l'affaire *Lubanga*, la Défense avait voulu soumettre en preuve des courriers électroniques et au moment de leur présentation, le Procureur avait contesté leur authenticité vu leur contenu qui lui apparaissait inhabituel²⁷⁵. À l'égard de cette dernière affaire, c'est de cette manière et en temps opportun que le Procureur aurait dû agir s'il avait vraiment voulu contester l'authenticité des bulletins²⁷⁶. Dans tous les cas, il demeure du ressort des juges de peser la valeur des éléments de preuve qui leur sont soumis, ce pouvoir assez large leur étant conféré²⁷⁷. En outre, en plus des principes généraux qui régissent la preuve dans un procès pénal, selon lesquels, d'une part, le Procureur a la charge de la preuve et, d'autre part, l'accusé ne peut se voir imposer le renversement du fardeau de la preuve, la norme d'administration de la preuve impose dans le cas précis une autre exigence : c'est le renversement de la preuve en cas de contestation. C'est à celui qui conteste l'authenticité d'un document qu'il incombe d'apporter la preuve. C'est donc au Procureur d'apporter la preuve

²⁷¹ *Idem*, p.79, l.1-4 : « Monsieur le Président, le faux en écriture est une altération de la vérité dans un écrit, dans le but de causer préjudice à autrui. Nous vous avons présenté des documents. Nous vous disons que ce sont les parents qui ont remis ces documents à l'équipe de défense. »

²⁷² Jugement du 18 décembre 2012, §146.

²⁷³ Mémoire d'appel du Procureur, §113.

²⁷⁴ *Idem*, §110.

²⁷⁵ ICC-01/04-01/06-T-45-FR ET WT, 27 novembre 2006, p.31, l.2-7.

²⁷⁶ Voir à cet effet, Arrêt Delalić, §640.

²⁷⁷ CASSESE *et al.*, p.1292 : « Thus, the judges can see themselves as entitled to weigh the value of the evidence submitted to them, a fairly broad power [...]. »

de la fausseté ou de l'inauthenticité de ces documents. Le défi lui avait été lancé déjà pendant le contre-interrogatoire de P-250²⁷⁸. Il ne l'a pas fait.

167. Après examen, la Chambre en est venue à la conclusion que malgré que ces bulletins « ne reflètent pas avec précision les déplacements que le témoin aurait effectués entre Kagaba et Gety, [...] [ils] forme[nt] un tout suffisamment cohérent pour jeter un doute certain sur l'appartenance de P-250 à la milice du groupement de Bedu-Ezekere »²⁷⁹. C'est ainsi à juste titre, après avoir bien scruté ces bulletins, que la Chambre de première instance II a douté de la qualité de milicien de P-250 et de sa présence à Bedu-Ezekere à l'époque pertinente, absence qui a été corroborée par d'autres témoins de la Défense. Le témoin lui-même a admis implicitement avoir menti sur sa qualité de milicien. Confronté à la déclaration écrite de son père qui spécifiait qu'il n'a jamais fait un service militaire et qu'il était élève jusqu'au jour où il a été volé par un inconnu, il a répondu : « Lorsque vous avez rencontré mon père... Il est mon père, les informations qu'il vous a données, c'est ce que vous devez prendre en considération. »²⁸⁰

1.2. Analyse des éléments de preuve prétendument corroboratifs des témoins de l'Accusation

168. Le rejet de la prétendue preuve corroborative de P-28 et P-250 ne l'est pas à tort, contrairement à ce que prétend le Procureur²⁸¹. Les quelques points de recoupement entre les témoignages de P-250 et P-28 sont dus à l'influence des intermédiaires du Bureau du Procureur dont le rôle néfaste et même délictuel avait été épinglé par la Chambre de première instance I et par la Défense dans ses conclusions finales devant la Chambre de première instance II²⁸². La Défense souhaite rappeler à la Chambre d'appel que P-250 et P-28 ont été introduits au Bureau du Procureur par les mêmes intermédiaires : P-316 [EXPURGE] et P-183 [EXPURGE]. Est-il besoin de rappeler que c'est ce dernier qui avait demandé à P-28 de

²⁷⁸ ICC-01/04-01/07-T-105-CONF-FRA ET, 22 février 2010, p.79, l.6-9 : « Nous ne voyons pas où se trouve l'inauthenticité de ce document. C'est à celui qui allègue l'inauthenticité d'un document, en l'espèce le Procureur, de vous apporter la preuve. Quant à nous, nous pensons que ces éléments doivent être versés au dossier comme pièce à décharge. »

²⁷⁹ Jugement du 18 décembre 2012, §158.

²⁸⁰ ICC-01/04-01/07-T-105-CONF-FRA ET, 22 février 2010, p.44, l.18-19.

²⁸¹ Mémoire d'appel du Procureur, §108.

²⁸² Conclusions finales de Mathieu Ngudjolo. Voir notamment §338, 472, 556 et ss., 583, 1065, 1087 et ss., 1103 et ss., 1147 et ss.

mentir à la chambre²⁸³? Est-il aussi besoin de rappeler que, de l'avis de la Chambre de première instance I, l'intermédiaire P-316 entre autres, a abusé de sa position de différentes façons notamment en persuadant ou en invitant les témoins à donner un faux témoignage devant la Cour²⁸⁴? La Défense souligne par ailleurs que P-28 et P-250 se connaissaient bien²⁸⁵, ce qui pourrait fortement expliquer la concordance de leur témoignage.

169. Par ailleurs, le Procureur n'a pas rencontré toutes les critiques motivées des dépositions de ces deux témoins émises par la Chambre de première instance II dans son Jugement²⁸⁶. Les objections du Procureur contre ce Jugement contrastent avec son ralliement inconditionnel à la disjonction des charges. Les prétendues versions détaillées de la milice lendu de Bedu-Ezekere ne démontrent pas, au-delà de tout doute raisonnable, le commandement exercé sur elle par Ngudjolo.

170. P-159, dont le témoignage théâtralement mensonger a conduit le Procureur à l'exclure de son effectif probatoire après l'exercice de son devoir d'enquête²⁸⁷, a donné également des détails croustillants et macabres sur le prétendu assassinat de sa mère et sur la présence de Ngudjolo à Bogoro le 25 février 2003²⁸⁸. Il n'était pourtant pas à Bogoro le 24 février 2003.

171. Le Procureur reproche aussi et surtout à la Chambre de première instance II de n'avoir pas tenu compte du conflit élevé entre les deux familles, celle de D03-100 et celle de Ngudjolo. Celle-ci aurait menacé celle-là de représailles qui auraient corrompu le témoignage de D03-100²⁸⁹.

172. Ce moyen est spécieux. P-250 ni directement, ni indirectement n'a reçu de menaces de la part de quiconque. Il faut d'abord rappeler à la Chambre de céans que P-250 avait donné ses parents pour morts²⁹⁰. Il était donc, pour le Procureur, orphelin de père et de mère. C'est la

²⁸³ ICC-01/04-01/07-T-221-CONF-FRA CT, 23 novembre 2010, p.32, l.24-28, p.33, l.1-28, p.34, l.1-2.

²⁸⁴ Chambre I, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, « Version expurgée de la Décision relative aux intermédiaires », 31 mai 2010, ICC-01/04-01/06-2434-Red2-tFRA-Corr.

²⁸⁵ ICC-01/04-01/07-T-222-CONF-FRA CT, 24 novembre 2010, p.20, l.5- 18 ; ICC-01/04-01/07-T-104-CONF-FRA ET, 18 février 2010, p.22-24.

²⁸⁶ Jugement du 18 décembre 2012, §155.

²⁸⁷ Voir à cet effet les Écritures échangées entre les parties et participants sur le retrait du témoin P-159.

²⁸⁸ ICC-01/04-01/07-T-118-Red-FRA WT, 17 mars 2010, p.68, l.20-23.

²⁸⁹ Mémoire d'appel du Procureur, §115.

²⁹⁰ ICC-01/04-01/07-T-102-CONF-FRA ET, 15 février 2010, p.46, l.24 - p.48, l.11 ; ICC-01/04-01/07-T-92-CONF-FRA ET, 28 janvier 2010, p.77, l.15 - p.78, l.7 ; ICC-01/04-01/07-T-93-CONF-FRA CT, 29 janvier 2010, p.10, l.8-10.

Défense qui, lors de ses enquêtes, a découvert les parents de P-250 sur le terrain. Elle les a alors approchés en toute régularité pour obtenir leur consentement à venir témoigner devant la Cour²⁹¹, ceux-ci ayant alors été surpris par la qualité de milicien de leur enfant pourtant élève à l'époque pertinente. P-250, lui-même, n'a jamais mis sa qualité d'élève en doute²⁹².

173. Se rendant finalement à l'évidence sur la réalité existentielle desdits parents, le Procureur a même tenté, sollicité et obtenu de la Chambre de première instance II de les rencontrer à Bunia en présence de la Défense²⁹³. Un protocole d'accord régissant cette rencontre a été conclu à la suite d'une séance de travail au bureau du Procureur entre le Procureur et la Défense. Pour des raisons à ce jour non clairement élucidées, le Procureur a signifié à la Défense sa renonciation à cette rencontre²⁹⁴. La Défense moins encore la Chambre n'ont été mises au courant par le Procureur de quelque menace proférée contre la famille de D03-100. Il est possible que le climat, entre les deux familles, soit devenu tendu à cause des mensonges de P-250 contre Ngudjolo. Mais la famille de celui-ci n'a posé aucun acte d'agression contre la famille de D03-100. Depuis 2010, P-250 est sorti *proprio motu* du programme de protection de la Cour sans qu'il ait pu être inquiété à ce jour par qui que ce soit²⁹⁵.

174. La qualité d'élève à Kagaba de P-250 pendant la période pertinente a été révélée spontanément par D03-100, et de surcroît lors du contre-interrogatoire mené par un des membres du Bureau du Procureur, en dépit de prétendues contradictions sur les lieux de scolarité de P-250 et ses bulletins, alléguées par le Procureur²⁹⁶. Le Procureur a renoncé

²⁹¹ Chambre II, « Requête relative aux deux témoins potentiels de la Défense », 12 janvier 2010, ICC-01/04-01/07-1758-Conf-Exp ; Chambre II, « Décision sur la requête de la Défense de Mathieu Ngudjolo relative aux deux témoins de la Défense », 21 janvier 2010, ICC-01/04-01/07-1781-Conf-Exp.

²⁹² ICC-01/04-01/07-T-105-CONF-FRA ET, 22 février 2010, p.49, l.8-11.

²⁹³ Chambre II, « Requête de l'Accusation aux fins d'injonction à la Défense de Mathieu Ngudjolo de donner suite à une demande d'entretien avec deux témoins de la Défense », 19 mai 2010, ICC-01/04-01/07-2115-Conf ; Chambre II, « Réponse de la Défense à la « Requête de l'Accusation aux fins d'injonction à la Défense de Mathieu Ngudjolo de donner suite à une demande d'entretien avec deux témoins de la Défense » (ICC-01/04-01/07-2115-Conf) », 3 juin 2010, ICC-01/04-01/07-2156-Conf ; Chambre II, « Prosecution's response to Defence conditions for an interview with two Defence witnesses and request to be permitted to interview the two witnesses in the absence of Defence counsel and resource person », 6 octobre 2001, ICC-01/04-01/07-2439-Conf-Red. ; Chambre II, « Decision on Prosecution's request regarding an interview with two potential Defence witnesses », 13 juillet 2010, ICC-01/04-01/07-2269-Conf.

²⁹⁴ Dans un courriel du 30 mars 2011 à 15 heures 23' ainsi écrit : « Chère (sic) Me Kilenda, Après reconsidération, l'Accusation ne souhaite plus rencontrer le père du témoin P-250 avant son témoignage. Nous vous remercions encore une fois pour votre coopération en la matière. E. »

²⁹⁵ ICC-01/04-01/07-T-214-CONF-EXP-FRA ET, 4 novembre 2010, p. 1, l. 14-p. 2, l. 22.

²⁹⁶ ICC-01/04-01/07-T-310-CONF-FRA CT, 13 septembre 2011, p.43, l.6-20 : « Q. Et pouvez-vous nous dire avec précision ce qu'il vous a dit par rapport au fait que votre fils serait témoin du Bureau du Procureur ? R. Oui, je peux le dire. Quand il est arrivé pour m'informer que mon enfant était témoin, il m'a d'abord posé la question

proprio motu à la rencontre que lui a accordée la Chambre de première instance II, toujours soucieuse du respect de l'équité de la procédure en vue de la recherche de la vérité²⁹⁷. Il s'est volontairement privé de possibilités accessibles et raisonnables pour faire la lumière sur les faits en examen en vue de la manifestation de la vérité.

175. Contrairement à ce qu'allègue le Procureur, P-250 n'a pas fourni d'informations pertinentes sur la prétendue délégation de Bedu-Ezekere à Aveba²⁹⁸. Comme dit *supra*, il a été démenti en tous points de vue par P-279, P-28, P-12 et D03-100 et par Katanga. Il n'y a donc pas eu, comme le soutient le Procureur, des erreurs commises par la Chambre de première instance II sur l'évaluation de la crédibilité de ce témoin qui ont eu un impact matériel sur l'autorité de Ngudjolo²⁹⁹.

176. Si Ngudjolo était décisionnaire et avait une autorité en Ituri à l'époque pertinente, ce fait ne serait pas passé inaperçu. Les officiels ougandais représentant le pouvoir occupant qui avaient conféré avec lui à plusieurs occasions auraient témoigné quant à ce. Le Procureur a préféré se défaire d'eux au profit d'un milicien douteux qu'il a même failli contre-interroger en plein interrogatoire principal n'eût été la vigilance procédurale de la Chambre de première instance II. P-250 est le témoin phare du Procureur, celui sur qui il a misé pour obtenir la condamnation de l'acquitté. Le succès de l'Accusation à la confirmation des charges est l'œuvre de P-250³⁰⁰. Ce n'est pas pour rien que le Procureur l'a aligné au numéro un dans l'ordre de passage de ses témoins. Il espérait, par ce classement, « frapper un grand coup », « descendre » Ngudjolo, pour employer les termes du pugilat, l'assommer complètement. Son manque d'esprit critique, son refus d'évaluation de la crédibilité de ses propres témoins l'ont

suivante : « [EXPURGE], Baudouin, où est-il ? » Je lui ai répondu : « Ce jeune homme a volé... a été, plutôt, enlevé par des Blancs (*corrige l'interprète*), et j'ai appris qu'il se trouve actuellement à Kinshasa ». Et il m'a dit : « C'est vrai ? » J'ai dit : « Oui, c'est vrai. Depuis 2006, il est parti et on me dit qu'il se trouverait à Kinshasa ». Sur ce il a dit : « Je ne vous pose pas cette question par hasard ; je vous la pose parce que j'ai appris que [EXPURGE] est témoin de M. le Procureur. » Alors, je lui dis : « Mais comment cela se fait-il ? » Il a répondu : « Ce jeune homme a déclaré que M. Mathieu l'a utilisé comme escorte ; est-ce que cela est vrai ? » Voilà la question qu'il m'a posée. Je lui ai dit : « **Pendant toutes ces années, ces dernières années, ce jeune homme n'était pas [EXPURGE] ; il était dans la collectivité de Walendu-Bindi, à Kagaba, à l'école.** ».

²⁹⁷ Chambre II, « Decision on Prosecution's request regarding an interview with two potential Defence witnesses », 13 juillet 2010, ICC-01/04-01/07-2269-Conf, §12 : "The Chamber also does not accept the Defence's argument that a hypothetical interview of the alleged parents of P-250 by the Prosecution would endanger the search for the truth or hinder the Defence's preparations. The Chamber recalls that, unless the witnesses object to this, the Defence is allowed to be present during the interview. Any form of improper questioning or suspected intimidation can be recorded by the Defence and may be brought to the attention of the Chamber."

²⁹⁸ Mémoire d'appel du Procureur, §117.

²⁹⁹ *Idem*, §118.

³⁰⁰ Décision confirmative des charges, p.76 et ss.

conduit au désastre que constitue leur manque de crédibilité devant la Chambre de première instance II.

177. Le Procureur fait état d'un « défaut systémique de la Chambre de première instance II de tenir compte de certains éléments de preuve et de faits pertinents lors de l'évaluation de la crédibilité des témoins »³⁰¹.

178. Au soutien de cet argument, le Procureur recourt à des formules floues pour esquiver l'énumération exhaustive de ces éléments et de ces faits. Il serait, écrit-il, excessif de lister chacun des faits ou conclusions pertinentes que la Chambre n'a pas pris en considération³⁰². Cette attitude du Procureur contraste avec son objectif annoncé de prouver les erreurs de fait, les erreurs de droit et les vices de procédure commis par la Chambre de première instance II dans l'élaboration du Jugement du 18 décembre 2012. Par ce biais, le Procureur met la Chambre de céans dans l'impossibilité absolue de contrôler le jugement querellé. Le Procureur, en agissant ainsi, s'écarte du rôle qui lui a été confié au cœur du Statut de Rome³⁰³. Le Procureur ne peut se contenter de concentrer son attention sur les éléments de preuve porteurs de responsabilité et il ne peut s'en remettre à la Chambre pour combler ses lacunes. Tel qu'en fait état la doctrine, « le Procureur de la CPI n'est pas une simple partie au procès ; il est supposé exercer ses fonctions d'organe de justice impartial »³⁰⁴. C'est son rôle d'être complet, de lister tous les reproches faits au jugement querellé. Il n'appartient pas à la Chambre d'appel de procéder par devinettes. La Chambre d'appel doit considérer que toute partie et toute motivation du Jugement qui ne sont pas formellement contestées sont à l'abri de toute critique du Procureur qui ne trouve en réalité rien à y redire. Tels sont les cas des constats faits par la Chambre de première instance II sur les enquêtes du Procureur³⁰⁵ et les exposés relatifs aux arguments du Procureur³⁰⁶, de la Défense de Ngudjolo³⁰⁷, du

³⁰¹ Mémoire d'appel du Procureur, §119.

³⁰² *Idem*.

³⁰³ Article 42(1) Statut de Rome : « Le Bureau du Procureur agit indépendamment en tant qu'organe distinct au sein de la Cour. Il est chargé de recevoir les communications et tout renseignement dûment étayé concernant les crimes relevant de la compétence de la Cour, de les examiner, de conduire les enquêtes et de soutenir l'accusation devant la Cour. [...] » et article 54(1)(a) du Statut de Rome : « Le Procureur : Pour établir la vérité, étend l'enquête à tous les faits et éléments de preuve qui peuvent être utiles pour déterminer s'il y a responsabilité pénale au regard du présent Statut et, ce faisant, enquête tant à charge qu'à décharge ».

³⁰⁴ CASSESE *et al.*, p.1164-1165: "[...] the Prosecutor of the ICC is not simply a 'party' in the trial, but is supposed to exercise the functions of an impartial 'organ of justice'".

³⁰⁵ Jugement du 18 décembre 2012, §115-122.

³⁰⁶ *Idem*, §73-87.

³⁰⁷ *Idem*, §88-98.

Représentant légal du groupe principal des victimes de Bogoro³⁰⁸ et, enfin, du Représentant légal du groupe des victimes enfants soldats³⁰⁹. Il en est ainsi également de la méthode suivie d'évaluation des preuves retenue par la Chambre de première instance II qui n'a essuyé aucune critique en règle de la part du Procureur³¹⁰.

179. Le Procureur doit indiquer avec suffisamment de précision les griefs qu'il articule contre le premier juge pour permettre à la Chambre d'appel d'exercer son contrôle et de censurer éventuellement les errements factuels et juridiques de celui-là. En l'absence d'une énumération exhaustive de ces éléments, le moyen du Procureur ne saurait être soutenu.

2. Le cas du témoin P-28

180. Le Procureur évoque le cas de son témoin P-28 qui, selon lui, a fourni une description détaillée sur le voyage de Katanga à Beni et qui, toujours d'après lui, corroborerait le voyage de la délégation de Zumbe à Aveba relaté par P-250, élément qu'atteste également la *Lettre Savon*³¹¹.

181. La Défense répond que ce témoin n'a aucune relation avec Ngudjolo. D'ailleurs, le voyage de Beni ne concerne pas Ngudjolo et aucun élément de preuve ne démontre sa présence. Le Procureur, à ce jour, n'a jamais expliqué pour quelles raisons Ngudjolo se serait toujours contenté de dépêcher des délégations pour rencontrer Katanga au lieu de le faire directement lui-même. P-28 a menti sur son recrutement au sein de la milice. Il a été suborné par un intermédiaire du Procureur quant à ce. Il est passé aux aveux francs et spontanés sur cette fausse conscription³¹². Dans ces conditions, aucune Chambre de première instance raisonnable, la qualité de milicien de P-28 étant mensongère, ne pouvait se fonder sur son témoignage aux fins d'accabler Ngudjolo sur sa qualité de Chef.

182. Bien plus, sur le voyage de la délégation de Zumbe à Aveba, P-28 est contredit à la fois par P-279, P-12 et D03-300. Pour P-279, c'est plutôt Katanga qui est allé rencontrer

³⁰⁸ *Idem*, §99-102.

³⁰⁹ *Idem*, §103-106.

³¹⁰ *Idem*, §43-72.

³¹¹ Mémoire d'appel du Procureur, §120.

³¹² Jugement du 18 décembre 2012, §220-254.

Ngudjolo à Zumbe³¹³. Katanga, lui, n'a rencontré Ngudjolo que le 8 mars 2003 et pour la toute première fois³¹⁴. P-12, sous la foi du serment devant le premier juge, a témoigné que les deux groupes FNI et FRPI se sont rencontrés pour la première fois à Bunia le 18 mars 2003³¹⁵. Encore faut-il souligner avec force que Katanga n'a signé l'accord de cessation des hostilités que le 22 mars 2003³¹⁶. Le Procureur lui-même a admis que l'alliance entre les deux groupes s'est formée après le 22 mars 2003³¹⁷. C'est pour cette raison du reste qu'il a décidé de ne plus faire usage du sigle FNI pour désigner la milice de Bedu-Ezekere.

3. Les cas des témoins P-279 et P-280

183. Ces deux témoins sont très douteux. Le Procureur est le premier à renoncer à eux comme enfants soldats³¹⁸. La qualité de miliciens de Bedu-Ezekere qu'il maintient en ce qui les concerne ne tient pas.

184. Le choc de « ré-crédibilisation » de ces deux témoins qu'il tente dans son Mémoire d'appel est oiseux. Ayant pris la décision de les écarter comme enfants soldats³¹⁹, le Procureur devait désormais les ignorer pour tout le reste, leur présence à Zumbe étant plus que douteuse. Venant du Procureur lui-même, un tel retrait ne pouvait qu'être pris très au sérieux par la Chambre de première instance II. Aucun juge de première instance raisonnable ne pouvait plus faire confiance en ces témoins dont la qualité de milicien était douteuse.

185. Évaluant leurs dépositions, la Chambre II a conclu à un doute évident tant sur leur qualité de milicien que sur leur participation à la bataille de Bogoro. Et elle a soigneusement motivé ce doute qui résultait notamment du fait que P-279 et P-280 ont fait semblant de ne pas se connaître quand bien même leurs familles étaient voisines [EXPURGE]. L'histoire de leur enlèvement par des officiers de Zumbe était aussi invraisemblable à une époque où l'UPDF était installée [EXPURGE]. La Chambre de céans cherchera en vain dans son Mémoire d'appel la réplique du Procureur à cette partie de la motivation du Jugement *a quo*³²⁰.

³¹³ ICC-01/04-01/07-T-144-Red2-FRA WT, 20 mai 2010, p.49, l.19-25, p.50, l.1.

³¹⁴ ICC-01/04-01/07-T-317-FRA CT WT, 5 octobre 2011, p.33, l.6-10.

³¹⁵ ICC-01/04-01/07-T-195-Red-FRA WT, 29 septembre 2010, p.18, l.5-6.

³¹⁶ EVD-D03-00044.

³¹⁷ Conclusions finales du Procureur, §744-746.

³¹⁸ *Idem*, §74 : « L'Accusation informe la Chambre qu'elle ne repose plus sur P-279 et P-280 en tant qu'enfants soldats mais maintient qu'ils faisaient partie de la milice lendu de Bedu-Ezekere ».

³¹⁹ *Idem*.

³²⁰ Jugement du 18 décembre 2012, §160-190 pour P-279 et §191-219 pour P-280.

186. A l'instar de ce qu'il avait fait à propos de son témoin P-159, le Procureur aurait été mieux inspiré en retirant également ces deux témoins, P-279 et P-280, de son arsenal probatoire. Ils ont menti sur leur âge et leur conscription. Appelés à la barre des témoins, leurs propres géniteurs biologiques ont contesté leur qualité de milicien³²¹. Le Procureur lui-même a admis qu'ils avaient menti sur leur âge³²². Il avait même, en vue de procéder à leur retrait, procédé à une enquête au niveau de la Commission électorale indépendante. Le Procureur n'a pas contesté l'authenticité des actes de l'état civil produits par la Défense³²³. Avec ces deux témoins, le Procureur n'avait « aucune perspective raisonnable » pour obtenir la condamnation de Ngudjolo. Ainsi a-t-il bien fait de les exclure en tant qu'enfants-soldats, statut sous lequel ils ont été présentés³²⁴. Dès cet instant, la Chambre de première instance II qui veille à l'équité de la procédure ne pouvait plus faire siennes les allégations des témoins désavoués, dénoncés par l'Accusation pour fonder un jugement de condamnation contre l'acquitté. Ce n'est qu'une question de logique et de bon sens qu'un juge de première instance raisonnable et normalement conscient de la haute mission judiciaire qui est la sienne doit garder à l'esprit lors de tout processus décisionnel répressif.

187. Une fois encore, la Défense s'étonne, que dans tout l'Ituri, le Procureur n'ait trouvé que P-279 et P-280 comme miliciens à Zumbe. C'est à juste titre que la Chambre de première instance II a jugé que rien n'établissait, au-delà de tout doute raisonnable, le lien entre Ngudjolo et les enfants qui étaient à Bogoro³²⁵.

4. Les prétendus aveux rapportés par P-317, P-219, P-12 et P-160

4.1. P-317

188. Le Procureur reproche à la Chambre de première instance II une analyse illogique et injuste³²⁶ et des spéculations sur l'aveu de Ngudjolo à son témoin P-317³²⁷. Pour lui, l'aveu de Ngudjolo à l'officier du ministère public congolais est la confirmation de sa qualité de leader

³²¹ ICC-01/04-01/07-T-262-CONF-FRA CT, 18 mai 2011, p.5, l.2-13 ; ICC-01/04-01/07-T-261-CONF-FRA ET, 17 mai 2011, p.34, l.17-20, p.37, l.11-16 ; ICC-01/04-01/07-T-264-CONF-FRA ET, 20 mai 2011, p.30, l.12-26, p.35, l.7-9.

³²² Conclusions finales du Procureur, §781, 788.

³²³ EVD-D02-00035 ; EVD-D02-00036 ; EVD-D03-00024.

³²⁴ Conclusions finales du Procureur, §74, 716, 781.

³²⁵ Jugement du 18 décembre 2012, §516.

³²⁶ Mémoire d'appel du Procureur, §122.

³²⁷ *Idem*, §123.

des combattants de Bedu-Ezekere à Bunia le 6 mars 2003³²⁸ ; qu'il avait organisé les attaques de Bogoro et de Mandro et qu'il avait l'autorité pour le faire³²⁹. La Défense se doit de rappeler que l'UPDF, à cette époque, était le pouvoir occupant en Ituri. Elle avait la gestion politico-militaro-administrative de ce district. P-317 elle-même a reconnu que l'UPDF était incontournable pour des problèmes sécuritaires³³⁰. L'Angola a joué le facilitateur entre l'Ouganda et la RDC afin que cette dernière remette ses pieds en Ituri³³¹. Qui était alors Ngudjolo pour accorder l'autorisation de visite à l'UPDF ? A quelle autorité ougandaise précisément Ngudjolo a-t-il accordé cette permission ? Sous quelle forme (orale ou écrite) Ngudjolo a-t-il accordé cette autorisation ? Tous les faits évoqués par le Procureur dans le paragraphe 123 de son Mémoire sont postérieurs à l'attaque de Bogoro. Ils ne prouvent pas au-delà de tout doute raisonnable que Ngudjolo avait joué un rôle dans l'attaque de Bogoro du 24 février 2003. Les allégations du Procureur contrastent avec celles de Katanga dont il n'a jamais douté de la crédibilité du témoignage. Katanga a admis lui-même avoir apporté une « contribution notable » au plan d'attaque de Bogoro échafaudé par le gouvernement congolais. Pourquoi le Procureur n'a jamais daigné faire citer un seul officiel ougandais devant la Chambre II pour témoigner sur la réalité de cette permission ? Pourquoi le Procureur n'a jamais entendu confronter P-317 à ces officiels ougandais ? Dans son Mémoire, le Procureur affirme que l'acquitté était un chef connu et reconnu, sans toutefois appuyer cette présomption sur une quelconque preuve³³². Le Procureur ne peut s'en remettre à de telles inférences pour démontrer la présumée responsabilité de l'acquitté.

189. Toujours s'agissant de P-317, la Chambre de première instance II a établi une différence entre son enquête des droits de l'homme et une enquête pénale. Le Procureur n'a pas contesté cette différence. L'enquête pénale bien menée a l'avantage de respecter le principe du contradictoire et, partant, l'équité de la procédure³³³.

190. Réitérant les propos contenus dans sa déclaration devant les enquêteurs du Bureau du Procureur, le témoin P-317 a déclaré à l'audience du 6 décembre 2010 ce qui suit :

Déjà M. Ngudjolo a accepté... « a accepté » - je...je savais pas moi, à l'époque- quand il a dit que c'était lui qui avait organisé ces 2 attaques stratégiques pour des raisons

³²⁸ *Idem*, §125.

³²⁹ *Idem*, §126 et § 128.

³³⁰ ICC-01/04-01/07-T-230-FRA ET WT, 8 décembre 2010, p.29, l.25-28.

³³¹ EVD-D03-00040 ; EVD-OTP-00207 ; EVD-OTP-00208.

³³² Mémoire d'appel du Procureur, §123.

³³³ Jugement du 18 décembre 2012, §294.

stratégiques. Et il a répété un peu ce qu'avait dit le commandant Dark, comme quoi les forces UPC bombardaient les villages lendu qui étaient autour de Bogoro depuis un certain temps, et qu'après il y avait aussi un camp militaire à Mandro qu'il fallait disloquer pour les mêmes raisons, pour protéger les villages lendu. Par contre, quand j'ai posé la question pourquoi il fallait aussi tuer les civils, M. Ngudjolo m'a dit que chez les Hema il y a pas de civils parce que tout le monde est armé, les femmes et les enfants.³³⁴

191. A l'audience du 31 octobre 2011, Ngudjolo a répondu à cette allégation en soutenant n'avoir jamais rencontré ce témoin et, de surcroît, n'avoir jamais parlé avec lui de la bataille de Bogoro ou de toute autre bataille. D'abord, à part cette déclaration, le Procureur n'apporte aucune autre preuve : indice, support audio, vidéo, photographie, document ou fait susceptible d'étayer ce prétendu aveu. Le témoin lui-même ne donne aucune indication convaincante sur le lieu où s'est tenue cette rencontre. Pas d'indication sur la localisation du lieu de rencontre : adresse ou autre détails, pas plus d'indication sur l'occupation des lieux : qui les occupait, à quel titre Ngudjolo y était. Rien. Il se contente d'alléguer l'oubli³³⁵. De tels manquements sont-ils admissibles pour une enquêtrice des Nations Unies qui a rédigé un rapport à l'adresse du Secrétaire général des Nations Unies et qui a fait des allégations sérieuses contre un accusé ? La Défense soumet qu'ils sont inadmissibles devant une juridiction pénale internationale.

192. Ensuite, pour quel intérêt Ngudjolo aurait-il fait cet aveu à une personne inconnue ? Ni le Procureur, ni le témoin n'apportent un élément de réponse.

193. Puis, la déposition de ce témoin a révélé des incohérences et des contradictions qui lui enlèvent toute crédibilité. Il n'y a qu'à considérer l'allégation selon laquelle les forces ougandaises auraient requis et obtenu de Ngudjolo une autorisation afin de se rendre à Bogoro³³⁶. Cette allégation est incohérente dans la mesure où il est de notoriété publique incontestable que l'Ouganda était la force occupante en Ituri, faisant et défaisant des structures³³⁷. Le témoin le reconnaît lui-même lorsque, à la question de savoir si les

³³⁴ ICC-01/04-01/07-T-228-FRA CT WT, 6 décembre 2010, p.44, l.12-21.

³³⁵ ICC-01/04-01/07-T-230-FRA ET WT, 8 décembre 2010, p.30, l.9, p.35, l.4.

³³⁶ ICC-01/04-01/07-T-228-FRA CT WT, 6 décembre 2010, p.25, l.13-15.

³³⁷ *Résolution 1468 (2003)*, Rés. CS 1468, Doc. off. CS NU, 2003, Doc. NU S/RES/1468 (20 mars 2003) : « *Demande* au Gouvernement ougandais de retirer sans plus de retard la totalité de ses troupes et, à cet égard, se

Ougandais lui avaient dit vrai, elle répond : « On n'avait pas besoin de vérifier, parce que, de toute façon, à cette époque, la seule façon que nous pouvions travailler, c'était de faire confiance aux Ougandais ; il n'y avait pas d'autre sécurité. Et aussi, on avait déjà discuté avec M. Kale Kayihura »³³⁸. Une autre incohérence de ce témoin résulte du fait qu'il n'a pas reconnu Dark alors qu'il a consigné dans son rapport et déclaré à l'audience être parti à Bogoro et avoir rencontré Dark³³⁹. Une incohérence de plus découle de sa déclaration concernant les cadavres de Bogoro qui seraient restés à l'air libre plus d'un mois après avoir été tués³⁴⁰.

194. Les contradictions de ce témoin procèdent du point sur la participation à l'attaque de Bogoro. Alors que, dans son rapport, il a consigné que les victimes avaient mentionné parmi les assaillants les Ougandais, les soldats de l'APC et les FAC entraînées en Angola, à l'audience, il a exclu cette participation sans expliquer autrement les raisons de ce revirement que le manque de « conviction forte »³⁴¹. Il y a donc à se demander pourquoi ce manque de conviction intervient après le dépôt du rapport et pour quels motifs.

195. Le Procureur ne peut prêter foi à aucun aveu de façon acritique. Déjà, le Statut de Rome lui-même, à son article 65, a édicté des règles d'encadrement d'un aveu de culpabilité. Par quel mécanisme juridique, la Chambre de première instance devrait tenir compte d'un aveu problématique prétendument fait par Ngudjolo à P-317 ?

196. Devant l'officier du ministère public du Parquet de Grande Instance de Bunia, Ngudjolo a reconnu sa participation à l'attaque de Bunia, mais a précisé à l'audience que c'était bien l'UPDF qui a dirigé l'attaque sur Bunia le 6 mars 2003 et en quoi consistait

déclare préoccupé par le fait qu'au 20 mars 2003 le Gouvernement n'avait pas retiré ses troupes comme il s'y était engagé ainsi que par la déclaration du 14 mars 2003 [...] » ; Human Rights Watch, « Ituri : “Couvert de sang” Violence ciblée sur certaines ethnies dans le Nord-Est de la RDC », (Juillet 2003) Vol. 15, No 11(A) 61, p.6 : « Pendant ses quatre années d'occupation du Nord-Est de la RDC, l'armée ougandaise – les Forces de Défense du Peuple Ougandais (UPDF) – a prétendu être un « faiseur de paix » dans une région déchirée par les dissensions ethniques. En réalité, l'armée ougandaise a provoqué une confusion politique et a créé de l'insécurité dans les zones sous son contrôle. De son implication initiale dans un conflit foncier entre les groupes ethniques hema et lendu en 1999 jusqu'à son opération conjointe avec les milices lendu et ngiti pour déloger les Hema de Bunia en mars 2003, l'armée ougandaise a plus souvent aggravé les hostilités ethniques et politiques qu'elle ne les apaisées » ; Voir aussi CIJ, *République Démocratique du Congo c. Ouganda*, Affaire des activités armées sur le territoire du Congo, « Arrêt », 19 décembre 2005.

³³⁸ ICC-01/04-01/07-T-230-FRA ET WT, 8 décembre 2010, p.29, l.25-28.

³³⁹ ICC-01/04-01/07-T-229-CONF-FRA ET, 7 décembre 2010, p.55, l.2-16, p.48, l.24-28.

³⁴⁰ *Idem*, p.56, l.27, p.57, l.26.

³⁴¹ *Idem*, p.31, l.6.

l'apport des Lendu et ces propos ont été corroborés par Kale Kayihura³⁴². Celle-ci n'a aucun lien avec Bogoro moins encore avec Mandro. Devant le Parquet de Bunia, Ngudjolo ne redoutait même pas sa comparution un jour devant la Justice pénale internationale pour qu'il rejetât sa participation à toute autre attaque, y compris celle de Bogoro. Ngudjolo n'a guidé aucun combattant. Ngudjolo a clairement, au cours de sa déposition, décrit le rôle joué par les Lendu à Bunia. Cela est confirmé par Kale Kayihura lui-même. Ngudjolo n'était pas à Bogoro. La participation à l'attaque de Bunia ne déduit pas logiquement la direction par Ngudjolo de l'attaque de Bogoro du 24 février 2003. La Défense soumet que celle-ci a été planifiée par le Bureau du chef de l'État congolais. L'APC de Mbusa Nyawisi a exécuté ce plan d'attaque de Bogoro auquel Katanga a notablement contribué. Des éléments probants et indiscutables en témoignent : la *Lettre Samba*³⁴³ ; les dépositions de Floribert Ndjabu³⁴⁴ et de Pitchou Iribi³⁴⁵ sans minimiser celle de Katanga dont le Procureur n'a jamais contesté la crédibilité³⁴⁶.

4.2. P-219

197. Contrairement à ce que soutient le Procureur³⁴⁷, aucun élément de preuve n'établit au-delà de tout doute raisonnable que l'attaque de Bogoro a eu lieu sous la conduite de Ngudjolo. Au paragraphe 109 de son Mémoire d'appel, le Procureur indique lui-même les commandants des forces ngiti présents à Bogoro le 24 février 2003 : Dark, Oudo, Cobra Matata. Il signale aussi que les forces de Bedu-Ezekere étaient conduites par Bahati de Zumbe, Kapdhole, Kute, Nyunye. Mais nulle part, le Procureur ne prouve, au-delà de tout doute raisonnable, le commandement que Ngudjolo aurait exercé sur ces commandants Lendu. P-219 a déposé sur le fait que c'est le chef Manu qui était à Bogoro avec les Lendu³⁴⁸. P-28 a même clairement dit que les gens de Bedu-Ezekere ne sont venus qu'à dix heures lorsque les Ngiti étaient à court de munitions³⁴⁹. P-280 a clairement nié la participation de Ngudjolo à l'attaque de Bogoro³⁵⁰. Aucune Chambre de première instance raisonnable, à partir de telles contradictions, ne pouvait tenir Ngudjolo pour responsable pénal de l'attaque de Bogoro du 24 février 2003.

³⁴² ICC-01/04-01/07-T-333-FRA ET WT, 11 novembre 2011, p.77, l.24 à p.78-l.14

³⁴³ EVD-D03-00136.

³⁴⁴ Conclusions finales de Mathieu Ngudjolo, §125 à 135 avec références précises aux transcriptions d'audience.

³⁴⁵ ICC-01/04-01/07-T-249-Red-FRA WT, 18 avril 2011, p.60, l.18-26.

³⁴⁶ Prosecution's observations on Article 25(3)(d).

³⁴⁷ Mémoire d'appel du Procureur, §128.

³⁴⁸ ICC-01/04-01/07-T-206-Red-FRA WT, 19 octobre 2010, p.8, l.12-18.

³⁴⁹ ICC-01/04-01/07-T-217-CONF-FRA ET, 16 novembre 2010, p.37, l.8-11.

³⁵⁰ ICC-01/04-01/07-T-156-CONF-FRA ET, p.50, l.10-14 : « Q. Alors, Monsieur le témoin, ma question est la suivante : êtes-vous en mesure de nous dire, si à votre connaissance, Mathieu Ngudjolo a participé à l'attaque de Bogoro ? Oui ou non, selon ce que vous savez. R. Non ».

198. La démonstration attendue du Procureur n'était pas celle de Ngudjolo leader des combattants de Bedu-Ezekere³⁵¹. Ce que la Chambre de première instance II attendait de lui c'est la preuve, au-delà de tout doute raisonnable, que Ngudjolo comme commandant du FNI et Katanga en sa qualité de président du FRPI ont conçu un plan pour raser le village de Bogoro.

199. Or, sur cette thèse précise, le Procureur a failli. Plusieurs éléments de preuve versés au dossier ont montré qu'une autre conclusion raisonnable possible pouvait être retenue : Bogoro a été attaqué par le gouvernement congolais et les troupes de l'APC de Mbusa Nyawisi dans le cadre de la reconquête du territoire national aux mains de l'UPC de Thomas Lubanga³⁵².

200. Le Procureur regrette l'exclusion à tort, par la Chambre de première instance II, des témoignages de P-219, et aussi P-12 et P-160³⁵³.

201. P-219 a fait état de l'aveu de Ngudjolo selon lequel son aide a permis à Katanga de venir à bout de Bogoro³⁵⁴. Aucun élément sérieux ne corrobore pareil aveu. Le Procureur aurait pu confronter Ngudjolo à P-219. Ngudjolo n'a jamais fait un tel aveu.

4.3. P-12 et P-160

202. De même Ngudjolo n'a rien avoué à P-12. Ce dernier allègue que Ngudjolo lui aurait confié ceci à la suite d'une réunion tenue à Kampala. Il a ajouté que ces propos auraient été tenus « en présence de Daniel Litsha, Louis Beiza, Avochi. C'était au début de la création du Mouvement révolutionnaire congolais, MRC. »³⁵⁵ Le Procureur souligne que « P-12 place cette rencontre à la mi-juin 2004 » et rajoute que « P-12 se trompe sur la date mais mentionne bien l'évènement clé qui permet de le restituer, *i.e.* la création du MRC, laquelle date de 2005 »³⁵⁶.

³⁵¹ Mémoire d'appel du Procureur, §129.

³⁵² Voir à cet effet la *Lettre Samba*, EVD-D03-00136.

³⁵³ Mémoire d'appel du Procureur, §130.

³⁵⁴ ICC-01/04-01/07-T-206-Red-FRA WT, 19 octobre 2010, p.8, l.28 - p.9, l.7.

³⁵⁵ Conclusions finales du Procureur, §497.

³⁵⁶ *Idem*, §498.

203. Ngudjolo n'a pas rencontré P-12 à la date vantée car il se trouvait en détention à Bunia³⁵⁷. Le Procureur tente, comme il avait déjà fait devant le premier juge, de substituer sa propre interprétation à la déposition de P-12 en invoquant une erreur de date commise par celui-là. Rien ne l'empêchait de faire revenir P-12 pour éclaircir le point ainsi débattu. La Défense précise qu'à son estime, l'élément le plus important à ressortir est la date donnée par le témoin. C'est en fonction de celle-ci qu'elle circonscrit ses enquêtes pour opposer le démenti à cette allégation. En effet, à cette date, Ngudjolo se trouvait bel et bien en détention³⁵⁸. Si le Procureur à qui incombe la charge de la preuve avait le moindre doute sur la date, il aurait dû expliciter et éclaircir l'allégation de manière à mettre la Défense en état d'y répondre. La Défense s'est employée à démontrer l'inexactitude de cette allégation sous deux angles, à savoir : l'inadéquation de la date de création du MRC et la fausseté de l'allégation.

204. Si le Procureur avait apporté la lumière sur tous les contours de cette allégation, la Défense aurait informé la Chambre sans atermoiement de la position et des activités de Ngudjolo à la date clairement indiquée. Enfin, la Défense se demande pourquoi le Procureur n'a pas interrogé lesdites personnes, témoins de l'aveu.

205. Les prétendus aveux de Katanga à P-12 et à P-160 sont totalement inconciliables avec la déposition de ce dernier qui a exclu Ngudjolo du plan d'attaque de Bogoro, déposition admise sans réserves par le Procureur dans son ralliement à la Décision de disjonction des charges par sa note d'observations du 8 avril 2013³⁵⁹.

206. D'ailleurs, rien ne prouve aussi que Dark était le subordonné de Ngudjolo pendant l'attaque de Bogoro³⁶⁰. P-317, lors de sa visite à Bogoro, a rencontré effectivement Dark. Ce dernier a rapporté être l'occupant de Bogoro après l'attaque du 24 février 2003 et a dit recevoir ses instructions de Katanga³⁶¹. Si Dark était sous le commandement de Ngudjolo, ne l'aurait-il pas dit ? L'autorité de Ngudjolo sur Dark n'est que théorique et postérieure à

³⁵⁷ EVD-D03-00134 ; EVD-D03-00135.

³⁵⁸ *Idem*.

³⁵⁹ Prosecution's observations on Article 25(3)(d).

³⁶⁰ Mémoire d'appel du Procureur, §130.

³⁶¹ ICC-01/04-01/07-T-229-Red-FRA WT, 7 décembre 2010, p.57, l.10-12.

l'attaque de Bogoro. P-12, témoin du Procureur, a clairement déclaré que l'autorité de Ngudjolo était théorique ; que c'est le général Katanga qui était le vrai chef³⁶².

207. Le Procureur tente de forcer le rôle de Ngudjolo en lui attribuant des missions qu'il n'a jamais entreprises. Ngudjolo n'a pas signé seul l'Accord de cessation des hostilités pour son territoire³⁶³. Pourquoi le Procureur ne fait pas des autres signataires les complices de l'attaque de Bogoro ? De même, le Rapport final de la Commission de Pacification de l'Ituri³⁶⁴ n'a pas pour signataire le seul Ngudjolo. Rien ne prouve, à la lecture de ce Rapport, le statut de Chef de Ngudjolo, la planification et l'exécution par Ngudjolo de l'attaque de Bogoro qui seraient également, selon le Procureur, rapportées par ouï-dire³⁶⁵.

5. A propos de l'exclusion de la prétendue preuve par ouï-dire

208. Le Procureur fait grief à la Chambre de première instance II d'avoir exclu à tort la preuve par ouï-dire démontrant la responsabilité criminelle de Ngudjolo³⁶⁶. Le rejet, d'après lui, de la preuve de D02-176 est tout à fait erroné. Ce témoin aurait prouvé au-delà de tout doute raisonnable que Ngudjolo était le commandant de Zumbe présent à Bogoro le 24 février 2003 ; qu'il était une haute figure d'autorité militaire³⁶⁷. Le Procureur se fonde notamment sur la signature par Ngudjolo de l'Accord de cessation des hostilités du 18 mars 2003 et la déférence de Dark dont il a dit être son opérateur³⁶⁸. Il se fonde également sur le témoignage de D02-176 selon lequel il conclut que D02-176 connaissait directement les chefs militaires lendu de Bedu-Ezekere puisqu'il aurait fréquenté dans le passé la même école qu'eux³⁶⁹. Encore une fois, le Procureur interprète largement les propos rapportés par le témoin de la Défense. À la lecture de son témoignage, il ressort plutôt que D02-176 a énoncé connaître plutôt les Lendu qui fréquentaient son école ; il ne fait aucune mention de l'acquitté ni même d'autres chefs militaires³⁷⁰. Il pourrait bien s'agir de simples miliciens.

³⁶² ICC-01/04-01/07-T-204-CONF-FRA ET, 15 octobre 2010, p.17, l.26 - p.19, l.11.

³⁶³ EVD-D03-00044.

³⁶⁴ EVD-OTP-00195.

³⁶⁵ Mémoire d'appel du Procureur §132.

³⁶⁶ *Idem*, §132, 133 et 134.

³⁶⁷ *Idem*, §134.

³⁶⁸ *Idem*.

³⁶⁹ *Idem*.

³⁷⁰ ICC-01/04-01/07-T-256-Red2-FRA WT, 9 mai 2011, p. 51, l.11-16.

209. Cette critique du Procureur qui se résume, selon lui, en conclusion spéculative de la Chambre de première instance II sur le rôle de Ngudjolo³⁷¹ montre l'ampleur de l'allergie dont il souffre chaque fois qu'il s'agit de voir l'acquitté sous un jour plutôt favorable, malgré son obligation d'enquêter tant à charge qu'à décharge³⁷².

210. Ngudjolo n'était pas le seul signataire de l'Accord de cessation des hostilités. Les autres signataires de cet Accord n'ont jamais été inquiétés par le Procureur. Dark n'a jamais déclaré que Ngudjolo était son chef et qu'il avait combattu à Bogoro. Bien au contraire, Dark a dit occuper Bogoro après l'attaque du 24 février 2003 et recevoir ses ordres de Katanga. Tout Procureur raisonnable, normalement soucieux de son devoir de recherche de la vérité aurait dû approcher Dark aux fins de connaître le processus qui a débouché sur l'occupation militaire de Bogoro. Bien plus, le Procureur ne donne aucune explication rationnelle de l'occupation de Bogoro par les Ngitis seuls alors même qu'il a toujours soutenu l'attaque par les deux communautés, Lendu et Ngiti, pour déloger l'UPC de ce village. Pour quelles raisons logiquement plausibles seul un commandant ngiti devait occuper Bogoro après cette attaque ? Si les Lendu avaient réellement intérêt à cette occupation, pourquoi n'ont-ils pas laissé un de leurs commandants, à l'instar de Dark, occuper également cette localité aux fins de veiller à leurs intérêts ?

211. Seul Dark, occupant de Bogoro après le 24 février 2003, aurait pu éclairer la religion de la Chambre sur les tenants et les aboutissants de l'attaque qui s'y était perpétrée ce jour-là. Malheureusement, le Procureur a refusé de faire entendre ce commandant important qui avait suivi la planification et l'exécution de cette attaque. Il lui a préféré des témoins douteux comme P-250, P-279, P-280, P-219 et P-28. C'est donc à tort que le Procureur reproche à la Chambre de première instance II le défaut de considérer tous les éléments pertinents de preuve et ses propres conclusions factuelles³⁷³. La Chambre, contrairement à ce qu'affirme le Procureur, ne s'est livrée à aucun examen tronqué de la preuve et de l'ensemble de la preuve³⁷⁴.

³⁷¹ Mémoire d'appel du Procureur, §133.

³⁷² Voir l'article 54(1)(a) du Statut de Rome.

³⁷³ Mémoire d'appel du Procureur, §137.

³⁷⁴ *Idem*, §139.

212. Par ailleurs, la Chambre n'a pas rejeté la preuve par ouï-dire simplement parce qu'elle constituait du ouï-dire, celle-ci n'étant pas « entachée d'irrecevabilité *per se* »³⁷⁵. Comme tout autre élément de preuve, la valeur probante et la fiabilité d'une preuve par ouï-dire sont examinées par la Chambre³⁷⁶ et ce n'est que suite à cette évaluation, vu la faible force probante du témoignage de D02-176, que la preuve fut exclue. La Chambre, dans la présente affaire, a d'ailleurs fait état des risques reliés à la preuve par ouï-dire, ceux-ci devant être pris en considération lors de l'examen de sa force probante³⁷⁷.

C. En ce qui concerne le défaut allégué de la Chambre II de considérer l'ensemble de la preuve

213. L'échec allégué par le Procureur de l'examen par la Chambre de première instance II de l'ensemble de la preuve³⁷⁸ n'est émaillé d'aucun argument factuel et juridique convaincant de sa part. Il faut bien se rappeler que sur le total de 643 pièces admises au dossier comme éléments de preuve, le Procureur en a déposé 261³⁷⁹. C'est donc, concrètement, au Procureur qu'incombe le devoir d'exploitation de chaque pièce et de son rattachement à Ngudjolo de manière à prouver, au-delà de tout doute raisonnable, la responsabilité criminelle de ce dernier. Le Procureur se refuse à cet exercice. Il se borne à invoquer le mépris par la Chambre de Première instance II de l'examen et de l'analyse de l'ensemble de la preuve. La Chambre de céans constatera sans peine que la seule preuve documentaire dont fait état le Procureur, en sus de l'Accord de cessation des hostilités³⁸⁰ sur lequel il ne s'étend pas du reste, est la *Lettre Savon*³⁸¹. Or, cette lettre ne contient, ni directement, ni indirectement la preuve de la qualité de Chef de Ngudjolo et de la planification et de l'exécution de l'attaque litigieuse par Ngudjolo.

214. Le Procureur reproche à la Chambre d'avoir adopté une approche morcelée, fragmentée, et de ne pas avoir considéré l'ensemble des éléments de preuve présentés tout au long du procès³⁸². La jurisprudence est claire à cet effet et la Défense s'y rallie : « les

³⁷⁵ Jugement Musema, §51.

³⁷⁶ *Idem*.

³⁷⁷ Chambre II, « Décision relative aux requêtes du Procureur aux fins d'admission de pièces qu'il entend verser directement aux débats », 17 décembre 2010, ICC-01/04-01/07-2635-tFRA, §27.

³⁷⁸ Mémoire d'appel du Procureur, §139.

³⁷⁹ Jugement du 18 décembre 2012, §24.

³⁸⁰ EVD-D03-00044.

³⁸¹ EVD-OTP-00025.

³⁸² Mémoire d'appel du Procureur, §76.

éléments de preuve pris individuellement, tels que les déclarations des différents témoins, ou les pièces versées au dossier, doivent être analysées à la lumière de tous les moyens de preuve présentés »³⁸³. Toutefois, la jurisprudence nous apprend également que cette obligation qui incombe à la Chambre « ne dispense pas celle-ci d'appliquer lors de l'établissement d'un fait le principe de preuve requis »³⁸⁴. Tous les faits indispensables doivent être prouvés au-delà de tout doute raisonnable³⁸⁵. Ainsi, le témoignage d'un individu dont la crédibilité fut largement ébranlée ne peut être utilisé pour appuyer un jugement relatif à la responsabilité d'un accusé, quel que soit le verdict³⁸⁶. À cet effet, la jurisprudence ne saurait être plus claire : c'est le rôle de la Chambre de première instance d'évaluer si un témoin est fiable et si la preuve présentée est crédible³⁸⁷. De plus, « la Chambre de première instance n'est pas tenue de faire référence à chaque témoignage ou à chacune des pièces au dossier »³⁸⁸. Il serait possible d'arguer que c'est plutôt le Procureur qui a adopté l'approche morcelée reprochée à la Chambre, en n'énonçant pas clairement quelles omissions cette dernière aurait faites. La Chambre de première instance n'a pas adopté une approche fragmentée, contrairement aux dires du Procureur. Les éléments de preuve dont la crédibilité a été grandement entamée furent écartés, mais cela ne contrevient pas au principe de l'évaluation globale. La Chambre II, le 18 décembre 2012, a édicté un jugement motivé, fondé sur l'ensemble de la preuve rencontrant les standards requis de crédibilité et de fiabilité.

215. La Chambre de première instance n'a pas pour devoir d'exploiter chaque pièce aux fins d'en tirer les conclusions qui s'imposent. Dans le système accusatoire qui est celui de la Cour, il appartient à chaque partie ou à chaque participant qui a réussi à obtenir un numéro EVD pour sa pièce d'indiquer à la Chambre le bénéfice qu'elle entend en tirer pour le triomphe de sa thèse. La jurisprudence de la Cour est nettement fixée sur cette approche. Ainsi a-t-il été jugé dans l'affaire *Lubanga* que :

Les parties et les participants devaient indiquer dans leurs conclusions finales les éléments de preuve qu'ils jugeaient pertinents aux fins de la prise de la décision finale en application de l'article 74. Lorsque, le 1^{er} avril 2011, elle a donné ses instructions

³⁸³ Arrêt Ntagerura, §174 ; Arrêt Halilović, §125 ; Jugement Stanišić, §43.

³⁸⁴ Arrêt Ntagerura, §172.

³⁸⁵ Arrêt Halilović, §111 ; Jugement Stanišić, §7.

³⁸⁶ Jugement Stanišić, §23.

³⁸⁷ Jugement Stanišić, §19 ; TPIR, Chambre d'appel, *Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda c. Le Procureur*, ICTR-96-3-A, « Jugement », 26 mai 2003, §28 (« Jugement Rutaganda »).

³⁸⁸ TPIY, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Kvočka et al.*, IT-98-30/1-A, « Arrêt », 28 février 2005, §23 ; Jugement Stanišić, §20, 34.

quant au calendrier de clôture de la présentation des moyens de preuve, la Chambre a indiqué : ³⁸⁹

En ce qui concerne les documents qui ont été présentés en « *bar table* » [versés directement aux débats], il est tout à fait probable que nous ne les prendrons en compte que dans la mesure où ils font l'objet d'une mention dans vos conclusions. Par conséquent, s'il y a des documents de ce type qui, de votre point de vue, à l'issue de votre cause, sont pertinents et sont importants, à ce moment-là, vous devrez identifier la partie du document que vous souhaitez utiliser et vous devez également présenter un bref résumé expliquant le point ou l'argument ou les arguments pour lesquels vous souhaitez les mentionner dans ce document, ainsi que la section à laquelle...que vous aurez identifiée. Si vous ne faites pas référence à un document de « *bar table* » ou si vous ne faites pas référence à des sections de tels documents, vous devrez travailler [en sachant] qu'il est tout à fait possible que nous ne [tenions] pas compte de ces documents-là. Nous [n']avons [pas] l'intention de lire chacun des documents que vous avez soumis, mais nous ne souhaitons pas [avoir] à deviner quelle pourrait être la pertinence non explicite de tel ou tel bout de papier. Donc, cette procédure ne doit pas être conduite sur base de devinettes auxquelles se livrerait la Chambre.

De plus, nous avons également entendu un très grand nombre d'arguments oraux, d'éléments de preuve oraux ; certains d'entre eux, après analyse, peuvent [s'avérer] plus pertinents que d'autres, [...] Et par conséquent, il vous appartient à tous d'indiquer les faits principaux, les éléments principaux [des] éléments de preuve oraux que vous avez l'intention d'utiliser et que nous avons entendus en associant cela à une explication suffisante indiquant pourquoi vous dites que tel ou tel élément de preuve, ou section d'éléments de preuve, est pertinent pour votre cause, que cela soit, donc, pour appuyer votre thèse ou, au contraire, pour critiquer la thèse de votre contradicteur.

Maintenant, il se peut que la Chambre [...] prenne en considération certains des éléments que vous n'avez pas identifiés. A ce moment-là, il s'agit effectivement de quelque chose qui nous incombe, mais pour [les sections] qui vous

³⁸⁹ Jugement Lubanga, §95.

sembleraient pertinentes, c'est à vous de les indiquer et j'espère que tout cela est clair.³⁹⁰

216. La Chambre de céans remarquera que la Défense a, tant durant la présentation de sa cause que dans ses conclusions écrites et orales, exploité les pièces nécessaires à la démonstration de sa thèse³⁹¹. Son ambition était d'étayer chacune de ses affirmations des preuves et de démontrer la thèse qu'elle défendait : celle de Mathieu Ngudjolo non responsable des crimes mis à sa charge par le Procureur. Les 132 pièces de la Défense ne sont nullement décoratives du dossier de la présente affaire. Elles ne sont pas complaisantes. Elles n'ont aucune valeur ornementale.

217. La Cour européenne des droits de l'Homme a déjà jugé que « l'exercice des droits de la défense, élément essentiel du droit à un procès équitable, exigeait en principe que les requérants eussent l'occasion de contester la version du plaignant sous tous ses aspects au cours d'une confrontation ou d'une audition, soit en séance publique, soit au besoin chez lui »³⁹².

218. Dans la présente affaire, le Procureur n'a aucune pièce à opposer frontalement à l'acquitté établissant la responsabilité pénale de ce dernier lors de l'attaque de Bogoro. Le Procureur n'opère que par le jeu d'inférences factuelles tirées des déductions erronées qu'il fait à la suite de rétention sans aucun examen critique des déclarations de ses témoins relatives aux prétendus aveux faits par Ngudjolo à P-317, à P-12 et à P-219. Un Procureur soucieux de la recherche de la vérité aurait pu contrôler ces prétendus aveux qui n'émanent pas de l'acquitté lui-même. Cette preuve n'est nullement rapportée dans le dossier.

219. La Chambre de première instance n'a pas, contrairement aux affirmations gratuites du Procureur, commis d'erreur ayant une incidence sur le Jugement du 18 décembre 2012 qui est la conséquence très logique de la disjonction des charges décidée le 21 novembre 2012 par la même Chambre.

³⁹⁰ Jugement Lubanga, §95, faisant référence à ICC-01/04-01/06-T-342-ENG, p.64, l.6 - p.65, l.7. Voir aussi Jugement Stanišić, §20, 34.

³⁹¹ Jugement du 18 décembre 2012, §24.

³⁹² CEDH, Arrêt *Bricmont c. Belgique* du 7 juillet 1989, §81, en ligne : [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Bricmont"\],"languageisocode":\["FRA"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-62167"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/Pages/search.aspx#{)

IV. Remarques finales sur le Titre Deuxième

220. Il faut rappeler que la Chambre de première instance II a siégé pendant 265 jours. Elle a auditionné 54 témoins³⁹³. Elle a même effectué un transport judiciaire en République Démocratique du Congo pour visualiser le théâtre des crimes³⁹⁴.

221. Il est de doctrine que la preuve documentaire doit être associée à un témoignage pour recevoir son plein effet³⁹⁵. Et aussi faut-il que ce témoignage soit crédible. Au stade de l'admission d'un élément de preuve, la charge incombe au Procureur de prouver au-delà de tout doute raisonnable la pertinence et la valeur probante d'un élément de preuve documentaire ; la Défense, quant à elle, n'est tenue qu'à la balance des probabilités³⁹⁶. Sur quoi s'appuie réellement le Procureur lorsqu'il affirme que les juges de première instance II ont commis une erreur en évaluant la crédibilité des témoins, alors que telle est leur mission ? La crédibilité, note la doctrine, est la principale vertu de n'importe quel témoin. C'est la mission classique des juges de l'évaluer³⁹⁷.

222. De ce point de vue, la posture adoptée par la Chambre de première instance II de ne point se fier aux témoignages de P-250, P-219 et P-28 pour corroborer d'autres éléments de preuve est due au fait que leurs témoignages ont déjà été écartés en raison de maintes incohérences et contradictions qui les affectent.

223. La Chambre de première instance II a apprécié librement et en toute objectivité les preuves en sa possession. La doctrine enseigne que « le principe de la libre appréciation des preuves par le juge ou le jury prévaut généralement aussi dans la plupart des systèmes juridiques en matière pénale »³⁹⁸. Et « il est très rare qu'un texte restreigne la liberté

³⁹³ Jugement du 18 décembre 2012, §23.

³⁹⁴ *Idem*, §22 ; Chambre II, « Décision relative au déplacement de la Chambre en République Démocratique du Congo », 18 novembre 2011, ICC-01/04-01/07-3203-Conf, avec annexe confidentielle.

³⁹⁵ CASSESE *et al.*, p.1299: "[...] documentary evidence needs, in order to have full effect, to be associated with testimony".

³⁹⁶ TPIY, Chambre de première instance II, *Le Procureur c. Naser Orić*, IT-03-68-T, « Jugement », 30 juin 2006, §23 ; Voir aussi TPIY, Chambre de première instance II, *Le Procureur c. Radoslav Brđanin*, IT-99-36-T, « Jugement », 1^{er} septembre 2004, §29.

³⁹⁷ CASSESE *et al.*, p.1301: "Credibility is the primary virtue of any witness. It is the classical mission of judges to assess it [...]." Voir aussi l'article 69(4) du Statut de Rome : « La Cour peut se prononcer sur la pertinence et l'admissibilité de tout élément de preuve conformément au Règlement de procédure et de preuve, en tenant compte notamment de la valeur probante de cet élément de preuve et de la possibilité qu'il nuise à l'équité du procès ou à une évaluation équitable de la déposition d'un témoin. »

³⁹⁸ NIYUNGEKO, p.322.

d'appréciation du tribunal »³⁹⁹. La circonstance selon laquelle « certains éléments d'une preuve sont incompatibles entre eux peut être avancée comme argument en vue d'en affaiblir la valeur probante »⁴⁰⁰. Et « puisque telle preuve contient des affirmations incompatibles, il faut en conclure que certaines d'entre elles ou le tout sont faux, ce qui lui ôte toute valeur probante »⁴⁰¹.

224. Dans son Jugement particulièrement bien motivé et très bien nuancé, la Chambre de première instance II a fourni des explications précises sur le rejet des éléments de preuve du Procureur. Sa liberté d'appréciation desdits éléments de preuve ne frise aucun arbitraire de sa part. « En définitive, relève la doctrine, l'argumentation joue un rôle sinon décisif du moins important dans le poids que le juge accordera à cet élément »⁴⁰². « Dans tous les cas, la liberté d'appréciation du juge ne l'autorise pas une évaluation arbitraire ou irrationnelle des preuves présentées⁴⁰³ ».

225. Le Procureur ne démontre pas l'irrationalité de l'évaluation faite par la Chambre de première instance II des éléments de preuve au soutien de l'accusation. Il a même souscrit, de par son attitude à la fois passive (acquiescement) et active (son écriture 3367 du 8 avril 2013)⁴⁰⁴ et, partant, de parfait accord, à la Décision 3319 portant disjonction des charges entre les deux accusés qui a abouti, en réalité, à la mise hors cause de Ngudjolo après un examen approfondi de tous les éléments de preuve. C'est à ce stade de disjonction des charges que le Procureur aurait dû protester contre cette séparation des causes des coaccusés dont il avait pourtant soutenu la jonction en vue de la démonstration de leur plan commun d'effacer Bogoro et de tuer les civils hema le 24 février 2003. La Chambre d'appel doit faire preuve de déférence à l'endroit de la Chambre de première instance ; elle ne peut substituer ses propres conclusions à celles de la Chambre de première instance que si elle démontre le caractère déraisonnable de la décision attaquée⁴⁰⁵. Comme nous l'apprend la jurisprudence, « a

³⁹⁹ *Idem*, p.325.

⁴⁰⁰ *Idem*, p.352.

⁴⁰¹ *Idem*, p.354.

⁴⁰² *Idem*, p.407.

⁴⁰³ *Idem*, p.409.

⁴⁰⁴ Prosecution's observations on Article 25(3)(d).

⁴⁰⁵ Jugement Rutaganda, §22 : « Therefore, with regard to errors of fact, the Appeals Chamber applies the standard of the "unreasonableness" of the impugned finding. In other word, "[i]t is only when the evidence relied on by the Trial Chamber could not have been accepted by any reasonable person" or where "the evaluation of the evidence is 'wholly erroneous'" that the Appeals Chamber can substitute its own finding for that of the Trial Chamber. Hence, the Appeals Chamber will not question factual findings where there was reliable evidence on

measured deference is given to Trial Chambers in their determination of facts, in particular, in determining the credibility of witnesses since they have the advantage of observing the demeanour of witnesses in court »⁴⁰⁶. En l'espèce, le Procureur n'a pas fait cette démonstration.

226. Il est également de doctrine, par rapport à la norme d'administration de la preuve au-delà de tout doute raisonnable, que :

[...] les tribunaux qui exigent une preuve rigoureuse le justifient, soit par l'importance du fait à prouver dans le règlement du litige, soit encore par la gravité de l'accusation portée par une partie contre son adversaire⁴⁰⁷.

[...]

Dans l'affaire *Dadras International*, le Tribunal irano-américain des réclamations s'est clairement prononcé en faveur d'un critère rigoureux de la preuve, lorsque l'allégation en cause était particulièrement grave [...] ⁴⁰⁸.

227. La gravité des faits imputés à Ngudjolo ne pouvait conduire la Chambre de première instance II à verser dans quelque légèreté dans l'appréciation libre et objective de tous les éléments de preuve versés au dossier, le droit des gens consacrant indubitablement le principe de la libre appréciation des preuves par le juge⁴⁰⁹. Il est possible que les campagnes médiatiques et de sensibilisation de l'opinion publique sur la culpabilité de Ngudjolo et de Katanga orchestrées par l'Accusation, depuis leur arrestation et pendant le procès devant la Cour en violation flagrante de la présomption d'innocence, aient convaincu les témoins douteux du Procureur de la culpabilité de l'acquitté⁴¹⁰. Ces témoins, à l'époque, ne redoutaient pas les vertus du contre-interrogatoire et des questions de la Chambre de première instance II qui allaient mettre en évidence leurs contradictions et leurs incohérences. Ils avaient pensé qu'il suffisait d'être pris en charge financièrement par la Cour pour faire venir gober à celle-ci tout sur la culpabilité de Ngudjolo. En effet, la jurisprudence internationale ainsi que la doctrine nationale nous apprennent qu'il faut considérer avec beaucoup de précaution les témoignages de ceux ayant reçu l'aide financière de la Cour ou dont la

which the Trial Chamber could reasonably base its findings ». Voir aussi TPIR, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Ignace Bagilishema*, ICTR-95-1A-A, « Jugement », 3 juillet 2002, §8-14.

⁴⁰⁶ TPIY, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Haradinaj et al.*, IT-04-84-A, « Judgement », 19 juillet 2010, §2, Partially dissenting opinion of Judge Patrick Robinson (« Judgement Haradinaj »).

⁴⁰⁷ NIYUNGEKO, p.429-430.

⁴⁰⁸ *Idem*, p.434.

⁴⁰⁹ *Idem*, p.441.

⁴¹⁰ Jugement Tadić, §544.

relocalisation a été accordée aux frais de la Cour⁴¹¹. Dans la présente affaire, des mesures de protection ont été accordées aux témoins P-28, P-219, P-250, P-279 et P-280. Ils furent soit relocalisés, inclus dans le programme de protection de la Cour ou se sont vus accorder des mesures particulières de protection⁴¹². Ces circonstances avantageuses pour lesdits témoins ne doivent pas être négligées par la Chambre dans son évaluation de la crédibilité de ces derniers.

228. Il est bien connu que la capacité de se rappeler pour un témoin est beaucoup moins grande pour la version violente d'un événement que pour les détails non-violents du même événement. Cela suggère qu'un témoignage portant sur un événement émotionnellement chargé peut être moins fiable qu'un témoignage portant sur un événement moins dramatique⁴¹³. Différentes sortes d'attente peuvent également déformer les perceptions et la forme sous laquelle elles sont stockées dans la mémoire⁴¹⁴. Ayant été au parfum des faits sur lesquels leur témoignage était requis, ayant déjà été guidés dans ce sens par des intermédiaires du Bureau du Procureur et par des campagnes de presse, ces témoins, ont été accaparés par le désir très fort de voir en Ngudjolo le coupable patenté, de modifier leur mémoire dans ce sens et, ainsi, de le reconnaître comme étant l'auteur des actes criminels graves qui troublent la conscience de l'humanité. L'absorption subséquente de nouvelles informations sur l'incident peut radicalement modifier la mémoire originale d'un témoin⁴¹⁵.

229. Il suit de tout ce qui précède que la Chambre de première instance II a bien pris en considération l'ensemble de la preuve dont elle a minutieusement analysé les éléments. Elle le dit déjà dans sa Décision 3319 du 21 Novembre 2012 portant disjonction des charges entre les accusés⁴¹⁶. Dans cette décision, le manque de crédibilité des témoins clés du Procureur a été souligné⁴¹⁷ sans que cela ne suscite la moindre contestation de la part du Procureur.

⁴¹¹ TPIY, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Milan Martić*, IT-95-11-T, « Jugement », 12 juin 2007, §37,38 (« Jugement Martić ») ; A. KEANE, *The Modern Law of Evidence*, London, Butterworths, fifth edition, 2000, p.209.

⁴¹² Chambre II, « Ordonnance relative aux mesures de protection de certains témoins cités à comparaître par le Procureur et la Chambre (règles 87 et 88 du Règlement de procédure et de preuve) », 23 novembre 2009, ICC-01/04-01/07-1667-Conf, §1, 2, 10, 11 (« Ordonnance du 23 novembre 2009 »).

⁴¹³ HEATON-ARMSTRONG *et al.*, §1.09 : “Recall ability was significantly worse for the violent version than for the details of the non-violent one, suggesting that testimony about an emotionally loaded incident may be more unreliable than testimony about a less dramatic one.”

⁴¹⁴ *Idem*, §1.14 : “[...] different sorts of expectations can distort perceptions and the form in which they are stored in the memory”.

⁴¹⁵ *Idem*, §1.17 : “Subsequently absorbing new information about the incident can radically alter a witness’s original memory”.

⁴¹⁶ Décision 3319, §2, 17, 19, 23 et 24.

⁴¹⁷ *Idem*, §39.

230. Le jugement *a quo* ne saurait être infirmé dans le sens souhaité par le Procureur, ni dans un autre sens. Aucun élément de preuve produit par le Procureur, en l'état, ne peut incliner la Chambre de céans à la conclusion selon laquelle Ngudjolo était le chef des combattants lendu du groupement de Bedu-Ezekere qui a attaqué Bogoro le 24 février 2003. Ce qui, au demeurant, n'est pas la thèse défendue par le Procureur tant dans le document détaillé de notification des charges, dans la décision confirmative des charges que dans le résumé des charges où il est *expressis verbis* question d'un plan commun entre Katanga et Ngudjolo pour effacer Bogoro et massacrer les civils Hema à cette même date. Les conclusions factuelles de la Chambre qui n'est pas l'organe de poursuite ne sont nullement incriminantes pour Ngudjolo. Elles relèvent de sa libre appréciation des faits. Dire que la Chambre ne peut suivre la thèse d'opportunisme carriériste de Ngudjolo n'établit pas au-delà de tout doute raisonnable que la Chambre est convaincue de la qualité imputée à l'acquitté par le Procureur. Aucun passage du Jugement du 18 décembre 2012 ne fait état de la conviction certaine de la Chambre sur les raisonnements qu'elle a menés à partir de la présentation de leurs causes par les parties. Bien au contraire, force est de constater que la Chambre a souligné que les éléments de preuve exhibés par le Procureur pour montrer la position d'autorité de Ngudjolo sont postérieurs à l'attaque de Bogoro et aucun d'entre eux n'établit à suffisance de faits certains et avérés que cet acquitté avait exercé un commandement à Bogoro le 24 février 2003, conjointement avec Katanga, pour raser ce village et tuer des civils qui s'y trouvaient⁴¹⁸. Le Procureur se livre en réalité à un harcèlement argumentatif très fragile envers la Chambre de céans pour l'amener non pas à constater des faits, mais plutôt à faire des inférences factuelles, des déductions favorables à sa thèse. La Défense l'a démontré; à plusieurs reprises, le Procureur a tiré des faits des inférences injustifiées afin d'étayer, sans fondement, sa théorie visant la condamnation de l'acquitté.

231. Cette manière de procéder du Procureur est incompatible avec une discipline comme le droit pénal qui est le domaine par excellence de l'interprétation stricte. Les faits déférés à l'examen de la Chambre doivent être correctement et strictement subsumés, à toutes les étapes de la procédure, dans les normes d'administration de la preuve. Cette manière de procéder, faut-il encore insister là-dessus, montre l'attitude du Procureur qui est indifférent à la vérité physique des faits qui se sont réellement produits en Ituri à l'époque pertinente. La Défense soumet qu'il y a eu un manque de sérieux flagrant dans l'enquête du Procureur sur le conflit

⁴¹⁸ Jugement du 18 décembre, §499.

en Ituri. Il a sciemment écarté toutes les possibilités raisonnables et accessibles de parvenir à la manifestation de la vérité. Il a réduit au silence les autorités congolaises mêmes qui lui ont déféré la situation de leur pays⁴¹⁹. Il n'a pas songé à approcher les autorités ougandaises qui étaient décisionnaires en Ituri à cette époque et qui avaient créé la province de Kibali Ituri⁴²⁰. Il a cru ses témoins sur parole sans aucun esprit d'évaluation critique de leurs propos. Les différents commandants des groupes politico-militaires qui étaient sur le terrain et qui ont régné sur diverses portions territoriales ont été négligés. Des officiels du FRPI comme le Docteur Adirodu qui aurait apporté le plan d'attaque de Bogoro et convoyé armes et munitions⁴²¹ n'ont jamais été proposés à l'audition par la Chambre. Or, il a été jugé par le TPIY que :

[...] le Procureur du Tribunal n'est pas, ou pas seulement, une partie à des procédures de type accusatoire, mais aussi un organe du Tribunal et de la justice pénale internationale, organe dont l'objectif n'est pas simplement d'obtenir la condamnation des accusés, mais également de présenter les moyens de l'Accusation, à charge comme à décharge, afin d'aider la Chambre à découvrir la vérité dans un cadre judiciaire⁴²².

232. Les autorités congolaises et ougandaises n'auraient pas manqué une version des faits à livrer si elles avaient été approchées par les organes de la Cour. Elles auraient mis à la disposition de ceux-ci une somme d'éléments factuels susceptibles de l'aider à dire le droit. Si la justice pénale internationale devait se fonder uniquement sur les rapports d'organisations internationales humanitaires, rapports détachés de la philosophie qui irrigue une enquête judiciaire, les condamnations seraient légion. Si, en dépit de l'existence desdits rapports, le Procureur a tout de même procédé à ses propres enquêtes, c'est parce que, théoriquement, il avait le souci de la manifestation de la vérité. Mais il ne s'est satisfait que des éléments

⁴¹⁹ EVD-D03-00139.

⁴²⁰ Chambre II, « Décision relative à des accords en matière de preuve », 3 février 2011, ICC-01/04-01/07-2681-tFRA, §2(1°).

⁴²¹ Lire avec références Conclusions finales de Mathieu Ngudjolo, §174-182.

⁴²² TPIY, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic, Vladimir Santic alias "Vlado"*, IT-95-16, « Décision relative à la communication entre les parties et leurs témoins », 21 septembre 1998, p.2 ; Voir aussi TPIR, Chambre d'appel, *Jean Bosco Barayagwiza c. Le Procureur*, ICTR-97-19-AR72, « Décision, opinion séparée du Juge Shahabuddeen », 31 mars 2000, §68 : « The Prosecutor of the ICTR is not required to be neutral in a case; she is a party. But she is not of course a partisan. This is why, for example, the Rules of the Tribunal require the Prosecutor to disclose to the defence all exculpatory material. [...] The point of importance is that an assertion by the prosecution of its belief in guilt is not relevant to the proof. » ; Chambre d'appel, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, « Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la Décision relative aux conséquences de la non-communication de pièces à décharge couvertes par les accords prévus à l'article 54-3-e du Statut, à la demande de suspension des poursuites engagées contre l'accusé et à certaines autres questions soulevées lors de la conférence de mise en état du 10 juin 2008, rendue par la Chambre de première instance I », 21 octobre 2008, ICC-01/04-01/06-1486-tFRA, §42.

culpabilisants sans aucun égard à tout ce qui, de très près, pouvait contribuer à la recherche de la vérité. Les enjeux réels de l'attaque de Bogoro sont connus des autorités congolaises et ougandaises. Ils relèvent de la haute politique et ne sont nullement maîtrisés par des témoins douteux comme P-250, P-219, P-279, P-280 et P-28 dont la moyenne d'âge était à peu près de 18 ans au moment des faits ; le niveau d'études, légèrement au-dessus du cycle primaire et le niveau de saisie des événements quasi nul, uniquement intéressés par de menus, mais ô combien mirobolants avantages pour eux, que leur procurait le statut de témoins devant la Cour pénale internationale⁴²³. Ces enjeux ne peuvent non plus être scrutés au niveau de la lecture de la *Lettre Savon* écrite par deux pauvres citoyens en quête des biens de première nécessité, et rien que de cela, pour leurs familles respectives. Au contraire, ils doivent être perçus, dans la *Lettre Samba* dont l'authenticité n'a jamais été mise en doute par l'Accusation.

233. Contrairement à la philosophie de la procédure pénale, le Procureur n'a pas avancé d'un iota. Quels que soient les développements intervenus dans le cours du procès en faveur de la manifestation de la vérité, son obsession reste inaltérable, telle une aspiration vitale : Ngudjolo doit être condamné. Pourtant, la procédure pénale est dynamique. « L'étymologie du terme « procédure » nous renvoie d'ailleurs à cette dynamique, puisqu'il tire son origine du latin « *procedere* » signifiant « avancer », « aller de l'avant »⁴²⁴. C'est ce qui fonde l'action publique et la sanction pénale, positive comme négative.

234. Au total donc, la Chambre de première instance II était mieux placée pour procéder à une évaluation logique et objective de la crédibilité de tous les éléments de preuve admis au dossier. Elle a passé au peigne fin toutes les affirmations des parties et des participants. Elle a rencontré tous leurs moyens de fait et de droit. Elle a veillé au respect du caractère contradictoire du procès et n'a point déséquilibré le fléau de la balance judiciaire au détriment d'une partie. Ce n'est donc pas à une Chambre pareille à l'encontre de qui peut être gratuitement articulé le grief du défaut de prise en considération de l'ensemble des preuves et, finalement, du droit au procès équitable du Procureur.

⁴²³ Le témoin P-279 avait reconnu devant la Chambre que lorsque l'occasion de devenir témoin s'est présentée à lui, il a renoncé à l'école. Voir ICC-01/04-01/07-T-150-CONF-FRA ET, 7 juin 2010, p.40, l.3-9 : « Après 2006, alors, j'ai eu l'idée... une idée, je me suis dit qu'il faut que je retourne à l'école. Alors, quand j'ai voulu rentrer à l'école, c'est en ce moment-là que je suis allé m'inscrire à cette école. C'était en 2007. Je me suis fait inscrire à cette école en 2007. Alors, en ce moment-là, quand je suis entré dans cette école, il y a eu une occasion. Quand cette occasion s'est présentée, c'était cette occasion de témoin, et c'est pourquoi j'ai quitté cette école et même les quelques travaux que je faisais. C'est maintenant que je me rappelle bien de cette carte d'identité ou de l'école ».

⁴²⁴ P. BOLZE, *Le droit à la preuve contraire en procédure pénale*, Thèse, Université Nancy 2, 2010, p.2.

TITRE TROISIEME : DE LA VIOLATION ALLEGUEE PAR LE PROCUREUR DE SON DROIT AU PROCES EQUITABLE PRÉVU À L'ARTICLE 64(2) DU STATUT DE ROME

235. L'exposé complet de ce moyen (I) sera suivi de sa réfutation (II).

I. Exposé du troisième moyen d'appel du Procureur

236. Le Procureur fait grief à la Chambre de première instance II d'avoir violé son droit au procès équitable au sens de l'article 64(2) du Statut⁴²⁵. Cet article est ainsi libellé :

La Chambre de première instance veille à ce que le **procès** soit **conduit de façon équitable et avec diligence**, dans le **plein respect** des **droits de l'accusé** et en ayant pleinement égard à la nécessité d'assurer la protection des victimes et des témoins.
(souligné par la Défense)

237. Pour le Procureur, la gestion du procès a été truffée de graves erreurs. Celles-ci auraient affecté de manière significative son droit de présenter et de prouver ses allégations. La Chambre, selon le Procureur, n'a pris aucune mesure pour assurer la protection de l'intégrité de sa propre procédure. Il y a eu manipulation des témoins et beaucoup d'interférences. La Chambre a mis le Procureur dans l'impossibilité de contester la preuve de la Défense aux fins de réhabiliter ses propres témoins. En lui barrant l'accès au contenu des écoutes téléphoniques de l'accusé au quartier pénitentiaire, la Chambre ne lui a pas permis de mettre à nu les menaces de Ngudjolo sur ses témoins, la divulgation de l'identité des témoins protégés par celui-ci et ses proches et la subornation de ses propres témoins. Par l'accès au contenu des conversations téléphoniques de Ngudjolo, le Procureur affirme avoir été en mesure de montrer que Ngudjolo et ses proches ont orchestré une ligne de preuve de Défense cohérente et que des tiers agissant en son nom ont fait pression de manière inappropriée sur les témoins.⁴²⁶

238. Le Procureur insiste sur le fait que la Chambre de première instance II, pourtant alertée par le Greffe de la supposée « manipulation » des témoins de la Défense et de la divulgation de l'identité des témoins protégés de l'Accusation à des tiers non autorisés, n'a

⁴²⁵ Mémoire d'appel du Procureur, §140.

⁴²⁶ En ce sens, Mémoire d'appel du Procureur, §140.

fourni que très peu d'efforts pour faire cesser ces manœuvres et a négligé de prendre des mesures pour vérifier la véracité de cette information reçue du Greffe. Le Procureur reproche à la Chambre de première instance II de lui avoir refusé l'accès aux conversations enregistrées de Ngudjolo; d'avoir rejeté sa demande d'utiliser les rapports du Greffe analysant lesdites conversations, lesquels rapports lui auraient servi à contre-interroger les témoins à décharge et les coaccusés. Le Procureur attribue les rétractations de son témoin P-250 aux pressions dont il aurait été l'objet à cette occasion. Il critique la décision de la Chambre qui a rejeté sa demande de rafraîchissement de la mémoire de P-250 avec ses déclarations antérieures et le refus de la Chambre de le voir recourir à des questions suggestives pour mettre en évidence ses contradictions soudaines⁴²⁷. En refusant ses demandes persistantes, la Chambre de première instance II a erré, a omis d'exercer ses propres pouvoirs pour sauvegarder l'équité du procès ; que, pour avoir violé son droit au procès équitable au sens de l'article 64(2), les décisions et les omissions de la Chambre ont affecté de manière significative le Jugement rendu en vertu de l'article 74 du Statut en date du 18 décembre 2012⁴²⁸.

239. De plus, dans sa note de bas de page portant le numéro 459 de son Mémoire d'appel, le Procureur semble mettre en cause le Président de la Chambre de première instance II citant une décision du TPIY à l'appui où il est question de la nécessité pour le Président de ne pas être un simple spectateur et de faire *preuve d'intelligence*.

240. La Défense entend, dans les lignes suivantes, systématiser l'idée selon laquelle ce troisième moyen d'appel et les arguments qui le sous-tendent, tout comme les deux premiers d'ailleurs, sont dénués de tout fondement factuel et juridique. La Défense soumet *prima facie* que le Procureur n'explique pas en quoi le fait de lui permettre de contester les témoignages de la Défense sur la base des écoutes téléphoniques aurait changé les conclusions du Jugement. De plus, le Procureur n'explique pas en quoi il aurait pu « réhabiliter » ses témoins si la Chambre avait acquiescé à sa demande. La Défense soumet que son droit au « procès équitable » n'a été nullement atteint ; bien au contraire, le Procureur a eu toutes les possibilités de présenter sa cause⁴²⁹.

II. Réfutation du troisième moyen d'appel du Procureur

⁴²⁷ *Idem*, §141.

⁴²⁸ *Idem*, §142.

⁴²⁹ Le Procureur a eu tout le loisir de présenter ses requêtes devant la Chambre de première instance II. Certaines requêtes ont été déclarées fondées, d'autres ont été rejetées. Il a parfois sollicité l'autorisation d'interjeter appel. Cette autorisation lui a parfois été accordée, parfois refusée. Il n'a pas soumis de nouveau à la Chambre d'appel toutes les demandes d'autorisation de relever appel qui ont été rejetées. [EXPURGE].

241. Le troisième moyen d'appel du Procureur est sans pertinence en droit pour quatre motifs, à savoir : le droit au procès équitable ne constitue pas pour le Procureur un motif d'appel (A) ; le contentieux des écoutes téléphoniques a été totalement vidé par des décisions antérieures de la Chambre de première instance II devenues irrévocables et ayant acquis force de la chose jugée (B) ; ce troisième moyen d'appel n'a jamais fait l'objet d'un débat contradictoire à l'audience entre parties et participants devant la Chambre de première instance II (C) et, enfin, le souci de traitement équitable des parties et des participants et la recherche de la manifestation de la vérité ont été plutôt une constante de l'activité judiciaire de la Chambre de première instance II (D).

A. Le droit au procès équitable ne constitue pas pour le Procureur un motif d'appel d'un jugement rendu en vertu de l'article 74 du Statut.

242. Aux termes de l'article 81(1) du Statut, intitulé « Appel d'une décision sur la culpabilité ou la peine », « [I]l peut être fait appel, conformément au Règlement de procédure et de preuve, d'une décision rendue en vertu de l'article 74 selon les modalités suivantes :

[...]

- a) Le Procureur peut interjeter appel pour l'un des motifs suivants :
 - i) Vice de procédure ;
 - ii) Erreur de fait ;
 - iii) Erreur de droit ;
- b) La personne déclarée coupable, ou le Procureur au nom de cette personne, peut interjeter appel pour l'un des motifs suivants :
 - i) Vice de procédure ;
 - ii) Erreur de fait ;
 - iii) Erreur de droit ;
 - iv) **Tout autre motif de nature à compromettre l'équité ou la régularité de la procédure ou de la décision**

[...]

(souligné par la Défense)

243. Il en ressort que le Procureur n'est autorisé à interjeter appel que pour les trois motifs limitativement prévus au point a), à savoir : vice de procédure, erreur de fait et erreur de droit.

Cette disposition est claire et précise. Aucun doute n'étant susceptible de planer sur sa lecture, elle prohibe toute interprétation au regard de l'adage « *interpretatio cessat in claris* »⁴³⁰ et revendique une application stricte, automatique et littérale. C'est le manifeste clair et net de la volonté des Etats parties au Statut de limiter les possibilités de l'appel du Procureur, dans l'intérêt de son Bureau, aux trois motifs ci-dessus précisés. L'allégation de la violation du droit au procès équitable qui ne figure pas au point a) ne peut être invoquée par le Procureur. Seule la personne déclarée coupable ou, le Procureur au nom de cette personne, peut l'invoquer en vertu du point b) de cette disposition.

244. Cette prescription de l'article 81(1) est d'autant plus conforme à la logique que le droit à un procès équitable est un droit fondamental processuel. A ce titre, seuls peuvent en être bénéficiaires les individus et les groupes juridiquement protégés. Au Procureur, organe judiciaire, il est plutôt opposable. La sanction de la violation alléguée par le Procureur de l'article 64(2) n'est pas le recours à l'article 81(1), mais plutôt la mise en œuvre de l'article 82(1)(d).

245. L'application stricte de l'article 81(1)(a), corollaire du principe de légalité en matière pénale, devrait être d'application ferme pour rejeter dans les oubliettes de l'illégalité ce troisième moyen du Procureur, à l'instar des deux autres moyens. Si par impossible la Cour de céans accueille ce moyen du Procureur, Elle devra le déclarer non fondé pour les trois raisons suivantes.

B. Le contentieux des écoutes téléphoniques de Mathieu Ngudjolo a acquis force de la chose jugée pour avoir été vidé par des décisions antérieures irrévocables de la Chambre de première instance II

246. La Défense, avant toute chose et une fois de plus, déplore la manière erronée dont le Procureur expose les faits. Cette manière est empreinte d'un manque d'objectivité tant les éléments factuels importants sont souvent passés sous silence au point où, du coup, la Chambre de céans, qui doit exercer son contrôle du jugement litigieux, est mise dans l'impossibilité de le faire. Heureusement que, même à ce niveau procédural, la garantie du caractère contradictoire des débats permet à la Chambre de redresser les distorsions factuelles

⁴³⁰ La clarté prohibe l'interprétation.

remarquées par-ci, par-là. Aussi la Défense croit-elle bien faire de restituer le cadre historico-judiciaire du contentieux des écoutes téléphoniques de Ngudjolo à partir duquel il sera permis à la Chambre de céans de mieux apprécier les chefs de demande articulés par le Procureur dans son troisième moyen d'appel. Qu'il lui suffise pour cela de prendre connaissance de toute la littérature liée aux écoutes téléphoniques rassemblée dans l'annexe A du présent mémoire en réponse⁴³¹.

1. Le cadre historico-judiciaire du contentieux des écoutes téléphoniques

247. Le 12 février 2009, le Greffier a ordonné au chef du quartier pénitentiaire de procéder à l'écoute de toutes les communications de Germain Katanga et de Mathieu Ngudjolo Chui non couvertes par le secret professionnel et enregistrées depuis le 1^{er} octobre 2008 ; de toutes les communications téléphoniques de Germain Katanga et de Mathieu Ngudjolo Chui à compter de la date de notification de cette décision, et, ce, pour une durée de quatorze jours (14) calendaires, et de présenter un rapport régulier concernant cette surveillance. Aussi, le Greffier « [décide] de ne pas autoriser Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui à recevoir de visites privées durant la période d'exécution de la présente décision »⁴³².

248. Le 27 février 2009, le Greffier a ordonné « la poursuite de l'écoute différée des communications téléphoniques de Mathieu Ngudjolo qui ne sont pas couvertes par le secret professionnel et qui se sont tenues entre le 1^{er} octobre 2008 et le 26 février 2009 ». Il a ordonné aussi au chef du quartier pénitentiaire d'interrompre temporairement, à partir du 26 février 2009, la surveillance des communications téléphoniques et des visites non couvertes par le secret professionnel⁴³³.

249. Le 8 juin 2009, le Greffier a adressé à la Chambre son Premier Rapport sur l'écoute des communications non couvertes par le secret professionnel de Mathieu Ngudjolo, rapport *ex parte* au Greffe et au Bureau du Procureur seulement. Ce Premier Rapport couvrait les communications pour la période comprise entre le 1^{er} octobre 2008 et le 31 janvier 2009. Ce premier rapport du Greffier a été communiqué à la Défense le 19 juin 2009 avec des

⁴³¹ [EXPURGE].

⁴³² [EXPURGE].

⁴³³ [EXPURGE].

expurgations⁴³⁴ (ci-après « Premier Rapport du Greffier »). La Défense porte à l'attention de cette Chambre d'appel que le Procureur fait une référence trompeuse en son paragraphe 147 et sa note de bas de page 301 (qui fait référence à deux écritures no. ICC-01/04-01/04-1667-Conf du 23 novembre 2009 et ICC-01/04-01/07-1956-Anx1-FRA du 10 mars 2010), écritures qui sont intervenues après ce Premier Rapport du Greffier.

250. Tel que précisé en note de bas de page 294 au Mémoire d'appel du Procureur, par décision orale et *ex parte* entre le Procureur et le Greffier seulement du 9 juin 2009, la Chambre a autorisé la communication de ce Premier Rapport du Greffe à la Défense.

251. Profitant de cette décision orale, le Procureur, le 12 juin 2009, a saisi la Chambre de première instance II, *ex parte* au Bureau du Procureur seulement, d'un mémoire urgent fondé sur la norme 101(3) du Règlement de la Cour, aux fins, notamment, d'interdire tout contact entre Mathieu Ngudjolo et l'extérieur et de séparer ce dernier des autres détenus. Ce mémoire expurgé a été communiqué à la Défense le 19 juin 2009⁴³⁵ (ci-après « Requête 1200 du Procureur »). La Défense invite la Chambre d'appel à être attentive aux informations données par le Procureur dans cette Requête 1200 du Procureur aux paragraphes 2 et 5 qui ne reprennent pas du tout les observations du Greffe dans son Premier Rapport. En effet, au paragraphe 2, le Procureur affirme que Mathieu Ngudjolo « tente de retrouver ou d'exercer des pressions sur des témoins à charge ». Or, le Greffe annonce explicitement au paragraphe 24 du Premier Rapport qu'« aucune des communications transcrites (exclusion faite de celles non comprises par les interprètes) ne fournit d'informations selon laquelle Mathieu Ngudjolo aurait explicitement donné l'ordre d'intimider un témoin ».

252. Le 18 juin 2009, Ngudjolo s'est vu provisoirement interdire tout contact entre lui et toute autre personne à l'exception de son équipe de Défense et a été invité à soumettre ses observations⁴³⁶.

253. Le 23 juin 2009, la Défense a présenté ses observations à la fois sur le Premier Rapport du Greffe et la Requête 1200 du Procureur.⁴³⁷

⁴³⁴ [EXPURGE].

⁴³⁵ [EXPURGE].

⁴³⁶ [EXPURGE].

⁴³⁷ [EXPURGE].

254. Le 24 juin 2009, la Chambre de première instance II a donné suite à la Requête 1200 du Procureur en frappant Mathieu Ngudjolo Chui de plusieurs mesures allant de la suspension d'appels téléphoniques (sauf ceux à son équipe de Défense), de la privation de l'expédition et de réception du courrier, de l'interdiction provisoire et de toute visite et de celle des contacts avec ses codétenus. Dans cette Décision, la Chambre rejette la demande du Procureur de se voir communiquer le contenu de toutes les écoutes téléphoniques ainsi que la liste des personnes contacts de Mathieu Ngudjolo, les juges ayant estimé qu'il revient à l'organe neutre de la Cour, l'Unité d'aide aux victimes et aux témoins (ci-après « l'Unité »), d'analyser les écoutes téléphoniques et de proposer toute mesure jugée utile concernant la protection des témoins du Procureur⁴³⁸ (ci-après « 1^{ère} Décision de la Chambre II »).

255. Le 14 juillet 2009, le Greffier a déposé la version expurgée de son Deuxième Rapport sur l'écoute des communications non couvertes par le secret professionnel de Mathieu Ngudjolo suite à la décision du Greffier du 12 février 2009. Ce Deuxième Rapport couvrait les communications du 1^{er} au 28 février 2009. La Défense soumet que le Greffe ne dénonce rien d'anormal qui pourrait mettre en péril la sécurité des témoins et estime que « certaines des informations contenues dans les présentes écritures peuvent, à certains degrés variables, relever des enquêtes effectuées par l'équipe de la défense » et propose même « à la Chambre d'envisager la possibilité d'autoriser Mathieu Ngudjolo à communiquer avec son épouse dans l'éventualité d'une continuation des mesures de restrictions »⁴³⁹ (ci-après « Deuxième Rapport du Greffier »).

256. Le 14 juillet 2009, la Chambre de première instance II a rendu sa décision sur les demandes d'autorisation d'appels du Procureur et de la Défense de Mathieu Ngudjolo contre la 1^{ère} Décision de la Chambre datée du 24 juin 2009. A cette occasion, la Chambre II a rejeté la demande du Procureur sur « la question de savoir si les informations contenues dans les enregistrements des conversations téléphoniques passées par Mathieu Ngudjolo et dans la liste de ses contacts conditionnent la possibilité d'enquêter sur d'éventuelles manœuvres visant à entraver la justice au sens de l'article 70 du Statut et de la règle 165 du Règlement ». Elle a accueilli, par la même occasion, « la Demande du Procureur sur la question de savoir si les parties ou la Chambre pourront faire état ou utiliser au cours des débats au fond toutes les informations contenues dans les enregistrements des conversations téléphoniques passées par

⁴³⁸ [EXPURGE].

⁴³⁹ [EXPURGE].

Mathieu Ngudjolo et dans la liste de ses contacts ». Elle a enfin rejeté la Demande de Mathieu Ngudjolo⁴⁴⁰.

257. Le 17 juillet 2009, le Greffier a soumis la version expurgée de son Troisième Rapport sur l'écoute des communications non couvertes par le secret professionnel de Mathieu Ngudjolo suite à la décision du Greffier du 12 février 2009. Ce Troisième Rapport couvrait les communications pour la période comprise entre le 1^{er} et le 17 mars et du 17 au 31 mai 2009. La Défense rappelle les conclusions de ce Troisième Rapport où le Greffe précise « que si aucune information dans les conversations que les interprètes ont pu comprendre ne semble suggérer que Mathieu Ngudjolo tenterait de nuire à des témoins, il est néanmoins clair que l'intéressé fait référence à des témoins – des enfants en l'occurrence – du Procureur que ses proches doivent « jauger », « surveiller et dont ils doivent contacter les parents » (ci-après « Troisième Rapport du Greffier »).⁴⁴¹

258. Le 20 juillet 2009, le Procureur a adressé à la Chambre de première instance II ses observations sur les Deuxième et Troisième Rapports du Greffier sur l'écoute des conversations téléphoniques de Mathieu Ngudjolo. Dans celles-ci :

The Prosecution requests the Chamber to make permanent the separation of Mathieu Ngudjolo from the other accuseds and the prohibition of all contacts with the outside, with the exception of conversations with family members subject to the conditions outlined above.⁴⁴²

259. Le 24 juillet 2009, la Chambre de première instance II a rendu sa Deuxième Décision sur les mesures d'interdiction et de restriction de contacts avec l'extérieur comme au sein de l'établissement pénitentiaire concernant Ngudjolo. La Chambre a maintenu la plupart des mesures d'interdiction, de séparation et de suspension du 18 juin 2009 et 24 juin 2009 et a notamment, à cette occasion, rejeté la requête du Procureur relative à la reclassification des Deuxième et Troisième rapports du Greffier en vue de leur communication à la Défense de Germain Katanga⁴⁴³. La Chambre a, encore une fois, ordonné à l'Unité « d'adresser au Procureur toutes les recommandations qu'elle estime nécessaire en lui communiquant, le cas

⁴⁴⁰ [EXPURGE].

⁴⁴¹ [EXPURGE].

⁴⁴² [EXPURGE].

⁴⁴³ [EXPURGE].

échéant, les extraits de conversations ainsi que les « contacts » strictement nécessaires »⁴⁴⁴. (ci-après « 2^e Décision de la Chambre II »).

260. Le 28 août 2009, le Procureur a déposé sa première requête en mesures de protections de ses témoins⁴⁴⁵ (ci-après « Première Requête du Procureur en mesures de protections des témoins à charge »).

261. Le 25 septembre 2009, la Chambre a édicté sa Troisième décision sur les mesures d'interdiction et de restriction de contacts avec l'extérieur comme au sein de l'établissement pénitentiaire concernant Mathieu Ngudjolo. La Chambre a maintenu la plupart des mesures d'interdiction de contacts avec l'extérieur, à l'exception de certains membres de sa famille, mais a levé l'interdiction de recevoir et expédier du courrier sous surveillance. Elle a fait siennes partiellement les suggestions du Greffe sur les contacts avec les codétenus et a autorisé les contacts sous restrictions⁴⁴⁶. La Chambre a aussi ordonné « à l'Unité de lui préciser si, depuis le 9 juin 2009, la sécurité de témoins a été affectée et de lui faire rapport sur toute modification négative de la situation sécuritaire pouvant résulter, pour des témoins, des nouvelles modalités de communication définies dans la présente décision »⁴⁴⁷. (ci-après « 3^e Décision de la Chambre II »).

262. Le 11 novembre 2009, le Greffier a transmis aux parties des versions expurgées de son Quatrième Rapport sur l'écoute des communications non couvertes par le secret professionnel de M. Mathieu Ngudjolo⁴⁴⁸. La Défense souhaite attirer l'attention de la Chambre d'appel sur le fait que ce Quatrième Rapport couvrait les communications s'étendant du 17 mars au 17 mai 2009, du 1^{er} au 30 juin 2009, et du 20 août au 16 octobre 2009. Également, au sujet de l'identité des enfants soldats, le Greffe a souhaité attirer l'attention de la Chambre « sur le fait que cette recherche pourrait néanmoins être considérée comme rattachée aux enquêtes de la défense »⁴⁴⁹ (ci-après « Quatrième Rapport du Greffier »).

263. Le 23 novembre 2009, la Chambre a rendu son Ordonnance relative aux mesures de protection de certains témoins cités à comparaître par le Procureur et par la Chambre (règles

⁴⁴⁴ [EXPURGE].

⁴⁴⁵ [EXPURGE].

⁴⁴⁶ [EXPURGE].

⁴⁴⁷ [EXPURGE].

⁴⁴⁸ [EXPURGE].

⁴⁴⁹ [EXPURGE].

87 et 88 du Règlement de procédure et de preuve). Il s'est agi précisément des témoins 2, 12, 28, 30, 132, 157, 159, 160, 219, 249, 250, 267, 268, 279, 280, 287 et 353⁴⁵⁰.

264. Le 4 décembre 2009, la Chambre a rendu sa Quatrième décision sur les mesures d'interdiction et de restriction de contacts avec l'extérieur comme au sein de l'établissement pénitentiaire concernant Mathieu Ngudjolo.⁴⁵¹ La Chambre « [o]rdonne au Greffe et tout particulièrement à l'Unité de lui préciser, le cas échéant, si la sécurité de témoins a été affectée par ces mesures et de lui faire rapport sur toute modification négative de la situation sécuritaire pouvant résulter, pour des témoins, des modalités de communication confirmées dans la présente décision »⁴⁵² (ci-après « 4^e Décision de la Chambre II »).

265. Le 9 décembre 2009, la Chambre d'appel a rendu son Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la Décision sur la requête 1200 du Procureur aux fins de mesures d'interdiction et de restriction de contacts avec l'extérieur comme au sein de l'établissement pénitentiaire contre Mathieu Ngudjolo⁴⁵³ (ci-après « Arrêt de la Chambre d'appel du 9 décembre 2009 »). Cet Arrêt a infirmé la Décision de la Chambre de première instance II « sur la requête 1200 du Procureur aux fins de mesures d'interdiction et de restriction de contacts avec l'extérieur comme au sein de l'établissement pénitentiaire contre Mathieu Ngudjolo en ce que celle-ci refuse que le Procureur reçoive communication de l'enregistrement de l'intégralité des conversations de Mathieu Ngudjolo Chui non couvertes par le secret professionnel, telles que résumées dans le Premier rapport du Greffier sur l'écoute des communications non couvertes par le secret professionnel de Mathieu Ngudjolo Chui suite à la décision du Greffier du 12 février 2009, ainsi que l'annexe à ce rapport et la liste des contacts téléphoniques de Mathieu Ngudjolo Chui, et elle renvoie la question à la Chambre de première instance »⁴⁵⁴.

266. Sur le renvoi ainsi décidé, la Chambre d'appel s'est exprimée comme suit :

La Chambre d'appel renvoie la question devant la Chambre de première instance pour que celle-ci se prononce à nouveau, conformément à la norme 92-3 du Règlement de la Cour, sur la question de savoir s'il convient de communiquer ou non au Procureur

⁴⁵⁰ [EXPURGE].

⁴⁵¹ [EXPURGE].

⁴⁵² [EXPURGE].

⁴⁵³ [EXPURGE].

⁴⁵⁴ [EXPURGE].

les informations obtenues au moyen de la surveillance. Pour rendre sa décision, la Chambre de première instance devra s'efforcer de concilier, d'une part, les droits reconnus à l'accusé par l'article 67 du Statut, son droit au respect de sa vie privée et celui de conduire sa défense et, d'autre part, les responsabilités du Procureur en application de l'article 54-1 du Statut. La Chambre d'appel fait observer à ce sujet que si le besoin s'en fait sentir, la Chambre de première instance peut inviter le Procureur à préciser par écrit sa demande.⁴⁵⁵

267. Le 8 janvier 2010, le Greffier a établi son Rapport sur la mise en œuvre de la Décision de la Chambre du 4 décembre 2009 concernant les restrictions imposées à Mathieu Ngudjolo. Il y écrit : « Sur la question des témoins, le Greffier informe la Chambre que l'évaluation de la situation faite par l'Unité des victimes et témoins ne fournit aucune information particulière pouvant être communiquée ». Aussi, il demande à la Chambre de procéder à l'écoute sélective de certaines communications téléphoniques⁴⁵⁶.

268. Le 20 janvier 2010, la Chambre a pris sa décision sur le rapport du Greffier relatif à la mise en œuvre de la décision de la Chambre du 4 décembre 2009 concernant les restrictions imposées à Mathieu Ngudjolo. Dans cette décision, la Chambre « [rappelle] qu'il revient au Greffier d'apprécier s'il y a lieu de procéder à la surveillance aléatoire des conversations téléphoniques passées par Mathieu Ngudjolo entre le 25 septembre 2009 et la présente décision ». La Chambre a maintenu les communications entre Mathieu Ngudjolo et ses co-détenus⁴⁵⁷ (ci-après « 5^e Décision de la Chambre II »).

269. Le 22 janvier 2010, le Greffier a ordonné au Chef du Quartier pénitentiaire la surveillance des communications de Mathieu Ngudjolo non couvertes par le secret professionnel entre le 25 septembre 2009 et le 28 janvier 2010⁴⁵⁸.

270. Le 19 février 2010, le Greffier a transmis à la Chambre de première instance II son rapport sur l'écoute des conversations de Mathieu Ngudjolo suite à la décision de surveillance du Greffier en date du 22 janvier 2010⁴⁵⁹. Ce Cinquième Rapport couvrait les

⁴⁵⁵ [EXPURGE].

⁴⁵⁶ [EXPURGE].

⁴⁵⁷ [EXPURGE].

⁴⁵⁸ [EXPURGE].

⁴⁵⁹ [EXPURGE].

communications s'étendant entre le 25 septembre 2009 et le 28 janvier 2010. Le Greffe a soumis en annexe une seule conversation ayant retenu son attention mais « n'entend pas tirer de conclusions particulières »⁴⁶⁰ (ci-après « Cinquième Rapport du Greffier »). La Défense tient à porter à l'attention de la Chambre d'appel que, contrairement à ce que le Procureur allègue en son paragraphe 174, rien, à la lecture des communications, ne semble contenir un message codé. D'ailleurs, le Greffe n'a pas conclu à cela.

271. Le 10 mars 2010, les parties et les participants sur les diligences de l'Unité se sont entendus sur un protocole concernant l'utilisation des noms des témoins des parties lors des enquêtes⁴⁶¹. Il a été convenu entre les parties, les participants et la VWU au paragraphe a) du Protocole que: « a) The investigating party shall use the names of protected witnesses in a careful and focused manner and only when necessary for the purposes of the investigation or inquiry. [...] b) Should it become necessary to refer to the name of a protected witness to a third party, the investigating party shall not disclose that the person is a witness or involved with the Court. »⁴⁶²

272. Se fondant sur l'Arrêt de la Chambre d'appel du 9 décembre 2009 qui infirmait la 1^{ère} Décision de la Chambre le Procureur a de nouveau saisi la Chambre II, le 11 mars 2010, d'une nouvelle requête par laquelle il sollicitait la divulgation de l'entièreté des transcriptions des conversations listées dans son Annexe A ; la mise à sa disposition de toutes les conversations en kilendu listées dans son Annexe B transcrites et analysées et, enfin, la divulgation, avec moins d'expurgations, du Quatrième Rapport du Greffier dans la mesure indiquée dans son Annexe C⁴⁶³.

273. Le 16 mars 2010, la Chambre de première instance II a ordonné au Greffier de lever toutes les mesures d'interdiction et de restriction de communication avec l'extérieur et au sein de l'établissement pénitentiaire qui frappait Mathieu Ngudjolo. La Chambre a également ordonné à l'Unité « de l'aviser s'il lui apparaît que la situation de témoins était affectée par une éventuelle reprise des manquements imputés à Mathieu Ngudjolo » et a demandé au Greffier de « rappeler solennellement à l'accusé, en présence de son conseil principal Me

⁴⁶⁰ [EXPURGE].

⁴⁶¹ [EXPURGE].

⁴⁶² ICC-01/04-01/07-2007-Anx 1, Protocole, § a) et b).

⁴⁶³ [EXPURGE].

Jean-Pierre Kilenda, que tout nouvel incident constaté pourra conduire au rétablissement immédiat des mesures restrictives aujourd'hui levées »⁴⁶⁴.

274. Le 10 juin 2010, la Chambre de première instance a rendu sa décision suite à l'Arrêt de la Chambre d'appel du 9 décembre 2009 (ci-après « Décision du 10 juin 2010 ») et a répondu, par la même occasion, à la requête 1959 du Procureur datée du 11 mars 2010 par laquelle, fort dudit arrêt, il sollicitait de nouveau l'accès aux transcriptions des conversations téléphoniques non privilégiées de Mathieu Ngudjolo. Par cette décision, la Chambre de première instance II a refusé de faire droit à la demande du Procureur tendant à se voir communiquer l'ensemble des communications téléphoniques référencées à l'annexe A de sa Requête du 11 mars 2010. Elle a ordonné au Greffier la transcription des conversations téléphoniques en kilendu ou dans une autre langue non identifiée⁴⁶⁵.

275. Les passages les plus significatifs de cette Décision du 10 juin 2010 rendue sur renvoi de l'Arrêt de la Chambre d'appel du 9 décembre 2009 méritent d'être intégralement lus :

57. Pour la Chambre, il est acquis que le travail d'analyse des conversations téléphoniques auquel s'est livré le Greffier a permis à ce dernier de mettre en évidence l'ensemble des informations susceptibles d'intéresser la Chambre et les parties concernées, soit en ce qu'elles constitueraient un manquement au Règlement du Greffe ou aux différentes dispositions régissant le fonctionnement du quartier pénitentiaire, soit en ce qu'elles seraient susceptibles de porter atteinte à la sécurité des témoins. Il lui apparaît dès lors que **le Bureau du Procureur détient déjà à travers les rapports du Greffier, qui contiennent de nombreux extraits des conversations téléphoniques, toutes les informations présentant un intérêt pour lui et qui pourraient avoir un impact sur les témoins.**

58. Selon le Greffier, la sélection qu'il a opérée dans ses rapports avait précisément pour objet de soustraire à l'attention du Procureur toutes les informations ne méritant pas d'être portées à sa connaissance, dès lors qu'elles relèvent :

- a. d'entretiens d'ordre privé et/ou affectif avec son épouse, des membres de sa famille ou des proches ;
- b. de conversations de nature spirituelle ou religieuse ;

⁴⁶⁴ [EXPURGE].

⁴⁶⁵ [EXPURGE].

- c. de discussions de portée générale relatives notamment à des questions d'ordre familial, domestique ou financier ;
- d. de considérations relatives à l'état de santé de l'accusé ;
- e. de considérations d'ordre financier liées à la conduite de ses enquêtes et plus généralement à l'exercice de sa défense ; ainsi que
- f. de la stratégie de la Défense, préalablement arrêtée en commun avec ses conseils, en ce qu'elle a trait au déroulement des enquêtes, à l'organisation de rencontres en République démocratique du Congo et à la détermination des questions sur lesquelles fonder sa défense.

59. Il s'agit là de **conversations** ou de parties de rapports du Greffier qui, selon le cas, **sont couvertes par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme** ou qui relèvent du **droit de conduire sa défense**, au sens où l'entend la Chambre d'appel. Comme la Chambre l'a déjà rappelé, toute ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ces droits doit notamment être prévue par la loi, nécessaire et proportionnée au but légitime recherché. Si l'existence de textes ne saurait être ici remise en cause, il convient en revanche de s'interroger sur la nécessité et la proportionnalité de l'ingérence à laquelle estime pouvoir se livrer le Procureur, étant entendu que la Chambre n'évaluera pas la proportionnalité des mesures demandées si elles ne sont pas nécessaires.

60. Premièrement, le Procureur considère que la communication intégrale des conversations téléphoniques énumérées à l'annexe A de la Requête du 11 mars 2010 ainsi que des rapports du Greffier avec toutefois moins d'expurgations sont indispensables à la manifestation de la vérité. Sur ce point, la Chambre entend répondre de la manière suivante.

61. De manière générale, les informations que le Greffier n'a pas entendu faire figurer dans ses rapports (à savoir les conversations portant sur les thèmes a à d) précités) ou qui ont fait l'objet de suppressions additionnelles (thèmes e) à f) précités) touchent principalement à des domaines tels que la vie privée ou la conduite de la défense de l'accusé. En outre, **le Procureur n'a pas fait valoir qu'il disposait, dans les rapports du Greffier lui ayant été communiqués, d'éléments lui permettant de penser que les transcriptions en cause pourraient comporter des informations essentielles pour parvenir à la manifestation de la vérité et qui ne pourraient être apportées par d'autres moyens de preuve obtenus dans le cadre de ses enquêtes.** En d'autres termes, il n'a pas indiqué que faute de pouvoir y accéder, il se trouverait

privé, en l'espèce, de toute possibilité d'atteindre l'objectif fixé à l'article 54-1 du Statut. Pour la Chambre, le seul fait qu'une ou plusieurs transcriptions puissent *potentiellement* fournir des informations intéressantes ou, le cas échéant, des éléments de preuve utiles à la manifestation de la vérité, ne rend pas, en tant que tel, leur divulgation indispensable et, en tout état de cause, l'ingérence qu'elle constituerait au regard des droits de l'accusé, nécessaire.(...)

[...]

63. En ce qui concerne la demande du Procureur tendant à obtenir les traductions, après transcription, et l'analyse des conversations échangées en kilendu, la Chambre a pris note des difficultés, notamment en termes d'effectifs, plusieurs fois signalées par le Greffe, ce qui l'a conduit à différer toute demande en ce sens. Il demeure, à ce stade de la procédure, qu'une telle analyse ne peut plus être repoussée. Aussi la Chambre prie-t-elle le Greffier de bien vouloir y procéder aussi rapidement qu'il lui sera possible et selon les modalités qui lui paraîtront les plus appropriées ainsi que de rendre compte à la Chambre de toutes difficultés qu'il pourrait rencontrer.

64. Deuxièmement, le Procureur considère que la communication de l'intégralité des conversations énumérées dans l'annexe A de sa Requête du 11 mars 2010 est nécessaire à l'exercice de sa mission de **protection de ses témoins**, au sens de l'article 68 du Statut.

65. A cet égard, la Chambre rappelle qu'il s'agit là d'une **préoccupation qui se trouve au cœur de chacune des décisions d'interdiction ou de restriction de communication rendues à l'encontre de Mathieu Ngudjolo**. Ainsi, dès sa décision du 24 juin 2009, a-t-elle expressément rappelé qu'elle n'ignorait par le mandat également confié au Procureur en manière de protection des témoins.

[...]

68. L'invitation ainsi faite à l'Unité a été réitérée dans ses décisions des 24 juillet, 25 septembre et 4 décembre 2009. **La Chambre a par ailleurs reçu l'assurance de l'Unité qu'elle s'était acquittée de l'obligation ainsi mise à sa charge et, à sa connaissance, cette dernière n'a pas été conduite à saisir le Procureur de « recommandations nécessaires »** telles que prévues au paragraphe 44 de la citation ci-dessus reproduite.

69. « Ce faisant, la Chambre a veillé à ce que **l'obligation de protection des témoins**, que le Procureur entend assurer aujourd'hui à travers la communication de l'intégralité des conversations téléphoniques qu'il a énumérées, soit **assumée par le service**

neutre de la Cour précisément investi de cette mission. Elle relève par ailleurs que, sauf circonstances exceptionnelles et en l'absence d'éléments concrets, il n'appartient pas au Procureur, en ne faisant état que d'arguments généraux et abstraits, de remettre en cause le contrôle effectué par ce service du Greffier.

70. Il en résulte que l'objectif poursuivi dans les demandes de communication formulées à cette fin par le Bureau du Procureur a été satisfait et que sa Requête du 11 mars 2010, faute de répondre à l'exigence de nécessité, ne saurait se voir réserver une suite favorable.

71. En définitive, la mise en balance entre les droits de l'accusé (article 67 du Statut) à laquelle la Chambre d'appel a invité la Chambre, l'a conduite à privilégier, en l'espèce, les droits de Mathieu Ngudjolo, dès lors, au surplus, que **la sécurité des témoins**, dont la protection doit être également assurée (article 68 du Statut), **n'a pas été menacée**.

72. Dans la partie introductive de sa Requête du 11 mars 2010, le Procureur demande l'autorisation de consulter une version plus exhaustive des rapports du Greffier afin de mettre éventuellement en évidence des violations de l'article 70 du Statut.

73. La Chambre tient tout d'abord à souligner que la référence ainsi faite à l'article 70 n'est pas reprise dans les conclusions de la Requête du 11 mars 2010, ce qui conduit à s'interroger sur l'importance réelle que le Procureur attache à cette demande comme sur l'obligation, pour les juges, d'y répondre. Elle constate en effet que la Requête du 11 mars 2010 est divisée en deux parties principales consacrées à la nécessité, pour le Bureau du Procureur, de disposer d'éléments d'information suffisants pour mettre en œuvre d'une part les dispositions de l'article 54-1 du Statut d'autre part celles de l'article 68 dudit Statut. Aucun développement n'est consacré à l'article 70.

74. Pour autant, la Chambre n'entend pas éluder cette question mais elle tient à présenter les remarques suivantes :

- a. le Greffier a procédé à l'analyse des conversations téléphoniques en ayant à l'esprit que certains passages pourraient éventuellement caractériser l'une des infractions énumérées à l'article 70 du Statut. Tel est notamment ce qui ressort du premier rapport du Greffier du 8 juin 2009, comme des considérations d'ordre général figurant dans ses Observations ;
- b. la règle 165 du Règlement dispose que « le Procureur peut de son propre chef engager et conduire des enquêtes sur les atteintes définies à l'article 70 sur la base (notamment) *des renseignements communiqués par une chambre (...)*. Jusqu'à présent, la Chambre a estimé ne pas devoir communiquer les

enregistrements des conversations téléphoniques référencées dans le premier rapport du Greffe, renseignements que le Procureur avait demandés le 12 juin 2009. Elle n'a pas non plus entendu autoriser l'appel sur ce point et en l'état des informations actuellement en sa possession, elle n'envisage pas de revenir sur cette position.

c. il demeure qu'il pourrait en aller différemment lorsqu'elle sera en possession de l'analyse, après traduction, des transcriptions des conversations échangées en kilendu. »⁴⁶⁶

(souligné par la Défense)

276. Le 7 mars 2011, le Greffier a adressé son Rapport sur l'écoute de certaines des conversations de Mathieu Ngudjolo tenues en kilendu ou dans une langue non identifiée suite à la décision de la Chambre du 10 juin 2010. Au paragraphe 10, le Greffe fait mention d'une écoute où « il est question d'établir contact avec les parents d'un témoin à charge considéré comme « hostile » à la défense. Il conclut qu'une telle conversation peut être considérée *prima facie* partie de la stratégie de la défense »⁴⁶⁷.

277. Sauf erreur et/ou omission de la Défense, le Procureur n'a jamais sollicité de la Chambre de première instance II l'autorisation d'interjeter appel contre sa Décision du 10 juin 2010. Bien, au contraire, en date du 18 mai 2011, le Procureur a plutôt postulé de la Chambre son application. En ses paragraphes 8 et 9, cette requête est ainsi écrite :

8. En outre, la Chambre avait indiqué qu'elle pourrait revoir la question de la communication des enregistrements des conversations de Mathieu Ngudjolo « lorsqu'elle sera en possession de l'analyse » en question.

9. En conclusion, l'Accusation sollicite que le Greffe remette avant le mois de mai l'analyse des transcriptions et traductions des conversations téléphoniques non couvertes par le secret professionnel de Mathieu Ngudjolo qui sont en kilendu ou dans une langue non identifiée.⁴⁶⁸

278. Le 8 juillet 2011, le Procureur a sollicité de la Chambre de première instance II la reclassification des Rapports du Greffier relatifs à l'écoute des communications non couvertes

⁴⁶⁶ [EXPURGE].

⁴⁶⁷ [EXPURGE].

⁴⁶⁸ [EXPURGE].

par le secret professionnel de Mathieu Ngudjolo et la levée ou révision des expurgations appliquées dans ces Rapports⁴⁶⁹. Le Procureur a bien insisté sur le fait que sa requête ne portait pas sur l'admissibilité des informations contenues dans ces Rapports mais seulement sur leur reclassification, rappelant, sur ce point, les termes de l'Arrêt de la Chambre d'appel du 9 décembre 2009 et le fait, non moins important, selon lequel « c'est donc au cours des contre-interrogatoires que la question de l'admissibilité se posera. La Défense aura alors l'occasion de développer tous ses arguments.⁴⁷⁰ »

279. Le 15 juillet 2011, le Greffe a adressé son Deuxième et dernier rapport sur l'écoute de certaines conversations téléphoniques de Mathieu Ngudjolo tenues en kilendu ou dans une langue non identifiée suite à la Décision du 10 juin 2010. Le Greffe a indiqué que « [l']analyse des informations contenues dans les conversations téléphoniques n'a pas mis en évidence la volonté de menacer ou d'agresser physiquement les témoins du Procureur »⁴⁷¹.

280. Le 19 août 2011, la Chambre de première instance II a rendu sa décision en réponse aux requêtes 2787 et 3066 du Procureur (ci-après « Décision 3120 de la Chambre II »). Elle a fait droit à celle relative à la communication et a ordonné la communication des Rapports sur les conversations en kilendu une fois achevé l'examen, par elle, des nouvelles suppressions. Elle a par contre rejeté la Requête du Procureur aux fins de reclassification⁴⁷².

281. Il n'est pas superfétatoire pour la Chambre de céans de prendre connaissance, dans leur teneur littérale, des motifs à l'appui du rejet par la Chambre de première instance II de la Requête aux fins de reclassification du Procureur :

22. La Chambre souligne, comme l'admet d'ailleurs le Procureur, que la **Requête** aux fins de **reclassification** lui a **déjà été présentée** dans une écriture déposée le 20 juillet 2009 et elle rappelle qu'elle y a déjà **répondu par la négative** dans sa Décision du 24 juillet 2009. Dans cette dernière Décision, la Chambre indiquait que « **sous réserve de la position qu'adoptera la Chambre d'appel sur ce point** », elle n'entendait pas y faire droit. Elle relève que, depuis, **cette demande n'a jamais été réitérée**.

23. La question posée en substance par la Requête en reclassification est celle de savoir si les cinq Rapports du Greffe peuvent être utilisés au procès. A cet égard, l'Arrêt de la Chambre d'appel s'avère d'un recours limité car il n'aborde pas

⁴⁶⁹ [EXPURGE].

⁴⁷⁰ [EXPURGE].

⁴⁷¹ [EXPURGE].

⁴⁷² [EXPURGE].

spécifiquement ce point. La Chambre d'appel a en effet interprété la question initialement posée par la Chambre « dans le contexte de la décision attaquée » en indiquant qu'elle n'entendait répondre qu'à la seule question de savoir « si la Chambre de première instance a commis une erreur de droit en rejetant la demande de communication des informations concernées au motif que celle-ci ne pourraient pas être utilisées comme éléments de preuve au procès. » Il convient en outre de souligner que **cet Arrêt traite de la communication d'informations non encore obtenues par le Procureur alors que la Requête en reclassification se réfère à des documents qu'il a déjà obtenus.**

24. Toutefois, force est de constater que la **Chambre d'appel a entendu rappeler l'importance des pouvoirs que l'article 69-3 du Statut donne à la Cour pour demander la présentation de tous les éléments de preuve qu'elle juge nécessaires à la manifestation de la vérité.** Comme précédemment indiqué, le **rappel ainsi formulé a d'ailleurs été pris en compte par la Chambre dans la Décision du 10 juin 2010.** La Chambre d'appel a notamment observé qu'en rejetant la requête du Procureur aux fins de communication des transcriptions téléphoniques, la Chambre avait empêché celui-ci de s'acquitter du devoir « d'établir la vérité » que lui impose l'article 54-1 du Statut et que, débouté de sa demande, le Procureur avait en réalité été privé de pièces qui pourraient être d'une très grande importance pour l'affaire.

25. La Chambre estime que cette même exigence doit également être prise en compte pour apprécier s'il convient d'autoriser le Procureur à utiliser les cinq Rapports du Greffe au cours des contre-interrogatoires de Chef Manu et des deux accusés.

26. Elle relève que seul le premier rapport a été communiqué au Bureau du Procureur sans expurgation, par une décision orale du 9 juin 2009 et ce, sans que la Défense de Mathieu Ngudjolo ait eu la possibilité de faire des propositions d'expurgations. Il en résulte que ce rapport, plus que les autres, est susceptible de contenir des informations pouvant relever de la stratégie de la Défense et à l'égard desquelles la Chambre se doit de faire preuve d'une particulière vigilance. Sur ce point, elle ne peut que souligner que, dans sa Requête aux fins de reclassification, le Procureur s'appuie dans une large mesure sur ce rapport.

27. En l'espèce, après analyse des passages pertinents des rapports et eu égard à l'usage qu'entend précisément en faire le Procureur dans le cadre de ses contre-interrogatoires, **la Chambre considère que ces informations ne lui apparaissent pas,**

pour reprendre les termes de la Chambre d'appel, « d'une très grande importance » pour la manifestation de la vérité.

Contre-interrogatoire de Mathieu Ngudjolo

28. Le Procureur entend utiliser les extraits mentionnés au paragraphe 19 de la Requête aux fins de reclassification dans l'unique but d'évaluer la crédibilité de l'accusé. Il se réfère quasi-exclusivement au premier rapport du Greffe, lequel, comme précédemment indiqué, a été communiqué sans expurgation. **La Chambre considère qu'il ne s'agit pas là d'éléments essentiels à la manifestation de la vérité, au sens où l'entend la Chambre d'appel.** Il ne s'agit pas d'informations factuelles qui « touchent à l'espèce ». En outre, si les contradictions qui pourraient ressortir d'une confrontation de l'accusé à la description de ses agissements faite par le Greffe participent, sans conteste, de l'évaluation de sa crédibilité et donc de la manifestation de la vérité entendue au sens large, le recours à ces extraits, à cette seule fin, ne justifie pas, pour la Chambre, l'ingérence qu'il constitue dans l'exercice du droit de conduire sa défense et d'en définir librement la stratégie.

29. La déclaration de Mathieu Ngudjolo [EXPURGE], que le Procureur entend également utiliser lors du contre-interrogatoire du premier nommé [EXPURGE] « touche » en revanche incontestablement « à l'espèce ». Toutefois, force est de constater qu'il s'agit là d'informations sur lesquelles Mathieu Ngudjolo peut être invité à s'expliquer au moyen d'autres pièces obtenues dans le cadre des enquêtes du Procureur. En effet, un autre document, figurant sur la liste des pièces à charge, contient une information similaire (DRC-0039-0017) que le Procureur peut largement utiliser. En d'autres termes, **en refusant à ce dernier d'utiliser cet extrait, la Chambre ne le privera pas pour autant de toute possibilité d'atteindre l'objectif que lui fixe l'article 54-1 du Statut.** L'ingérence dans l'exercice du droit de conduire sa défense que constituerait son utilisation dans le contre-interrogatoire est donc injustifiée.

[EXPURGE].

[EXPURGE].

Contre-interrogatoire de Chef Manu

31. Le Procureur entend interroger ce témoin sur les informations précises contenues dans les Rapports du Greffe pour « prouver sa collusion avec Mathieu Ngudjolo et sa partialité ». A cet effet, il souhaite essentiellement utiliser des informations contenues dans le premier rapport du Greffier.

32. En l'occurrence, il ne s'agit pas d'informations factuelles qui « touchent à l'espèce ». En outre, là encore, si la confrontation souhaitée par le Procureur peut effectivement participer de l'évaluation de la crédibilité du témoin, le recours à ces extraits, à cette seule fin, ne justifie pas l'ingérence qu'il constitue dans l'exercice du droit, pour l'accusé, de conduire sa défense.

33. En définitive, la Chambre n'entend pas faire sien l'argument du Procureur selon lequel la « nature, l'objet, l'origine, l'authenticité, la variété, la multiplicité et le contexte » des informations contenues dans les extraits des conversations téléphoniques, tels que reproduits dans les rapports du Greffe, les rendent indispensables à la manifestation de la vérité. Au contraire, c'est bien l'analyse de leur contenu, mis en perspective avec le contexte très spécifique des circonstances ayant permis d'en prendre connaissance et l'utilisation que le Procureur se propose d'en faire qui conduit la Chambre à considérer qu'elles ne sont pas d'une « très grande importance », au sens où l'entend la Chambre d'appel, pour parvenir à la manifestation de la vérité.⁴⁷³

(souligné par la Défense)

2. Le contentieux des écoutes téléphoniques a été définitivement clos avant le jugement d'acquiescement

282. Les parties⁴⁷⁴, relativement aux écoutes téléphoniques litigieuses, ont échangé, comme en témoigne le tableau synoptique en annexe du présent Mémoire en réponse au Mémoire d'appel du Procureur⁴⁷⁵, moult écritures. Les joutes prétoriennees engagées à cet effet entre le Procureur et la Défense ont débouché sur les décisions inventoriées ci-avant et mieux ressorties dans le tableau synoptique en annexe du présent Mémoire.

283. La Décision 3120 qu'a prise la Chambre de première instance II en date du 19 août 2011 n'a pas fait, de la part du Procureur, l'objet d'une demande d'autorisation d'appel. Et, depuis, plus aucune partie n'est revenue sur ce contentieux, le procès s'étant poursuivi jusqu'à la mise en délibéré de la cause le 23 mai 2012. Alors même que toute affaire pénale est sujette à rebondissements après sa mise en délibéré, le Procureur n'a jamais entendu solliciter la

⁴⁷³ [EXPURGE].

⁴⁷⁴ [EXPURGE].

⁴⁷⁵ [EXPURGE].

réouverture des débats pour faire valoir les arguments au soutien de son troisième moyen d'appel. Les rétractations de son témoin P-250 sont pourtant de loin antérieures à cette mise en délibéré. Bien plus, la Décision 3319 portant disjonction des charges excluait clairement le témoignage de P-250 dans la balance des intérêts des parties lors du jugement pour défaut manifeste de crédibilité⁴⁷⁶. La Défense estime qu'il est étonnant que le Procureur n'ait rien fait suite à cette déclaration de la Chambre.

284. Ainsi que la Chambre d'appel peut donc le constater aisément, ce contentieux des écoutes téléphoniques a fait l'objet des décisions qui sont aujourd'hui indiscutables et qui ne peuvent être remises judiciairement en selle par aucun mécanisme juridique prévu tant dans le Statut que dans tous les textes juridiques fondamentaux régissant la Cour pénale internationale. Ces décisions ont force de la chose jugée, le Procureur ayant épuisé tous ses recours et ayant même fait appel devant la Chambre d'appel. Le principe même de la sécurité juridique s'y oppose. La CEDH a jugé que « [l]e principe de la sécurité des rapports juridiques exige, entre autres, que la solution donnée de manière définitive à un litige par les tribunaux ne soit plus remise en cause »⁴⁷⁷. Il a été également jugé par la CEDH que « [l]orsqu'une juridiction suprême accueille le recours en annulation de son procureur général, alors même qu'il n'a pas été partie à la procédure, tendant à l'effacement de l'ensemble d'une procédure qui avait abouti à une décision judiciaire passée en force de chose jugée et de surcroît exécutée, il y a méconnaissance du principe de la sécurité des rapports juridiques et, partant, violation du droit à un procès équitable au sens de l'article 6.1 de la Convention »⁴⁷⁸. La sécurité juridique, relève Frédéric Sudre, participe de la prééminence du droit et suppose

⁴⁷⁶ [EXPURGE].

⁴⁷⁷ CEDH, Arrêt *Riabykh c. Russie* du 22 juillet 2003 rendu à l'unanimité, §51, en ligne :

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["22 juillet 2003"\],"languageisocode":\["FRA"\],"respondent":\["RUS"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-65824"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/Pages/search.aspx#{)

CEDH, Arrêt *Hodos et autres c. Roumanie* du 21 mai 2002 rendu à l'unanimité, §56 (« Arrêt *Hodos c. Roumanie* »), en ligne :

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Hodos"\],"languageisocode":\["FRA"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER","DECISIONS"\],"itemid":\["001-65026"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/Pages/search.aspx#{)

CEDH, arrêt *Brumarescu c. Roumanie* du 28 octobre 1999 rendu en grande chambre à l'unanimité, §61 (« Arrêt *Brumarescu c. Roumanie* »), en ligne :

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Brumarescu"\],"languageisocode":\["FRA"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER","DECISIONS"\],"itemid":\["001-62891"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/Pages/search.aspx#{)

cités par F. KUTY, *Justice pénale et procès équitable. Notions générales. Garanties d'une bonne administration de la justice*, Volume 1, Bruxelles, Larcier, 2006, p.335, n°514 (« KUTY »).

⁴⁷⁸ Arrêt *Hodos c. Roumanie*, §56 ; Arrêt *Brumarescu c. Roumanie*, §62.

que « la solution donnée de manière définitive à tout litige par les tribunaux ne soit plus remise en cause »⁴⁷⁹.

285. Il faut bien voir, en effet, qu'aux termes de la règle 134(3) du RPP, le Procureur et la Défense ont le droit, après l'ouverture du procès et avant que l'affaire soit mise en délibéré, de soumettre des questions juridiques à la Chambre sur lesquelles celle-ci est tenue de se prononcer avant le jugement au fond. Ces questions peuvent faire l'objet d'un appel. La Chambre elle-même peut statuer d'office sur ces questions⁴⁸⁰. Une partie n'a pas le droit, alors que les questions soumises à la Chambre avant la mise en délibéré de la cause au fond ont été définitivement tranchées, d'y revenir après le jugement au fond de l'affaire. C'est pourtant l'exercice auquel se livre illégalement le Procureur dans son troisième moyen d'appel qui est en réalité un appel dirigé contre les décisions antérieures de la Chambre de première instance II sur les écoutes téléphoniques alors même que ce contentieux n'a pas été débattu de nouveau par toutes les parties et tous les participants ni lors du procès, ni dans les conclusions écrites, ni dans les conclusions orales.

C. Le contenu des écoutes téléphoniques n'a jamais fait l'objet d'un débat contradictoire entre les parties et les participants devant la Chambre de première instance II et ne constitue pas « une preuve produite et examinée au procès » aux termes de l'article 74(2) du Statut

286. Parce que précisément déjà vidé par des décisions antérieures devenues irrévocables, le contentieux des écoutes téléphoniques a été, à juste titre, le fantôme des débats devant la Chambre de première instance II. En témoigne l'écriture des Représentants légaux des victimes par laquelle ils sollicitent de la Chambre d'appel une décision les autorisant à obtenir la divulgation de ce troisième moyen d'appel⁴⁸¹. Enjoignant la Défense à y répondre⁴⁸², la Chambre de céans s'est déjà entendue dire le 8 avril 2013 que les Représentants légaux des

⁴⁷⁹ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10^{ième} édition revue et augmentée, Paris, Presses Universitaires de France, 2011, p.409.

⁴⁸⁰ Règle 134(3) du Règlement de procédure et de preuve : « Après l'ouverture du procès, la Chambre de première instance peut, d'office ou à la demande du Procureur ou de la défense, statuer sur toute question qui se pose pendant le déroulement du procès. »

⁴⁸¹ [EXPURGE].

⁴⁸² [EXPURGE].

victimes étaient tiers *penitus extranei* dans le contentieux des écoutes téléphoniques de Mathieu Ngudjolo frappé depuis du sceau de l'autorité de la chose jugée⁴⁸³.

287. Illustratif également à cet égard de cette absence de débat contradictoire entre parties et participants sur ce contentieux, le caractère confidentiel et *ex parte* du Mémoire d'appel du Procureur du 19 mars 2013⁴⁸⁴.

288. La question se pose à présent de savoir si, au degré d'appel, une partie est recevable à invoquer un moyen n'ayant jamais fait l'objet de débats contradictoires au premier degré avec les autres parties engagées dans la même instance. La question des écoutes téléphoniques, bien qu'ayant fait l'objet d'échanges entre le Greffe, l'Accusation et la Défense, avait été vidée par la dernière décision de la Chambre de première instance. Celle-ci ne peut y revenir. C'est non seulement une question close, mais aussi et surtout non examinée contradictoirement par les parties et les participants. Elle n'a aucune existence juridique dans la masse probatoire que la Chambre était appelée à apprécier. La dernière décision de la Chambre II en constitue l'acte d'extinction. La Défense soumet que l'autorisation qui vient d'être finalement accordée aux Représentants légaux des victimes d'accéder au troisième moyen d'appel n'a pas pour vertu d'accorder la recevabilité de ce moyen et n'a pour but que de permettre aux Représentants légaux la pleine participation au présent appel et de présenter leurs vues et préoccupations⁴⁸⁵.

289. L'appel du Procureur, en réalité, est dirigé, même si son intitulé ne le laisse pas clairement apparaître, à la fois contre le Jugement d'acquiescement ayant innocenté Ngudjolo le 18 décembre 2012 et contre toutes les décisions antérieures de la Chambre de première instance II rendues par trois juges sur le contentieux des écoutes téléphoniques. La dernière Décision 3120 de la Chambre II, en cette matière, est intervenue le 19 août 2011. Le Procureur n'a pas sollicité l'autorisation d'interjeter appel contre cette décision. N'ayant découvert aucun élément nouveau aux fins d'obtenir l'invalidation de cette décision, le Procureur s'est rendu à l'évidence et a poursuivi, comme de droit, le contre-interrogatoire des témoins de la Défense sans plus jamais revenir sur cette question. Tant dans ses conclusions

⁴⁸³ [EXPURGE].

⁴⁸⁴ [EXPURGE].

⁴⁸⁵ [EXPURGE].

finale⁴⁸⁶ écrites que dans ses conclusions orales ainsi que dans celles des autres parties et participants⁴⁸⁷, le Procureur n'a plus jamais abordé cette problématique. Il n'est donc plus recevable à attaquer en appel des décisions qui sont aujourd'hui judiciairement et définitivement consacrées. Le Procureur ne peut plus relancer les débats sur le contenu des écoutes téléphoniques. Les voies de recours à l'encontre des décisions rendues par les instances de jugement sont enserrées dans des délais au-delà desquels ces décisions ne peuvent plus être contestées, ayant acquis l'autorité de la chose jugée⁴⁸⁸. Dès lors, cette décision, du 19 août 2011, de même que la question des écoutes téléphoniques qu'elle a réglée, ne sont plus susceptibles de discussions. La portée de cette autorité est absolue⁴⁸⁹ ; sa mise en cause serait contraire à l'exigence de sécurité et de stabilité juridique et ouvrirait la voie à un renouvellement infini de procédures. L'autorité de la chose jugée constitue une fin de non recevoir et a, dans ce cas-ci, un caractère d'ordre public. La Chambre de céans devrait donc en conséquence déclarer ce troisième moyen du Procureur irrecevable, sans examen sur le fond. C'est la sanction de la chicane et des manœuvres dilatoires. La Défense invite tout simplement la Chambre d'appel à concentrer son attention sur tous les rapports du Greffe⁴⁹⁰. Elle y constatera qu'il n'y a jamais eu de problème lié à la sécurité des témoins du Procureur et, par la suite, aucun incident n'a été rapporté lors du procès. À cet effet, le Procureur ne dit pas en quoi la possibilité de contre-interroger les témoins de la Défense aurait changé le prononcé du Jugement alors que la Chambre de première instance a tout simplement conclu, au vu de la présentation de la preuve du Procureur, à charge, qu'elle n'a pas été convaincue au-delà de tout doute raisonnable que Mathieu Ngudjolo était le chef de la milice de Bedu-Ezekere au moment de l'attaque de Bogoro.

290. De plus, contrairement à ce qu'affirme le Procureur, la Chambre de première instance II, en cette cause, a eu constamment le souci de la recherche de la vérité et n'a jamais été un observateur passif. Bien au contraire, elle a pris quantité d'initiatives tendant, en toute équité,

⁴⁸⁶ Conclusions finales du Procureur.

⁴⁸⁷ ICC-01/04-01/07-T-336-FRA CT WT, 15 mai 2012, 80p ; ICC-01/04-01/07-T-337-CONF-FRA CT, 16 mai 2012, 97p. ; ICC-01/04-01/07-T-338-CONF-FRA ET, 21 mai 2012, 79p. ; ICC-01/04-01/07-T-339-FRA ET WT, 22 mai 2012, 62p. ; ICC-01/04-01/07-T-340-FRA CT2 WT, 23 mai 2012, 71p.

⁴⁸⁸ Il a été jugé que « l'autorité de la chose jugée s'attache aux jugements qui n'ont fait l'objet d'aucun recours, quels que soient les vices dont ils sont affectés » (Cass. Com., 14 novembre 1989, Bull. civ. IV, n° 289, p. 195).

⁴⁸⁹ Il a été jugé également que « le principe de l'autorité de la chose jugée est général et absolu et s'attache même aux décisions erronées » (Cass. 1ère Civ., 22 juillet 1986, Bull. civ. I, n° 225, p. 214), en ligne :

http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassation_27/hors_serie_2074/jug_e_18675.html

⁴⁹⁰ [EXPURGE].

à permettre aux parties et aux participants de contribuer à la manifestation de la vérité pour une saine justice :

- a) Elle a exigé, dès sa prise de fonction, un document résumant les charges⁴⁹¹ ;
- b) Elle a même enjoint au Procureur, dès la première conférence de mise en état, de présenter un tableau détaillé décrivant les charges et joignant à côté de chaque charge retenue par la Chambre préliminaire les éléments de preuve y afférents⁴⁹² ;
- c) Elle a organisé un transport judiciaire en République Démocratique du Congo pour visualiser les scènes des crimes⁴⁹³ ;
- d) Elle a pris une ordonnance demandant aux parties et aux participants de lui proposer la citation des témoins⁴⁹⁴ ;
- e) Elle a demandé mais en vain au Procureur, dans le cadre de ses obligations statutaires, d'aider la Défense à rechercher les traces des interviews du ministre des droits humains Ntumba Luaba et de M. Thomas Lubanga respectivement à la RFI et à la VOA⁴⁹⁵.
- f) Elle a rejeté la requête de la Défense tendant à solliciter de la Chambre des poursuites judiciaires contre le témoin du Procureur P-279⁴⁹⁶, estimant que son témoignage allait faire l'objet d'une évaluation le moment venu⁴⁹⁷ sans que la Défense ait crié à la violation de son droit au procès équitable ;
- g) Elle a fait droit à la requête du Procureur tendant à rencontrer à Bunia, en présence de la Défense, les parents (dont D03-P100) de son témoin P-250⁴⁹⁸. Le paragraphe 12 de la décision de la Chambre est très révélateur de son souci d'équité et de recherche de la vérité : « The Chamber also does not accept the Defence's argument that a hypothetical interview of the alleged parents of P-

⁴⁹¹ Chambre II, « Document de notification des charges confirmées par la Chambre préliminaire, présenté en exécution de la Décision relative au dépôt d'un résumé des charges par le Procureur », 28 octobre 2009, ICC-01/04-01/07-1568.

⁴⁹² Chambre II, « Prosecution's Amended Table of Incriminating Evidence and Amended List of Evidence », 16 novembre 2009, ICC-01-04-01-07-1643.

⁴⁹³ Chambre II, « Enregistrement au dossier du procès-verbal du transport judiciaire en République démocratique du Congo », 6 février 2012, ICC-01/04-01/07-3234 et ICC-01/04-01/07-3234-Conf-Anx. (« Procès-verbal du transport judiciaire »)

⁴⁹⁴ ICC-01/04-04/07-T-222-Red2-FRA CT WT, 24 novembre 2010, p.64-68. Et par courriel interne envoyé le 25 octobre 2011 à 14:52.

⁴⁹⁵ ICC-01/04-01/07-T-296-Red-FRA, 23 août 2011, p.1, l.25 - p.2, l.20.

⁴⁹⁶ Chambre II, « Requête de la Défense de Mathieu Ngudjolo aux fins de solliciter le déclenchement des poursuites judiciaires à charge du Témoin P-279 de l'Accusation pour atteintes à l'administration de la justice - Article 70 (1) (a) (b) du Statut de Rome », 14 juin 2010, ICC-01/04-01/07-2195-Conf.

⁴⁹⁷ ICC-01-04-01-07-T-190-CONF-FRA, 22 septembre 2010, p.1-4.

⁴⁹⁸ Chambre II, « Decision on Prosecution's request regarding an interview with two potential Defence witnesses », 13 juillet 2010, ICC-01/04-01/07-2269-Conf.

250 would endanger the search for the truth or hinder the Defence's preparations. The Chamber recalls that, unless the witnesses object to this, the Defence is allowed to be present during the interview. Any form of improper questioning or suspected intimidation can be recorded by the Defence and may be brought to the attention of the Chamber. » ;

- h) Lors du contentieux des écoutes téléphoniques, la Chambre a constamment associé le Greffe à la mission de protection des témoins. À cet effet, la Défense rappelle qu'à chacune de ses décisions, la Chambre a invité le Greffe, à travers l'Unité, à procéder à l'analyse approfondie des conversations téléphoniques et d'informer le Procureur lorsque cela était nécessaire et si la sécurité des témoins était compromise⁴⁹⁹.

291. Si la Chambre de première instance II n'a pas fait droit à certaines requêtes du Procureur, comme celles initiées dans le cadre des écoutes téléphoniques, il lui appartenait d'user de toutes les voies de droit, à temps, à l'effet d'en obtenir des mesures correctives au degré d'appel. Ce qu'il a du reste fait. Il le reconnaît au paragraphe 215 de son Mémoire d'appel quand il affirme : « L'Accusation a demandé en vain l'autorisation d'interjeter appel de ces deux décisions orales. » Le Procureur n'est plus recevable, alors que les décisions judiciaires intervenues quant à ce sont aujourd'hui irrévocables, à revenir sur une problématique close de façon définitive sans indiquer à l'appui d'une demande si insolite la base juridique de son troisième moyen d'appel. Et pourquoi, à ce niveau, n'a-t-il pas cherché à contre-interroger son témoin P-250? Simplement parce que cette question a été définitivement traitée, la demande d'autorisation d'appel contre la décision orale lui ayant refusé ce contre-interrogatoire n'ayant jamais été accordée.

292. La Défense rappelle que, devant la Cour pénale internationale, la procédure est enchâssée dans le principe de la légalité. Or, ce principe, comme l'a décidé la Cour européenne des droits de l'homme, est un élément du procès équitable⁵⁰⁰. Le Procureur a usé de tous les canaux procéduraux pour accéder au contenu des écoutes téléphoniques dans leur

⁴⁹⁹ 1^{ère} Décision de la Chambre II, §44 ; 2^e Décision de la Chambre II, §10) et 11) des Conclusions de la Chambre ; 3^e Décision de la Chambre II, §4) des Conclusions de la Chambre ; 4^e Décision de la Chambre II, §4) des Conclusions de la Chambre ; 6^e Décision de la Chambre II, §2) des Conclusions de la Chambre.

⁵⁰⁰ CEDH, Arrêt *Coëme et autres c. Belgique* du 22 juin 2000 rendu à l'unanimité, §102, en ligne : [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Coëme"\],"languageisocode":\["FRA"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER","DECISIONS"\],"itemid":\["001-63450"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/Pages/search.aspx#{) cité par KUTY, p.265 n° 384.

entièreté. Au terme des débats contradictoires, des décisions du premier juge adéquatement motivées lui ont réservé une suite négative. La Décision du 10 juin 2010 insiste sur le fait que le Greffier s'était livré à une analyse approfondie des communications téléphoniques de Ngudjolo et avait communiqué les informations susceptibles d'intéresser la Chambre et les parties⁵⁰¹. Le Procureur a ainsi bénéficié de ce qui aurait pu l'intéresser. Le Procureur, toujours dans le respect de la procédure devant la Chambre, a tenté mais en vain d'en obtenir la réformation. Ces décisions sont aujourd'hui passées en force de chose jugée. Une violation du droit au procès équitable ne peut être déduite de la seule circonstance que, au fond, la Chambre de première instance n'a pas accédé à un chef de demande du Procureur. Si tel était le cas, c'est chaque jour que les Chambres de la Cour seraient accusées de violer le prétendu droit au procès équitable du Procureur. Devant la Chambre de première instance même, toutes les requêtes des parties et des participants ne sont pas toujours adjugées. Ceux-ci sont-ils juridiquement autorisés, au moment où le jugement au fond vient d'intervenir, de revenir sur des questions juridiques antérieures tranchées par des décisions qui leur sont contemporaines pour invoquer la violation de celles-ci devant la Chambre d'appel ? Pour ce motif, ce moyen d'appel est irrecevable. Tant l'équité de la Chambre II est incontestée.

293. D'autant plus que le Procureur ne démontre pas en quoi le témoignage de P-250 aurait changé les conclusions du premier juge lorsqu'il indique qu'il voulait le contre-interroger car ce témoin « est revenu sur plusieurs points, circonscrits mais cruciaux, contenus dans les déclarations qu'il avait faites avant le procès, concernant par exemple la présence et le décès de civils durant l'attaque de Bogoro ; la présence d'enfants-soldats de moins de 15 ans ; l'existence et la teneur de chants entonnés par le groupe de Bedu-Ezekere avant l'attaque de Bogoro ; et la destruction de biens durant cette même attaque »⁵⁰². En aucun cas, il n'est mentionné qu'il voulait revenir sur la position de Mathieu Ngudjolo en tant que chef allégué de la milice de Bedu-Ezekere, ce sur quoi la Chambre de première instance s'est prononcée.

D. Le souci de traitement équitable de toutes les parties et de tous les participants a été une constante de l'activité judiciaire de la Chambre de première instance II

⁵⁰¹ [EXPURGE].

⁵⁰² Mémoire du Procureur, §212.

294. Le Procureur déplore le traitement inéquitable que lui aurait infligé la Chambre de première instance II pour lui avoir refusé l'accès au contenu des écoutes téléphoniques de l'acquitté. Ce grief est fallacieux. Il est dénué de tout fondement factuel et juridique.

295. Il n'est pas inutile de rappeler que c'est plutôt le Procureur qui n'a pas été soucieux de rechercher la vérité. C'est toujours, en effet, à propos des écoutes téléphoniques que le Procureur a exprimé, après le contentieux irrévocablement tranché par la Chambre sur cette problématique, le besoin de vouloir rencontrer les parents de P-250 à Bunia. L'opposition de la Défense à cette demande n'y fit rien. La Chambre dut ordonner cette rencontre⁵⁰³. Une séance de travail a même réuni le Procureur et la Défense en vue de la définition d'un protocole d'accord réglant le déroulement pratique de cette rencontre à Bunia dans le district de l'Ituri. Quelle ne fut pas la surprise de la Défense de recevoir un jour la notification du renoncement du Procureur à cette rencontre des parents de P-250⁵⁰⁴, à l'époque pressentis témoins de l'acquitté.

296. Pareille rencontre, si elle avait effectivement eu lieu, aurait permis au Procureur d'obtenir, selon lui, les éléments recherchés en vue de la présentation de sa cause devant la Chambre de première instance II. Pour y avoir renoncé précisément, croit savoir la Défense, pour avoir redouté la réaction desdits parents dont l'enfant avait été arraché à leur famille pour débiter des mensonges devant la Cour, le Procureur ne saurait aujourd'hui invoquer sa propre turpitude.

297. C'est plutôt le Procureur qui, dans la présente cause, n'a jamais eu le souci de la recherche de la vérité. Son refus de l'organisation par la chambre d'un transport judiciaire en Ituri⁵⁰⁵ joint à celui de ne pas enquêter sur le contenu de la *Lettre Samba*⁵⁰⁶ témoigne d'autant d'obstacles par lui érigés sur le chemin de la manifestation de la vérité. Même devant la Chambre d'appel, la tendance du Procureur au manque d'objectivité et d'impartialité est persistante. Il aurait pu cependant, comme dans l'affaire des Kenyans précitée, et après l'audition de ses témoins-clés (P-250, P-279 et P-280), en réalité, renoncer aux poursuites contre l'acquitté en abandonnant les charges, étant donné le fait que les témoignages

⁵⁰³ Chambre II, « Decision on Prosecution's request regarding an interview with two potential Defence's witnesses », 13 juillet 2010, ICC-01/04-01/07-2269-Conf.

⁵⁰⁴ [EXPURGE].

⁵⁰⁵ Chambre II, « Prosecution's Observations Regarding a Judicial Site Visit », 12 septembre 2011, ICC-01/04-01/07-3142.

⁵⁰⁶ EVD-D03-00136.

contradictaires, inconsistants et incohérents de ses témoins le mettaient dans l'incapacité de prouver au-delà de tout doute raisonnable la culpabilité de Ngudjolo⁵⁰⁷.

298. La Défense rappelle que le Procureur a renoncé à P-279 et à P-280 comme témoins sur la charge d'utilisation des enfants soldats pour les faire participer à des hostilités⁵⁰⁸. Il ne faut pas non plus oublier que le Procureur avait renoncé à son témoin P-159⁵⁰⁹ venu devant la Chambre donner des détails émotionnellement mensongers sur la prétendue présence de Ngudjolo à Bogoro le 25 février 2003. A ce jour, le Procureur n'a jamais daigné diligenter aucune action judiciaire pour faux témoignage de ce témoin qui a sciemment trompé la Chambre.

299. Revendiquer, comme le fait le Procureur, un droit au procès équitable dans le sens de réunir uniquement les éléments de preuve à charge de l'acquitté paraît à la Défense une dénaturation du rôle et de la mission de l'Accusation dans le procès pénal international. Le Procureur est astreint à un devoir d'impartialité et d'agir en toute conscience⁵¹⁰. L'article 54(1)(a) du Statut qui lui donne le pouvoir d'enquêter à charge et à décharge est assez éloquent à cet égard. Tout comme l'article 81[(3)] du Statut qui lui prescrit de relever appel en faveur d'un condamné montre, dans toute sa splendeur, que le Procureur n'est guidé que par un seul intérêt : l'application sans faille de la loi.

300. Par le biais de la violation alléguée de son droit au procès équitable, le Procureur, en réalité, met en cause l'impartialité des trois juges ayant composé la Chambre de première instance II à qui il impute très clairement le fait d'avoir favorisé l'acquitté. Or, le contentieux des écoutes téléphoniques est antérieur à la mise en délibéré de la cause, le 23 mai 2012, la dernière décision en cette matière étant, elle, intervenue le 19 août 2011.

301. La Défense tient à appeler l'attention de la Chambre de céans sur le fait non moins important que les différentes Sections qui, comme la Présidence, le Bureau du Procureur, et le Greffe, constituent les organes de la Cour⁵¹¹, sont nanties des juges aux aptitudes morales, scientifiques et techniques éprouvées « choisis parmi des personnes jouissant d'une haute considération morale, connues pour leur impartialité et leur intégrité et réunissant les

⁵⁰⁷ Procès Muthaura et Kenyatta.

⁵⁰⁸ Conclusion finales du Procureur, §169.

⁵⁰⁹ Écritures échangées entre les parties et participants sur le retrait du témoin P-159.

⁵¹⁰ Article 45 du Statut.

⁵¹¹ Article 34 du Statut.

conditions requises dans leurs Etats respectifs pour l'exercice des plus hautes fonctions judiciaires »⁵¹². Il est également bien connu que « la Section préliminaire et la Section de première instance sont principalement composées de juges ayant l'expérience des procès pénaux »⁵¹³. Contrairement au Procureur, la Défense se garde d'imputer à la Chambre de première instance II une mauvaise gestion de la présente affaire. Les juges de cette Chambre, qui jouissent d'une présomption élevée de probité, de compétence et d'impartialité, ont pris à cœur la haute mission judiciaire qui est la leur. Leur souci constant de saine gestion de cette affaire criminelle les a rendus particulièrement attentifs aux droits de toutes les parties et de tous les participants impliqués dans la procédure. Ils ont veillé à l'équité de la procédure dans le strict respect de l'intégrité du droit.

302. Il va de soi, eu égard à ce qui précède, que lorsque tout impétrant décide d'articuler un grief ayant trait à la violation de l'équité de la procédure, de le faire avec des arguments sérieux. Ceci suppose un exposé objectif des faits et de leurs preuves effectives. Le troisième moyen d'appel du Procureur fourmille de sous-entendus contre les juges ayant composé le siège, en particulier son Président. La Défense s'interdit une telle vue de l'esprit. Si ce qu'il rapporte est avéré, le Procureur, conformément à l'article 41(2)(b) du Statut, avait toute la latitude pour solliciter leur récusation en respectant la procédure édictée à la règle 34(2) du RPP. Mais, manifestement, il a manqué de base factuelle pour oser le déclenchement d'une telle requête. Misant sur une possible amnésie de la Défense, il tente alors le tout pour le tout à l'occasion de son appel frivole en se retranchant derrière l'irrespect prétendu de son droit au procès équitable. De là le besoin senti par la Défense de rappeler *supra* les développements historiques et judiciaires du contentieux des écoutes téléphoniques pour permettre à la Chambre de céans d'exercer son contrôle comme de droit.

303. La CEDH a déjà décidé à plusieurs reprises que, pour apprécier la violation du droit au procès équitable des parties, il faut considérer la procédure dans son ensemble⁵¹⁴. De ce point de vue, l'affaire soumise à l'examen de la Chambre II a été jugée dans le respect total de l'équité de la procédure et, partant, dans l'observance stricte des droits des parties et des participants. Toutes les questions soulevées lors de la présentation de leurs causes ont été

⁵¹² Article 36(3)(a) du Statut.

⁵¹³ Article 39(1) du Statut.

⁵¹⁴ Comm. EDH, rapport *Coyne c. Royaume-Uni* du 25 juin 1996 rendu à l'unanimité, §70 cité par KUTY, p.55 n°82, p.60, n°91 avec références.

débatues contradictoirement. Et plusieurs d'entre elles ont été sanctionnées par des décisions, soit orales, soit écrites⁵¹⁵.

304. La doctrine rappelle que :

La Cour européenne des droits de l'homme considère une procédure comme équitable lorsque la juridiction s'est prononcée à l'issue d'une procédure contradictoire au cours de laquelle les différents moyens de preuve ont été débattus, que le prévenu a pu contester les moyens développés par la partie poursuivante, qu'il a eu l'occasion de faire valoir toutes les observations et arguments qu'il a estimés nécessaires, que la juridiction a apprécié la crédibilité des différents moyens de preuve présentés au regard à l'ensemble des circonstances de l'affaire et qu'elle a dûment motivé sa décision à cet égard⁵¹⁶.

305. Sous ce rapport, et eu égard à ce qui précède, il paraît impérieux à la Défense de reprendre l'un après l'autre les griefs visés dans ce troisième moyen d'appel et de les rencontrer.

1. En ce qui concerne l'erreur alléguée de la Chambre de première instance II de prendre des mesures allant au-delà des exigences minimales afin de protéger l'intégrité de ses propres procédures

306. La procédure qui a débouché sur l'acquittement de Ngudjolo serait minée, à bien comprendre le Procureur, par la manipulation de la preuve caractérisée à la fois par la révélation par l'accusé et ses proches de l'identité des témoins protégés de l'Accusation et par diverses interférences avec les témoins. Il en serait résulté la subornation des témoins à décharge⁵¹⁷. Ce reproche est vraiment gratuit et n'a aucune incidence sur le prononcé du Jugement.

⁵¹⁵ Jugement du 18 décembre 2012, p. 13, § 20 : « Depuis sa constitution, la Chambre a rendu 387 décisions et ordonnances écrites et 168 décisions orales. »

⁵¹⁶ CEDH, Arrêt *Blucher c. Tchèque* du 11 janvier 2005 rendu à l'unanimité, §65, en ligne : [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/Pages/search.aspx#{\"fulltext\":\[\"Blucher\"\],\"languageisocode\":\[\"FRA\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\",\"DECISIONS\"\],\"itemid\":\[\"001-67919\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/Pages/search.aspx#{\)

CEDH, Arrêt *Morel c. France* du 3 février 2004 rendu à l'unanimité, §68, en ligne : [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/Pages/search.aspx#{\"fulltext\":\[\"morel\"\],\"languageisocode\":\[\"FRA\"\],\"respondent\":\[\"FRA\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"JUDGMENTS\",\"DECISIONS\"\],\"itemid\":\[\"001-66186\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/Pages/search.aspx#{\) février

cités par KUTY, p.264, n°383.

⁵¹⁷ Mémoire d'appel du Procureur, §140.

307. En effet, la Chambre a veillé à tout instant au respect de l'intégrité de la procédure. Elle a pris toutes les mesures nécessitées par la protection des témoins en enjoignant régulièrement à l'Unité de lui signaler tout incident précis de nature à nuire aux témoins⁵¹⁸. Tel que le démontrent toutes les décisions du premier juge relatives aux écoutes téléphoniques et les rapports du Greffe, le souci de la protection des témoins est omniprésent. Le Procureur et le Greffe ont même souvent été invités à formuler de concert de mesures de protection des témoins.⁵¹⁹

308. Dans son arrêt du 9 décembre 2009, la Chambre d'appel, elle-même, a relevé que la Chambre de première instance II faisait de la protection des témoins l'objet de préoccupation. Écoutons-la :

24. La Chambre de première instance a également reconnu que les informations devraient être analysées de manière approfondie au regard des obligations que l'article 68 du Statut fait peser sur la Cour en matière de protection des témoins. Le Procureur n'ayant pas accès à l'intégralité des conversations, elle a ordonné à l'Unité d'aide aux victimes et aux témoins de les analyser afin de déterminer s'il y avait lieu de renforcer les mesures de protection prises en faveur de témoins qui y sont mentionnés. En outre, elle a jugé opportun que l'Unité d'aide aux victimes et aux témoins se concerte avec le Procureur sur toute mesure de protection supplémentaire qui pourrait être justifiée, et communique au Procureur ceux des extraits de ces conversations qui sont strictement nécessaires à la définition des mesures de protection les plus adaptées aux témoins.⁵²⁰

309. Dans sa Décision consécutive à cet Arrêt de la Chambre d'appel, la Chambre de première instance s'est également exprimée sur son obligation de veiller à la protection des témoins et a souligné à plusieurs reprises n'avoir rien observé de nature à nuire aux témoins. Il convient également de rappeler les propos qu'elle a tenus à son tour:

69. Ce faisant, la Chambre a veillé à ce que l'obligation de protection des témoins, que le Procureur entend assurer aujourd'hui à travers la communication de l'intégralité des conversations téléphoniques qu'il a énumérées, soit assumée par le service neutre de la Cour précisément investi de cette mission. Elle relève par ailleurs que, sauf circonstances exceptionnelles et en l'absence d'éléments concrets, il n'appartient pas

⁵¹⁸ [EXPURGE].

⁵¹⁹ [EXPURGE].

⁵²⁰ [EXPURGE].

au Procureur, en ne faisant état que d'arguments généraux et abstraits, de remettre en cause le contrôle effectué par ce service du Greffe.

70. Il en résulte que l'objectif poursuivi dans les demandes de communication formulées à cette fin par le Bureau du Procureur a été satisfait et que sa Requête du 11 mars 2010, faute de répondre à l'exigence de nécessité, ne saurait se voir réserver une suite favorable.

71. En définitive, la mise en balance entre les droits de l'accusé (article 67 du Statut) et les devoirs du Procureur (article 54-1-a du Statut) à laquelle la Chambre d'appel a invité la Chambre, l'a conduite à privilégier, en l'espèce, les droits de Mathieu Ngudjolo, dès lors, au surplus, que la sécurité des témoins, dont la protection doit également être assurée (article 68 du Statut), n'a pas été menacée.⁵²¹

310. Comme la Chambre de céans peut le constater avec certitude, le Procureur, en ce domaine, est resté dans les conjectures, ne fournissant aucun élément concret à l'appui de ses allégations. Aucun de ses témoins à charge n'a été ni molesté, ni intimidé. P-250 n'a jamais subi une seule menace. P-250 a librement comparu devant le premier juge et n'a fait état, durant tout son témoignage, de quelque menace. Les parents de P-250 qui auraient été l'objet de menaces n'ont jamais été en contact avec P-250 ni avant, ni immédiatement après sa déposition en qualité de témoin devant la Cour. [EXPURGE].

311. La circonstance que Ngudjolo ait approché les parents de P-250 n'induit aucune menace proférée contre ces parents. Cette approche était du reste normale, régulière et autorisée par la Chambre de première instance II à la suite d'une procédure *ex parte* diligentée par la Défense⁵²² [EXPURGE].

312. Devant les tribunaux *ad hoc*, il est de jurisprudence que les Chambres doivent prendre avec circonspection les témoignages des personnes qui bénéficient d'avantages liés à leur témoignage surtout si cette personne est un « complice allégué »⁵²³.

⁵²¹ [EXPURGE].

⁵²² [EXPURGE].

⁵²³ Jugement Martić ; TPIR, Chambre de première instance III, *Le Procureur c. Ntagerura et al.*, ICTR-99-46-T, « Jugement », 1^{er} septembre 2009, §92, 95, 108, 113, 118, 131, 135, 141 notamment.

2. En ce qui concerne l'erreur alléguée tenant au refus par la Chambre de première instance II de contester la preuve de la Défense et de réhabiliter ses propres témoins

313. Ngudjolo, d'après le Procureur, ainsi que ses mandataires ont divulgué l'identité et la preuve des témoins à charge protégés. Des tiers agissant en son nom auraient fait pression de manière inappropriée sur les témoins et auraient orchestré une ligne cohérente de preuve de la Défense⁵²⁴.

314. Ce grief n'est nullement fondé. Le Procureur a eu à contre-interroger tous les témoins à décharge de la Défense. L'opportunité lui a même été donnée de proposer à la Chambre la citation de nouveaux témoins⁵²⁵. La Chambre a pris la décision de lui permettre de rencontrer les parents de P-250 à Bunia⁵²⁶. Il a fini par y renoncer⁵²⁷.

315. D'ailleurs, la Défense soumet que la divulgation de l'identité de P-250 [EXPURGE s'explique par les besoins d'enquête. Elle n'a pas été détournée de son but. P-250 n'a pas été approché par la Défense. Aucun proche de P-250 n'a été approché par aucun proche de Ngudjolo dans le but de lui arracher un témoignage en faveur de celui-ci. Le Procureur n'apporte aucune preuve de pressions faites sur P-250. Tout comme il ne précise pas la nature de ces pressions.

316. La Défense soumet que, contrairement à ce que semble alléguer le Procureur en son paragraphe 161, il n'y a rien d'anormal à citer des noms de témoins et à chercher leurs parents pour rétablir des faits importants et essentiels au procès. Plusieurs parents de témoins du Procureur ont par ailleurs été cités et ce parfois par les deux équipes de Défense⁵²⁸. La Défense souhaite rappeler la Décision de la Chambre d'appel du TPIR, dans l'affaire *Bagosora et al*⁵²⁹ qui a indiqué que :

⁵²⁴ Mémoire d'appel du Procureur, §140.

⁵²⁵ ICC-01/04-04/07-T-222-Red2-FRA CT WT, 24 novembre 2010, p.64-68. Et par courriel interne envoyé le 25 octobre 2011 à 14:52 (confirmé dans l'écriture : Chambre II « Décision relative à trois requêtes tendant à la production d'éléments de preuve supplémentaires et à un accord en matière de preuve », 15 décembre 2011, ICC-01/04-01/07-3217, § 2).

⁵²⁶ [EXPURGE].

⁵²⁷ [EXPURGE].

⁵²⁸ D03-P-100 ; D03-P-236/D02-P-147 et D03-P-340/D02-P-146.

⁵²⁹ TPIR, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Théoneste Bagosora et al*, ICTR-98-41-AR73 et ICTR-98-41-AR73(B), « Decision on Interlocutory Appeals of Decision on Witness Protection Orders », 6 octobre 2005, §18.

The Trial Chamber considered the text of the witness protection orders at issue and determined that it prohibits "disclosure of information that would, directly or indirectly, reveal that the person is a witness", but that it does not "prevent use of the witness's name [by the Prosecution] to make reasonable inquiries. The Appeals Chamber agrees and finds that the Trial Chamber's interpretation of Clause 7 is consistent with the text and the principles for adopting witness protection measures.

317. S'agissant de la preuve cohérente de défense que Ngudjolo aurait forgée, le Procureur n'en indique pas les linéaments. L'essentiel de la substance des écoutes téléphoniques est parfaitement connu du Procureur [EXPURGE]. Cet aveu a du reste motivé le projet de la requalification du nouveau mode de responsabilité à charge de ce dernier par la Décision 3319 du 21 novembre 2012 à laquelle le Procureur a doublement acquiescé, d'abord en ne sollicitant pas l'autorisation d'interjeter appel contre elle et, ensuite, en s'y ralliant totalement par sa note d'observations du 8 avril 2013⁵³⁰.

3. En ce qui concerne le refus opposé au Procureur par la Chambre de première instance II d'accéder aux écoutes téléphoniques et d'utiliser les rapports analysant les écoutes téléphoniques

318. Cette problématique a été largement débattue *supra*. Les développements faits à ce sujet valent également ici. La Chambre de céans ne peut revenir, en vue de statuer de nouveau, sur des décisions devenues irrévocables à ce sujet. L'évocation de cette problématique dans le troisième moyen d'appel du Procureur est une résurgence illégale d'une question vidée de façon définitive par une décision de la Chambre de première instance II contre laquelle le Procureur n'a pas cru devoir solliciter l'autorisation d'interjeter appel.

4. En ce qui concerne le rejet par la Chambre de première instance II de la demande du Procureur de rafraîchir la mémoire du témoin P-250 et de lui poser des questions suggestives

319. Déçu par les prestations de son témoin P-250 aligné le premier dans l'ordre des interrogatoires de ses témoins à charge et sur qui reposaient tous ses espoirs de condamnation

⁵³⁰ Prosecution's observations on Article 25(3)(d).

de Ngudjolo, le Procureur a sollicité de la Chambre de première instance II mais en vain de lui rafraîchir la mémoire et de lui poser des questions suggestives⁵³¹.

320. Le 9 février 2010, par sa Décision orale, la Chambre de première instance II a rejeté cette demande du Procureur⁵³².

321. Contre cette décision orale, le Procureur a cru bien faire de solliciter l'autorisation d'interjeter appel conformément à l'article 82(1)(d) du Statut et à la règle 155 du RPP⁵³³.

322. Le 11 mars 2010, la Chambre de première instance II a refusé d'accorder cette autorisation d'interjeter appel et a donc rejeté la requête du Procureur quant à ce⁵³⁴. Le Procureur reconnaît que sa demande d'autorisation d'interjeter appel de ces deux décisions orales a été rejetée⁵³⁵.

323. Depuis, les débats devant le premier juge ont poursuivi leur cours normal jusqu'au prononcé du Jugement d'acquiescement du 18 décembre 2012.

5. Les décisions de la Chambre n'ont pas violé le droit du Procureur à un procès équitable au sens de l'article 64(2)⁵³⁶

324. Dans son écriture 1872 du 15 février 2010, le Procureur plaidait déjà pour l'équité du procès en cherchant à convaincre la Chambre de première instance II de la nécessité qu'il y avait à lui accorder l'autorisation de relever appel de la décision orale qui lui refusait le rafraîchissement de la mémoire du témoin P-250⁵³⁷. Faute d'avoir obtenu gain de cause, il soumet à présent ce prétendu grief à la Chambre d'appel espérant par ce biais soumettre à celle-ci le réexamen des questions qui, en réalité, ont été judiciairement vidées par le premier juge et sur lesquelles la Chambre d'appel, saisie du recours contre le Jugement d'acquiescement

⁵³¹ ICC-01/04-01/07-T-96-CONF-FRA ET, 4 février 2010, p.35-52.

⁵³² ICC-01/04-01/07-T-98-CONF-FRA ET, 9 février 2010, p.20-25.

⁵³³ Chambre II, « Prosecution's Application for Leave to Appeal Oral Rulings on Clarifying Inconsistencies in Prior Statements and Partial Hostility », 15 février 2010, ICC-01/04-01/07-1872.

⁵³⁴ Chambre II, « Decision on the « Prosecution's Application for Leave to Appeal Oral Rulings on Clarifying Inconsistencies in Prior Statements and Partial Hostility », 11 mars 2010, ICC-01/04-01/07-1958.

⁵³⁵ Mémoire d'appel du Procureur, §215.

⁵³⁶ *Idem*, §204 et ss.

⁵³⁷ Chambre II, « Prosecution's Application for Leave to Appeal Oral Rulings on Clarifying Inconsistencies in Prior Statements and Partial Hostility », ICC-01/04-01/07-1872, 15 février 2010, §10-17.

du 18 décembre 2012, ne saurait plus traiter au risque de méconnaître le droit applicable devant la Cour qui du reste a été correctement dit.

325. La Défense rappelle que : “**when a party alleges** on appeal that its **right to a fair trial** has been infringed, the party must prove that the **Trial Chamber violated a provision of the Statute and/or the Rules of Procedure and Evidence** of the Tribunal (“Rules”) **and** that this **violation caused prejudice** that amounts to an error of law invalidating the Trial Judgement”⁵³⁸ (souligné par la Défense). Ainsi, « une partie ne peut donc se contenter de reprendre en appel des arguments rejetés en première instance, à moins qu’elle ne démontre que leur rejet a entraîné une erreur telle qu’elle justifie l’intervention de la Chambre d’appel »⁵³⁹.

326. La Défense indique que le procès équitable doit être analysé en conjonction avec l’égalité des armes qui inclut la légalité de la procédure. Dans le cas d’une enquête notamment, le **droit du Procureur à l’équité n’a pas été interprété** comme le **droit de disposer des conditions les plus optimales pour gagner son cas**, mais plutôt comme le **droit de mettre en œuvre ses obligations sous l’article 54** du Statut en tant que ministre impartial de la justice⁵⁴⁰ (souligné par la Défense). Encore une fois, la Défense tient à attirer l’attention de la Chambre de Cécans sur ceci que, contrairement à ce qui est allégué au paragraphe 204 du Mémoire du Procureur, le Greffier, dans tous ses rapports, n’est jamais arrivé à la conclusion énoncée par le Procureur selon laquelle « Mathieu Ngudjolo et des personnes extérieures à l’équipe immédiate [...] [ont] indûment exercé des pressions sur des témoins ».

327. La Défense estime que la Chambre de première instance II n’a pas failli dans le respect de la légalité et de la régularité de la procédure. La circonstance qu’une suite négative a été réservée à la requête d’une partie n’implique pas automatiquement la violation du droit au procès équitable dès l’instant où n’est établi aucun fait concret constitutif de cette violation. En règle, a décidé la Cour européenne des droits de l’homme, la question de savoir si un

⁵³⁸ Judgement Haradinaj, §17.

⁵³⁹ Arrêt Halilovic, §12.

⁵⁴⁰ Chambre préliminaire I, « Décision relative à la requête du Procureur sollicitant l’autorisation d’interjeter appel de la décision de la Chambre du 17 janvier 2006 sur les demandes de participation à la procédure de VPRS 1, VPRS2, VPRS 3, VPRS 4, VRPS 5 et VPRS 6 », 31 mars 2006, ICC-01/04-135, §39.

procès est conforme aux exigences de l'article 6 s'apprécie sur la base d'un examen de l'ensemble de la procédure et non d'un élément isolé⁵⁴¹.

328. Il n'existe pas, dans le droit applicable devant la Cour pénale internationale, de sanction d'ordre procédural contre une décision de refus par la Chambre de première instance d'accorder l'autorisation d'interjeter appel. De même, aucune voie de recours n'est légalement ouverte en faveur de la partie lésée contre une telle décision. La Chambre accorde l'autorisation d'interjeter appel en cas de réunion des conditions définies à l'article 82(1)(d) du Statut. Elle refuse, par contre, cette autorisation lorsqu'elle considère que ces conditions ne sont pas remplies. C'est dire, en d'autres termes, que la décision que rend la Chambre de première instance en cette matière l'est en premier et dernier ressorts. Les parties ne sont plus autorisées désormais à relancer la question lors de leur appel contre le jugement rendu sur le fond de l'affaire. *In specie*, la décision litigieuse datée du 11 mars 2010 est coulée depuis cette date en force de chose jugée. La Chambre d'appel est privée de toute ressource juridique pour remettre en cause ce qui a été définitivement jugé quant à ce. Le Procureur le sait très bien car il n'a pas manqué de le souligner au paragraphe 15 de sa demande susdite quand il a écrit : « The Prosecution submits that, as it will demonstrate before the Appeals Chamber should this Chamber grant leave »⁵⁴². La Défense invite la Chambre d'appel à constater que les décisions de la Chambre de première instance II ont été prises en toute légalité et en tenant bien compte de tous les droits fondamentaux des parties, elles ont été bien appuyées juridiquement et les faits bien analysés. La Défense rappelle, encore une fois, qu'aucun des rapports du Greffe, ni Décisions de la Chambre II ne concluent à l'intimidation des témoins.

329. C'est, en tout état de cause, à tort que le Procureur impute au premier juge dont les prestations ont été entièrement enchâssées dans le principe de la légalité de la procédure la violation de son prétendu droit au procès équitable⁵⁴³ qui, d'après lui, ne se conçoit qu'en termes d'efforts à fournir pour prouver la culpabilité de l'accusé. « Si vous les acquittez ou si vous acquittez l'un d'entre eux, j'irai en appel »⁵⁴⁴, menaçait-il déjà la Chambre de première

⁵⁴¹ CEDH, Arrêt *Pisano c. Italie* du 27 juillet 2000, §21, en ligne :

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/Pages/search.aspx#{\"fulltext\":\[\"pisano\"\],\"languageisocode\":\[\"FRA\"\],\"respondent\":\[\"ITA\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-63331\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/Pages/search.aspx#{\)

⁵⁴² Chambre II, « Prosecution's Application for Leave to Appeal Oral Rulings on Clarifying Inconsistencies in Prior Statements and Partial Hostility », ICC-01/04-01/07-1872, 15 février 2010, p.8.

⁵⁴³ Mémoire d'appel du Procureur, §204.

⁵⁴⁴ Chambre II, « Document de notification des charges confirmées par la Chambre préliminaire, présenté en exécution de la Décision relative au dépôt d'un résumé des charges par le Procureur », 28 octobre 2009, ICC-01/04-02/07-1568-tFRA, §4.

instance II alors que celle-ci conduisait les débats avec équité et diligence. Aujourd'hui, dans sa note numéro 459 de son Mémoire d'appel, il fait des personnalités au Président de la Chambre. La Défense soumet qu'il ne peut être reproché à la Chambre de première instance et à son Président d'avoir été des observateurs passifs dans la recherche de la vérité quand on sait qu'un transport judiciaire a même été organisé en République Démocratique du Congo pour mieux apprécier les dépositions de maints témoins du Procureur, exercice que celui-ci avait jugé inutile. Ce transport judiciaire a révélé que, contrairement à la déposition de P-280⁵⁴⁵, il semblait difficile de confirmer la présence d'un aéroport à Zumbe⁵⁴⁶. Il a aussi montré à la Chambre qu'à partir du marché Kavali, il ne semblait guère possible de voir, comme allégué, Ngudjolo et Katanga entrant dans une salle de classe à l'Institut de Bogoro⁵⁴⁷.

330. Le Procureur tente de faire admettre à la Chambre d'appel que l'Accusation a été désavantagée dans la présentation de sa cause devant la Chambre de première instance II⁵⁴⁸. La Défense estime qu'il n'en est rien.

331. Cette accusation est gratuite. Le Procureur plaide, encore une fois, les mêmes éléments de preuve apportés par ses témoins-clés. Le Procureur a cité les témoins qu'il a crus à même de lui permettre de démontrer sa théorie du plan commun. Son choix désastreux des témoins n'a pas été dicté par la Chambre II. Le Procureur a déterminé librement les thèmes d'interrogatoire de ses témoins. La Chambre n'a point interféré, ni dans le choix des témoins du Procureur, ni dans leurs thèmes de déposition. La Chambre lui a même donné l'occasion de rattrapage factuel. La première fois en suggérant aux parties et aux participants de lui faire toute proposition de citation des témoins⁵⁴⁹. La deuxième fois en l'autorisant à rencontrer les parents de P-250 à Bunia⁵⁵⁰. Le Procureur a décliné ces deux occasions. Tout comme il n'a pas entendu solliciter le rappel de ses témoins. Or, c'eût été pour lui l'heureuse opportunité d'interroger P-250 sur les menaces dont il aurait été l'objet et qui auraient eu, selon lui, une incidence sur sa déposition, qui auraient expliqué les contradictions, le décalage entre ses déclarations antérieures de 2006 et ses propos en 2010.

⁵⁴⁵ Procès-verbal du transport judiciaire, §28.

⁵⁴⁶ *Idem*, §32.

⁵⁴⁷ *Idem*, §46.

⁵⁴⁸ Mémoire d'appel du Procureur, §205.

⁵⁴⁹ ICC-01/04-07-T-222-Red2-FRA CT WT, 24 novembre 2010, p.64-68. Et par courriel interne envoyé le 25 octobre 2011 à 14:52 (confirmé dans l'écriture : Chambre II, « Décision relative à trois requêtes tendant à la production d'éléments de preuve supplémentaire et à un accord en matière de preuve », 15 décembre 2011, ICC-01/04-01/07-3217, §2).

⁵⁵⁰ Chambre II, « Decision on Prosecution's request regarding an interview with two potential Defence witnesses », 13 juillet 2010, ICC-01/04-01/07-2269-Conf.

332. La Chambre de première instance II, à l'époque, avait considéré que l'équité de la procédure avait été protégée et n'avait pas daigné autoriser le Procureur à interjeter appel de la décision orale querellée, conformément au prescrit de l'article 82(1)(d)⁵⁵¹. Le Procureur ne peut dès lors profiter de l'occasion que lui offre l'appel contre le Jugement d'acquiescement du 18 décembre 2012, pour embarquer, dans son examen par la Chambre de céans, « les décisions de la Chambre de première instance II qui ont violé son prétendu droit à un procès équitable au sens de l'article 64(2°) »⁵⁵². L'intitulé même de ce point de son Mémoire d'appel montre clairement que l'appel du Procureur est dirigé à la fois contre le Jugement du 18 décembre 2012 et contre toutes les décisions antérieures à ce jugement qui ont légalement et régulièrement tranché des problématiques précises qui n'ont plus été en discussion ni dans les conclusions écrites des parties et des participants, ni dans leurs conclusions orales.

333. La Chambre n'a pas été simple spectateur dans la recherche de la vérité, contrairement à ce que soutient le Procureur⁵⁵³. Il n'y a eu aucun abus de procédure sur lequel la Chambre a fermé les yeux. Bien au contraire, par des décisions claires et nettes, elle a rendu l'Unité, de concert avec le Procureur, gardienne de la bonne santé morale et physique des témoins. N'ayant point reçu de preuve concrète d'une quelconque menace ayant mis leur vie ou leur intégrité physique en danger du fait Ngudjolo, la Chambre ne pouvait prendre aucune décision arbitraire. A ce jour, le Procureur est dans l'incapacité d'apporter cette preuve claire et concluante de l'abus des procédures. Le Procureur n'apporte aucune nouvelle preuve. Il n'indique pas clairement les preuves qui auraient été omises par la Chambre II et dont la rétention par cette dernière auraient débouché sur la condamnation de Ngudjolo.

334. C'est à tort que le Procureur impute à la Chambre de première instance un défaut de contribution à la manifestation de la vérité. C'est plutôt contre lui qu'un tel grief doit être dirigé. Le Procureur n'a jamais enquêté sur la *Lettre Samba*; il n'a jamais daigné accorder une attention à l'invitation de la Chambre d'aider la Défense à rechercher les interviews du ministre des droits humains Ntumba Luaba à la RFI et de Thomas Lubanga à la VOA, faisant état de ce que l'attaque de Bogoro concernait uniquement les militaires, et foulant ainsi

⁵⁵¹ Chambre II, « Decision on the « Prosecution's Application for Leave to Appeal Oral Rulings on Clarifying Inconsistencies in Prior Statements and Partial Hostility », 11 mars 2010, ICC-01/04-01/07-1958.

⁵⁵² Mémoire d'appel du Procureur, §204 et ss.

⁵⁵³ Mémoire d'appel du Procureur, §207. La Défense rappelle qu'il n'y a eu aucun abus de procédure sur lequel la Chambre a fermé les yeux.

manifestement aux pieds l'obligation d'enquêter à décharge qui lui incombe en vertu de l'article 54(1)(a) du Statut.

335. Le Procureur reproche à la Chambre de première instance II d'avoir fait abstraction des pouvoirs étendus qui lui sont accordés par le Statut, de n'avoir pris aucune mesure pour vérifier l'intimidation de ces témoins essentiels et si d'autres témoins ont été subornés pour produire de faux témoignages⁵⁵⁴ alors que c'est plutôt lui qui n'a entrepris aucune action contre P-159 qui a menti sur toute la ligne avoir été témoin oculaire du massacre de Bogoro sans oublier P-279 et P-280 qui ont falsifié leur âge pour conforter la commission par Ngudjolo du crime d'utilisation d'enfants de moins de 15 ans pour les faire participer aux hostilités.

336. À l'appui de cet argument, le Procureur cite une affaire au TPIY où la Chambre d'appel a ordonné un nouveau procès⁵⁵⁵. La Défense soumet que cette affaire ne peut en aucun cas être comparée au présent appel. En effet, dans l'affaire *Haradinaj et al.*, le Procureur reprochait à la Chambre de première instance de ne pas lui avoir laissé assez de temps afin de faire comparaître deux témoins cruciaux qui avaient été prétendument victimes d'intimidation. Tel que rappelé par la Chambre d'appel, dans cette affaire, la Chambre de première instance, lors du prononcé de son jugement, avait dénoncé l'atmosphère d'insécurité et d'intimidation des témoins tout au long du procès⁵⁵⁶. Ce n'est pas le cas dans la présente affaire où tous les rapports du Greffe ont conclu à la non intimidation des témoins et où la VWU s'est saisie de la question de la sécurité tout au long du procès sans jamais rapporter un seul incident. Le Juge Robinson, dissident dans cette affaire, avait rappelé qu'un appel n'est pas un nouveau procès et que la Chambre d'appel va renverser l'exercice de la discrétion de la Chambre de première instance « where it is found to be : (a) based on an incorrect interpretation of governing law, which is inapplicable in this case; (b) based on a patently incorrect conclusion of fact, which is also inapplicable in this case; or (c) so unfair or unreasonable as to constitute an abuse of the Trial Chamber's discretion »⁵⁵⁷. Dans cette affaire, la majorité des juges de la Chambre d'appel avait ordonné un nouveau procès et la nouvelle Chambre de première instance avait entendu lesdits témoins qui avaient été « victimes d'intimidation » et qui n'avaient pas comparu en première instance mais le résultat

⁵⁵⁴ *Idem*, §208.

⁵⁵⁵ Judgement Haradinaj.

⁵⁵⁶ Judgement Haradinaj, §34: «The central factual context of the Prosecution's appeal is the unprecedented atmosphere of widespread and serious witness intimidation that surrounded the trial ».

⁵⁵⁷ *Idem*, VI. Partially dissenting opinion of Judge Patrick Robinson, §2 et 8.

fut le même : l'accusé a été acquitté, pour une deuxième fois. La Défense invite la Chambre de céans à suivre les chambres d'appel des tribunaux *ad hoc* et rappelle que la Chambre d'appel « ne modifie pas à la légère les constatations faites en première instance »⁵⁵⁸. « La Chambre de première instance est présumée avoir apprécié tous les éléments de preuve qui lui ont été présentés si rien n'indique qu'elle a totalement négligé certains »⁵⁵⁹.

337. La Chambre de première instance II ne peut être rendue responsable de la mauvaise gestion du procès parce qu'une personne a été acquittée à cause de la faillite du Procureur de respecter le critère de la preuve au-delà de tout doute raisonnable. Le Procureur dit que la Chambre a failli dans son pouvoir de demander plus de preuves⁵⁶⁰. Le Procureur omet sciemment de dire à la Chambre de céans qu'il a décliné l'offre de proposition de citation de témoins que la Chambre II avait faite à toutes les parties et à tous les participants. Seul le Représentant légal des victimes enfants soldats a eu le courage de solliciter, mais en vain, la comparution des autorités congolaises et ougandaises à l'effet d'être auditionnées⁵⁶¹. Sa demande était imprécise. La Chambre II n'a donc pas été un observateur passif et n'a point empêché le Procureur de se conformer à ses obligations en vertu de l'article 54 du Statut⁵⁶². Les règles de courtoisie et de respect qui gouvernent les relations entre les acteurs du procès pénal interdisent formellement de verser dans les personnalités. De tels propos à l'endroit des juges ne sont ni acceptables, ni nécessaires.

338. Les rétractations substantielles de P-250 au procès⁵⁶³ ne sont pas la conséquence des écoutes téléphoniques. Rien dans la preuve ni dans les rapports du Greffe ne démontre qu'un proche de Ngudjolo ou ce dernier ait été en contact avec lui avant sa venue à La Haye. Le témoignage de D03-100 n'a pas non plus été dicté par quelque contrainte. Il a affirmé une seconde fois lors de sa déposition : « Tout ce que j'ai déclaré devant vous, c'est la vérité. »⁵⁶⁴ Les bulletins de P-250 qui ont montré que celui-ci avait suivi une scolarité incompatible avec l'exercice du métier de combattant ne sont pas le fruit de menaces qu'il aurait reçues d'ordre de Ngudjolo.

⁵⁵⁸ Arrêt Halilovic, §10.

⁵⁵⁹ *Idem*, §121.

⁵⁶⁰ Mémoire d'appel du Procureur, §208.

⁵⁶¹ Chambre II, « Proposition du représentant légal du groupe des victimes enfants soldats quant à la comparution de témoins supplémentaires à citer par la Chambre », 21 novembre 2011, ICC-01/04-01/07-3206 ; Chambre II, « Décision relative à trois requêtes tendant à la production d'éléments de preuve supplémentaire et à un accord en matière de preuve », 15 décembre 2011, ICC-01/04-01/07-3217.

⁵⁶² Mémoire d'appel du Procureur, §208.

⁵⁶³ *Idem*, §209.

⁵⁶⁴ ICC-01/04-01/07-T-310-Red-FRA CT WT, 13 septembre 2011, p.56, l.4-12.

339. Pour le Procureur, la restriction des contacts de Ngudjolo est une mesure inadéquate ; la Chambre n'a pris aucune mesure pro active pour assurer l'intégrité du procès et son équité ; qu'il y a une passivité de la Chambre II dans le scénario d'organisation des crimes organisés ; qu'il y a eu une érosion de l'intégrité et de l'équité du procès à cause de l'omission par la Chambre de prise de toute mesure significative⁵⁶⁵.

340. La Défense considère ces propos comme des imputations dommageables destinées à jeter le discrédit sur trois Juges de la plus haute instance pénale qui se sont pourtant correctement acquittés de leurs devoirs dans le respect de l'équité de la procédure. C'est au vu du Premier Rapport du Greffier que le Procureur a été conduit à diligenter sa requête qui a débouché sur l'isolement total de Ngudjolo pendant plusieurs mois. Depuis, le Greffe a été constamment dans l'obligation, suites aux décisions de la Chambre, de signaler tout incident relatif à la sécurité des témoins et d'en faire part au Procureur⁵⁶⁶. Le Greffe s'est acquitté de cette tâche avec succès. S'il était apparu à la Chambre de première instance II que l'intégrité du procès était en péril, elle n'aurait pas manqué de prendre des mesures utiles et nécessaires. La localisation des parents de P-250⁵⁶⁷ qu'il impute à Ngudjolo est justifiée par les besoins de la défense de ce dernier⁵⁶⁸.

341. De plus, la Défense rappelle que les déclarations de P-250, faites sans serment devant le Procureur, ne sont nullement l'expression de la vérité pour que la Chambre les tienne pour établies en fait comme en droit. La Défense rappelle que la valeur probante des déclarations faites avant le procès est sensiblement moindre que celle du témoignage en direct fait sous serment devant la Chambre et dont la véracité peut être soumise à l'épreuve du contre-interrogatoire.⁵⁶⁹ La Chambre de première instance II a évalué le témoignage de P-250 résultant à la fois de l'interrogatoire du Procureur et du contre-interrogatoire de la Défense. L'épreuve du contre-interrogatoire, les vertus de l'audience, ont mis en évidence les contradictions et les contre-vérités débitées par ce témoin devant les enquêteurs du Bureau du Procureur.

⁵⁶⁵ Mémoire d'appel du Procureur, §209.

⁵⁶⁶ [EXPURGE].

⁵⁶⁷ Mémoire d'appel du Procureur, §211.

⁵⁶⁸ [EXPURGE].

⁵⁶⁹ TPIY, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Limaj et al.*, IT-03-66-A, « Arrêt », 27 septembre 2007, §75.

342. C'est à juste raison que la Chambre de première instance II a rejeté tant la demande de rafraîchissement de la mémoire de ce témoin du 8 février 2010⁵⁷⁰ que celle de lui poser des questions suggestives en date du 9 février de la même année⁵⁷¹. Le Procureur a demandé en vain l'autorisation d'interjeter appel de ces deux décisions⁵⁷². Ce rejet par la Chambre est le résultat de l'application stricte du droit en la matière qui ne peut être remis en question à l'occasion de l'appel interjeté par le Procureur sur le fond de l'affaire soumise à l'examen de la Chambre de première instance II.

343. Le Procureur soumet que P-250 avait voyagé pour évaluer la sécurité de sa famille⁵⁷³. Cette affirmation est fausse. Le Procureur et l'Unité ignoraient ce voyage. C'est la Défense qui en a averti la Chambre II et l'Unité. P-250 s'est extirpé du programme de protection de la Cour à l'insu même du Procureur et de l'Unité. C'est la Défense qui a alerté la Chambre de première instance, craignant que la sécurité de D03-100 et de sa femme ne soit mise en danger⁵⁷⁴. P-250 n'avait aucune capacité et de volonté de protection de ses parents à qui du reste il n'était rien arrivé de mal. Et la sécurité de P-250 lui-même n'a jamais été mise en péril depuis qu'il a décidé de sortir du programme de protection de la Cour. Les menaces contre la famille de D03-100 sont abstraites⁵⁷⁵.

344. Par ailleurs, la Défense s'étonne que le Procureur n'ait pu faire citer le Pasteur Lopa⁵⁷⁶ comme témoin de la Cour pour l'éclairer sur la manière dont avait été organisé son travail d'enquêtes à titre de personne ressource pour l'équipe de la Défense.

345. L'évocation de nouveau du cas de D03-88⁵⁷⁷ est illégale tant le problème suscité par le Procureur avait déjà été résolu par une décision de la Chambre de première instance II à ce jour irrévocable. La Chambre II a considéré qu'il n'était pas nécessaire, en vue de la manifestation de la vérité, que le Procureur use des écoutes téléphoniques pour contre-interroger ce témoin⁵⁷⁸.

⁵⁷⁰ Mémoire d'appel du Procureur, §213.

⁵⁷¹ *Idem*, §213.

⁵⁷² *Idem*, §215.

⁵⁷³ *Idem*, §217.

⁵⁷⁴ ICC-01/04-01/07-T-214-CONF-EXP-FRA ET, 4 novembre 2010, p.1, l.14-p.2, l.22.

⁵⁷⁵ Mémoire d'appel du Procureur, §218.

⁵⁷⁶ *Idem*, §220.

⁵⁷⁷ *Idem*, §228.

⁵⁷⁸ Décision 3120 de la Chambre II, §13 et 14.

346. Soucieux de démontrer que la Chambre de première instance II a commis une erreur qui a affecté le jugement de manière significative, le Procureur avance qu'elle n'a pas pris en considération la rétractation de P-250. La Défense soumet que cette rétractation n'est pas le fait de Ngudjolo. P-250 a reconnu lui-même l'authenticité de ses bulletins qui contrastent avec sa qualité de combattant à la même époque. Le Procureur dit que l'exclusion de ce témoin a eu un impact critique sur le jugement⁵⁷⁹. Mais le Procureur omet de mentionner qu'il a acquiescé à cette exclusion qui a été décidée dans la Décision portant disjonction des charges en date du 21 novembre 2012. Il s'y est même rallié explicitement en épousant toute la motivation de la décision 3319. Le Procureur s'est même rallié à cette disjonction des charges en la soutenant totalement par sa note d'observations du 8 avril 2013⁵⁸⁰.

347. Le Procureur revient encore sur la Chambre qui ne lui a pas permis d'utiliser les rapports du Greffe sur les écoutes téléphoniques dans son contre-interrogatoire de Ngudjolo et de D03-88⁵⁸¹ ; qu'elle s'est privée de la preuve des activités de Ngudjolo au quartier pénitentiaire et n'a pas tiré des conclusions utiles quant à la conduite de Ngudjolo et à son état d'esprit⁵⁸² ; que par ce refus d'accès aux rapports intégraux du Greffe, la Chambre de première instance II a refusé l'information complète sur la falsification potentielle de preuve et que l'exclusion de cette preuve du dossier a été essentielle à une détermination précise des faits⁵⁸³.

348. Il est pour le moins curieux que le Procureur ait cherché à déterminer avec précision les faits imputés à Ngudjolo à partir des écoutes téléphoniques au moment où ce dernier est détenu à La Haye. Cela montre avec certitude l'incapacité du Procureur à prouver les faits imputés à Ngudjolo à partir des éléments de preuve qu'il avait lui-même rassemblés en dehors de Scheveningen. Tout se passe comme si le Procureur attendait les rapports sur les écoutes téléphoniques de Ngudjolo pour établir sa culpabilité, ne disposant pas d'assez d'éléments de preuve à cet égard. L'on a en effet bien vu que le Procureur ignore la véritable qualité de Ngudjolo. Après avoir obtenu le mandat d'arrêt à son encontre comme le plus haut commandant du FNI, le Procureur a fini par renier cette qualité pour le réduire au commandant du FNI de Zumbe avant de décréter, à la surprise générale, dans ses Conclusions

⁵⁷⁹ Mémoire d'appel du Procureur, §223.

⁵⁸⁰ Prosecution's observations on Article 25(3)(d).

⁵⁸¹ Mémoire d'appel du Procureur, §224.

⁵⁸² *Idem*, §225.

⁵⁸³ *Idem*, §226.

finale, qu'il était le commandant de la milice lendu de Bedu-Ezekere, modifiant *ipso facto* la décision confirmative des charges, rejoignant finalement la Défense sur l'inexistence du FNI à Bedu-Ezekere à l'époque pertinente.

349. Il y a, dans le troisième moyen d'appel du Procureur, une suspicion inacceptable de partialité reprochée aux juges composant la Chambre de première instance II et surtout à son Président qui auraient favorisé l'acquitté par l'obstruction judiciaire faite à l'Accusation d'apporter des éléments de culpabilité à l'encontre de celui-là. Ce reproche est tout à fait gratuit. La Chambre II, à tous points de vue, a été soucieuse de l'équité de la procédure. A aucun moment elle n'a déséquilibré le fléau de la balance judiciaire. Le Procureur est seul responsable de l'indigence qualitative de sa preuve atteinte des déficiences intrinsèques justificatives de son incapacité à se plier à la norme d'administration de la preuve au niveau du procès.

350. Il est, en effet très paradoxal, pour le Procureur, d'une part, d'imputer à la Chambre de première instance II la violation de son droit au procès équitable et, d'autre part, de se rallier inconditionnellement à la Décision de cette même Chambre portant disjonction des charges qui, en réalité, est équitable vis-à-vis de Ngudjolo⁵⁸⁴ et ruine la théorie de la coaction indirecte défendue par l'Accusation.

351. La Chambre de première instance II a maintenu la balance égale entre l'Accusation et la Défense. Son impartialité a été de rigueur. La doctrine, au sujet du droit au procès équitable, relève que :

Dans certaines affaires apparaît en filigrane la notion d'équilibre comme élément du caractère équitable du procès. C'est le cas dans l'affaire *Karthunen c. la Finlande* : « L'impartialité du tribunal et la publicité de la procédure sont des aspects importants du droit à un procès équitable au sens du paragraphe 1^{er} de l'article 14. L'« impartialité » du tribunal exige que les juges n'aient pas d'idées préconçues au sujet de l'affaire dont ils sont saisis et qu'ils n'agissent pas de manière à favoriser les intérêts de l'une des parties ». En effet, la notion d'un équilibre destiné à assurer l'équité du procès rejoint l'image traditionnelle de la justice qui doit maintenir la balance égale entre le

⁵⁸⁴ §62 de la Décision 3319 : « La dissociation du cas de Mathieu Ngudjolo qui répond au surplus à la double exigence d'équité et de diligence formulée par l'article 64 du Statut, ne peut dès lors que conduire la Chambre à ordonner la disjonction des charges portées contre lui sans qu'il soit besoin, pour lui, de soumettre des observations sur la requalification envisagée pour son co-accusé. »

demandeur et le défendeur, entre l'accusation et la défense. Par-delà l'équité on touche donc à la justice elle-même.⁵⁸⁵

352. Le terme équité, note la doctrine, lorsqu'il est envisagé dans le contexte de la Cour européenne des droits de l'homme, requiert le respect de la prééminence du droit, ce qui suppose celui des droits de l'Homme énoncés dans la Convention et « l'exclusion de preuves recueillies au mépris du droit au respect de la vie privée garanti par la Convention doit être le corollaire essentiel de ce droit »⁵⁸⁶.

353. La Chambre de première instance II a statué dans le respect de l'intégrité du droit. Elle a eu un rapport direct au droit à quoi se résume la légalité. Nulle autre considération n'a pris place dans son appréciation des éléments du dossier. « L'article 6, 1°, a-t-on pu également lire, implique notamment, à la charge du « tribunal », l'obligation de se livrer à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuves des parties, sauf à en apprécier la pertinence pour la décision à prendre. [...] il faut de surcroît que les appréhensions des justiciables, par exemple quant au caractère équitable de la procédure, puissent passer pour objectivement justifiées⁵⁸⁷. » L'impartialité est l'absence de préjugé ou de parti pris⁵⁸⁸.

354. La partialité étant une atteinte à la bonne administration de la justice pénale, la personne qui s'estime en être victime, surtout le Procureur, doit pouvoir l'étayer de preuves concrètes. Elle est si grave qu'elle ne peut être articulée à la légère par cela seul que la partie n'a pas obtenu gain de cause sur une problématique donnée. Sont légion, dans la présente affaire, les requêtes des parties qui ont été rejetées par la Chambre de première instance II sans que celles-ci aient invoqué la violation du droit au procès équitable. La Cour pénale internationale, souligne la doctrine, est au centre de la justice globale⁵⁸⁹. Les garanties du procès pénal qu'elle offre sont considérées comme un modèle de procédure pénale internationale⁵⁹⁰. Le Statut de Rome est un exemple d' « humanisme judiciaire » [...] L'article

⁵⁸⁵ Lire avec références jurisprudentielles, TAVERNIER, p.18.

⁵⁸⁶ M.-A. BEERNAERT, « La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », (2007) *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 69, p.92.

⁵⁸⁷ C. KAROKOSTA, « Ne bis in idem : une jurisprudence peu visible pour un droit intangible », (2008) *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 73, p.32.

⁵⁸⁸ Cour européenne des droits de l'homme (2^{ème} Section), 16 septembre 1999, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2000, p.549.

⁵⁸⁹ I. RAMONET, *Wars of the 21st Century : New Threats, New Fears*, New York, Ocean Press, 2004, p.166, cité par BAR HAIM, p.345.

⁵⁹⁰ C. LOPEZ-HUTARDO, « The Rights of the Defence in the Law and Practise of the International Criminal Tribunals », (1999) *61 The Review of International Commission of Jurists* 83, p.88, cité par BAR HAIM, p.345.

21(3) intègre, dans le Statut de Rome, toutes les normes d'un ordre juridique international incluant les droits de l'Homme internationalement reconnus concernant la répression et le procès pénal à toutes les phases de la procédure. Une lecture humaniste du Statut de Rome s'impose à tous les organes de la Cour pénale internationale⁵⁹¹.

355. Qui dit procès équitable, dit équité. Qui dit équité dit justice. Le procès équitable est celui qui rend justice. Le procès équitable est celui qui rend une justice juste⁵⁹². Le procès équitable n'est pas seulement un utilitaire procédural. C'est aussi un principe d'adjudication, et plus largement, un principe de décision normative : pas de décision valide, autant dire pas de norme, sans procès équitable. Pas de reconnaissance de la norme sans équité ou sans justice⁵⁹³.

356. L'anéantissement de la procédure et son annulation que recherche le Procureur en invoquant la violation de son droit au procès équitable restent tributaires de la démonstration par lui des points factuels et juridiques méconnus par la Chambre de première instance II. Or, les arguments au soutien de son troisième moyen d'appel ne sont plus d'actualité. Ils gisent dans le musée de l'histoire judiciaire des diverses questions tranchées par la Chambre II avant le jugement sur le fond. Celui-ci a été rendu à la suite d'une procédure conforme au droit et à l'équité. L'inefficacité des preuves du Procureur, imputable à lui-même, n'est pas de la responsabilité des Juges qui ont appliqué le droit dans toute sa rigueur, conférant ainsi à leur Jugement la dignité qui couvre toutes les décisions rendues dans le respect de l'intégrité du droit. Juger au nom du procès équitable, renchérit la doctrine, est forcément bien juger : la légitimité de la solution est renforcée au travers de la légitimité de la norme. Cela revient à juger au nom de l'ordre public⁵⁹⁴. Le procès équitable valide le procès en tant que critère d'existence d'une procédure valide. C'est ici la fonction substantielle par excellence du procès équitable, puisqu'il détermine l'existence même d'une procédure *digne* de ce nom. Le jeu de

⁵⁹¹ S. ZAPPALA, *Human Rights in International Criminal Proceedings*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p.38, n° 35 cité par BAR HAIM, p.345-346.

⁵⁹² C. GIRARD, *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs. Réflexions sur la problématique générale*, in

http://www.google.be/url?q=http://halsh.archives-ouvertes.fr/docs/00/41/90/87/PDF/Procès_-equitable-et-enchevetrement-des-espaces

Travaux de l'atelier de droit international de l'UMR de droit comparé de Paris sous la direction de Hélène Ruiz Fabri.

⁵⁹³ *Idem*.

⁵⁹⁴ *Idem*.

mots n'est pas vain puisqu'il fait de la référence du procès équitable un élément de la dignité du procès ou de la procédure, et non des justiciables qui s'y prêtent⁵⁹⁵.

357. Au vu des prestations de la Chambre de première instance II, aucune violation ni apparence de violation du procès équitable n'est à déplorer à l'encontre du Procureur. C'est plutôt ce dernier qui, dès la phase de l'enquête, a méconnu les garanties essentielles de tout procès équitable. Il a ignoré complètement les suspects qu'il déférait devant la Chambre préliminaire. Devant la Chambre de première instance II, l'idée ne lui était jamais venue de les faire interroger. Si cela ne dépendait que de lui, il est fort improbable que Ngudjolo ait jamais été entendu par la Chambre. Il devait être condamné sur la seule foi des déclarations des témoins douteux du Procureur. L'épreuve du contre-interrogatoire a mis en évidence toutes les forfaitures desdits témoins. Le Procureur raisonnable, amoureux du droit, aurait dû féliciter la Chambre d'avoir très bien instruit et bien motivé son Jugement du 18 décembre 2012. Au lieu de s'incliner devant ce Jugement, il a, dans son acharnement contre Ngudjolo, décidé de relever un appel qui est manifestement téméraire et vexatoire et qui revêt toutes les caractéristiques d'un fol appel. Mais, même alors, le moyen allégué de violation du droit au procès équitable ne constitue pas pour le Procureur un motif d'appel.

358. D'ailleurs, en acceptant de changer le mode de responsabilité de Germain Katanga (de 25(3)(a) à 25(3)(d)), le Procureur accepte que ce dernier ne soit qu'un « contribuant » à la commission du crime. Il change ainsi sa vision de l'affaire ; il ne plaide plus que Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo sont des figures d'autorité, contrôlant leurs milices respectives en vue de la réalisation d'un plan commun dont le but était d'effacer Bogoro. La Défense se demande alors, qui sont les grands responsables ? Seront-ils jugés afin de faire connaître toute la vérité sur l'affaire Bogoro ?

CONCLUSION

359. La Défense soumet que les trois moyens d'appel du Procureur ne sont pas fondés ni en droit ni en fait. Ils doivent être rejetés dans leur entièreté par la Chambre d'appel.

⁵⁹⁵ *Idem.*

360. En effet, la seule conclusion raisonnable possible, au terme de cette analyse des trois moyens d'appel du Procureur, est la confirmation du Jugement du 18 décembre 2012, rendu par trois juges d'expérience, qui a acquitté Mathieu Ngudjolo en mettant fin aux poursuites judiciaires pour toutes les charges retenues contre lui. Ce jugement est particulièrement bien motivé tant en fait qu'en droit. Il a rigoureusement appliqué, après avoir correctement évalué tous les éléments de preuve, la norme d'administration de la preuve édictée par l'article 66(3) du Statut. Une condamnation, devant les contreperformances du Procureur en matière d'enquêtes et sa violation délibérée de l'obligation qui lui incombe d'enquêter également à décharge selon le prescrit de l'article 54(1)(a), a été inconcevable.

361. La Chambre d'appel, en l'état des prestations du Procureur devant le premier juge, ne peut infirmer le Jugement *a quo*, ni dans le sens de son annulation, ni dans celui du renvoi de la cause devant une Chambre de première instance autrement composée. Plusieurs raisons justifient la confirmation de cet acquittement.

362. Premièrement, la Chambre de première instance II a été plus proche des parties, des participants et des faits de la cause. Elle a siégé pendant 265 jours. Elle s'est transportée sur les lieux en Ituri en visualisant même, contrairement au Procureur, les milieux d'origine des coaccusés.

363. Deuxièmement, la Chambre de première instance II a veillé à l'équité de la procédure. Les parties et les participants ont pu faire valoir leurs moyens à l'écrit comme à l'oral après la présentation de leurs causes. Aucun incident n'a été signalé, en cours du procès, à l'encontre des Juges qui aurait pu faire peser des soupçons sur leur impartialité. Ayant été au plus près des faits, ils méritent la confiance nécessaire de la Chambre d'appel. Les prémisses de cette confiance sont d'ailleurs déjà perceptibles. En témoigne la confirmation par la Chambre d'appel de la Décision 3319 du 21 novembre 2012 portant disjonction des charges entre Ngudjolo et Katanga. Cette décision, à l'estime de la Défense, liquidait déjà la théorie du plan commun soutenue par le Procureur à charge des coaccusés sur pied de l'article 25(3)(a) du Statut. Elle est un désaveu judiciaire cinglant de la thèse du Procureur.

364. Troisièmement, le Procureur, lui-même, a adopté le nouveau mode de responsabilité projeté par la Chambre de première instance II en faisant sienne toute la motivation de la Décision 3319 relative à la disjonction des charges. Il n'a donc formulé aucun grief contre

cette Décision, ni aucune réserve. Et, à partir de ce moment, la double stratégie qu'il met désormais en place est inconciliable avec sa thèse de la connivence criminelle scellée par Ngudjolo et Katanga pour raser le village de Bogoro le 24 février 2003. Cette double stratégie du Procureur (poursuite de Ngudjolo sur pied de l'article 25(3)(a) et de Katanga sur le fondement de l'article 25(3)(d)) est à la fois inconsistante et incohérente. Elle met du plomb dans l'aile de la thèse du plan commun entre les deux coaccusés pour la démonstration de laquelle la Chambre de première instance II attendait la preuve au-delà de tout doute raisonnable. Le Procureur ne peut suivre une double stratégie dans une même affaire.

365. Quatrièmement, il suit de cette double stratégie que l'appel dirigé contre l'acquittement de Ngudjolo est un fol appel, un appel téméraire et vexatoire en ce qu'il est fait contre un jugement particulièrement bien motivé sur les principes de droit applicable. Le Procureur ne mobilise aucun argument efficace, de fait ou de droit, pour obtenir l'annulation du Jugement *a quo*. Il soumet à la Chambre d'appel des arguments qui ont été juridiquement écartés sans qu'il en propose des plus solides et des plus convaincants. Il s'agit d'un appel frivole contre le Jugement rendu en faveur de Ngudjolo qui met à néant la co-perpétration entre lui et Katanga.

366. Cinquièmement, le nouveau procès que le Procureur réclame, avec des moyens de fait et de droit qui ont déjà échoué en première instance, est de nature à obérer inutilement les ressources de la Cour pénale internationale qui doit plutôt se pencher sur des cas de violation sérieux des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité dans tous les foyers agités de la terre. L'enquête sur Bogoro même est défailante. Il y a pourtant, dans les éléments de preuve à décharge de la Défense dont le Procureur doit avoir égard dans cette affaire, quantité d'indications donnant matière à poursuite des vrais responsables de l'attaque de Bogoro. Cela est d'autant plus vrai que l'appui que l'Accusation apporte à la démarche de requalification du mode de responsabilité entamée par la Chambre de première instance II porte sur Katanga comme complice et non comme auteur ou coauteur des crimes commis à Bogoro. Le Procureur doit rechercher alors les vrais auteurs et les coauteurs du massacre des habitants de ce village. Il n'est pas forclos par quelque prescription.

367. La Défense, rappelons-le, a affirmé, dans sa déclaration liminaire du 24 novembre 2009, que quelque chose s'était effectivement passé à Bogoro le 24 février 2003. La décence

commande que les vrais responsables soient poursuivis. Ngudjolo n'en étant pas un, son acquittement devrait être confirmé.

ET FERER JUSTICE.



Me Jean-Pierre Kilenda Kakengi Basila

Conseil Principal de M. Mathieu Ngudjolo Chui

Fait à Bruxelles, le 23 octobre 2013