



Original : français

N° : ICC-02/11-01/11

Date : 18 Octobre 2013

LA CHAMBRE D'APPEL

Composée comme suit : Mme la juge Sanji Mmasenono Monageng, juge
président
M. le juge Sang-Hyun Song
Mme la juge Akua Kuenyehia
M. le juge Erkki Kouroula
Mme la juge Anita Ušacka

**SITUATION EN CÔTE D'IVOIRE
AFFAIRE
*LE PROCUREUR c. LAURENT GBAGBO***

**Public
Annexe publique**

**Réponse de la défense aux « Amicus Curiae Observations of Professors Robinson,
deGuzman, Jalloh and Cryer » (ICC-02/11-01/11-534)**

Origine : Équipe de Défense du Président Gbagbo

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

Le Bureau du Procureur

Mme Fatou Bensouda, Procureur
M. James Stewart
M. Fabricio Guariglia

Le conseil de la Défense

Me Emmanuel Altit
Me Agathe Bahi Baroan
Me Natacha Fauveau Ivanovic

Les représentants légaux des victimes

Mme Paolina Massidda

L'Amicus Curiae

GREFFE

Le Greffier

M. Herman Von Hebel

I. Rappel de la procédure

1. En ce qui concerne le détail de la procédure, la défense renvoie à sa réponse déposée le 11 septembre 2013¹.

II. Introduction

2. Les professeurs ont été autorisés à déposer des observations, en tant qu'Amis de la Cour, afin d'éclairer la Chambre d'Appel sur deux points de droit spécifiques : la définition d'une « attaque » au sens de l'article 7(2) du Statut de Rome et les conditions nécessaires qui permettent de considérer d'un point de vue juridique qu'existerait une « politique d'Etat ou d'une organisation »².

3. A titre principal, la défense estime que les observations présentées par les professeurs dépassent le cadre de la présente procédure d'appel. L'appel porte sur un point de droit particulier : « La Chambre préliminaire a-t-elle eu tort de considérer que, lorsque le Procureur allègue qu'une « attaque lancée contre une population civile » consiste en de multiples événements de moindre envergure, dont aucun ne répond à lui seul aux exigences minimales inscrites à l'article 7 du Statut et qui se seraient déroulés à des dates et en des lieux différents, un nombre suffisant de ces événements doit être prouvé conformément à la norme applicable, c'est-à-dire que chacun doit être étayé par des éléments de preuve suffisants avant qu'elle puisse les prendre en considération pour déterminer si, pris dans leur ensemble, ils indiquent l'existence de motifs substantiels de croire qu'une « attaque » a eu lieu ? »³.

4. Les professeurs considèrent que les Juges de la Chambre Préliminaire auraient commis une erreur de droit en déterminant quels seraient les actes constitutifs d'une « attaque »⁴ et une erreur de droit en définissant la « politique d'un Etat ou d'une organisation »⁵.

¹ ICC-02/11-01/11-503.

² ICC-02/11-01/11-516.

³ ICC-02/11-01/11-464-tFRA, par. 36.

⁴ ICC-02/11-01/11-534, par. 3.

⁵ Idem, par. 4.

5. Or, dans leur décision d'ajournement, les Juges de la Chambre Préliminaire n'ont pas posé de définition *juridique* des éléments contextuels des crimes contre l'humanité. Ils se sont seulement prononcés sur la valeur probante des éléments présentés par le Procureur au soutien de sa démonstration. Pour faire prévaloir leur point de vue, les professeurs font dire à la Chambre Préliminaire ce qu'elle n'a pas dit et abordent donc les deux points de façon biaisée. La Chambre Préliminaire n'est pas entrée dans une discussion sur le droit applicable et par conséquent, une telle discussion est aujourd'hui prématurée ; elle ne pourra être tenue qu'une fois la décision définitive sur les charges prononcée et lorsqu'un appel sur cette question aura pu être autorisé par la Chambre Préliminaire.

6. A titre subsidiaire, la défense estime que l'exposé des professeurs ne semble pas reposer, tant du point de vue des sources de droit mentionnées que de la méthodologie adoptée, sur les bases les plus pertinentes.

7. En définitive, il semble que les professeurs, plutôt que d'avoir cherché à éclairer la Chambre d'Appel – en se fondant de la façon la plus objective possible sur l'état actuel du droit – sur les points prévus, de façon à aider à la résolution de la question d'appel, aient voulu imposer leur propre vision de ce que, d'après-eux, devrait être le droit. En d'autres termes, les professeurs tentent de constituer une doctrine sur un point particulier qu'ils ont le plus grand mal à relier à la question posée.

III. Discussion.

1. Pour faire passer leur thèse, les professeurs sont condamnés à ignorer la logique et le contenu de la décision du 3 juin 2013.

8. Les professeurs estiment que la décision d'ajournement et le présent appel posent la question des « legal elements to be evidenced »⁶ ; ce pourquoi ils exposent ce qui est d'après eux l'état du droit concernant les éléments contextuels des crimes contre l'humanité.

9. En procédant de la sorte, les professeurs ignorent la logique et le contenu de la décision d'ajournement du 3 juin 2013.

⁶ Idem, par. 6.

10. Or, à aucun endroit dans la décision d'ajournement, il n'est procédé à une analyse du droit applicable, notamment en ce qui concerne les éléments contextuels des crimes contre l'humanité, sur laquelle la Chambre d'Appel pourrait se fonder pour décider d'une éventuelle erreur de droit qu'auraient commise les Juges de la Chambre préliminaire (par exemple concernant la définition d'une « attaque » ou d'une « politique »).

11. Comme le rappelaient les Juges de la Chambre Préliminaire dans leur décision autorisant le Procureur à faire appel, ce qui les a poussé à ne pas confirmer les charges et à ajourner l'audience est l'absence d'élément probant présenté par le Procureur au soutien de son argumentation. C'est le Procureur lui-même qui a construit le cadre de sa démonstration, qui a choisi de l'articuler autour de certains événements et qui a choisi les éléments qu'il considérerait les plus convaincants pour emporter l'adhésion des Juges. Par conséquent, l'appel ne peut porter que sur ce qui est avancé par le Procureur, sur la réalité des éléments présentés par lui puisque le Procureur lui-même a placé le débat sur ce terrain. Les Juges n'ont fait que le suivre en discutant le caractère crédible ou non de ses allégations puisque le Procureur faisait reposer toute sa construction théorique sur ce qu'il disait être la réalité. C'est ce qu'ont constaté les Juges : «La véritable interrogation consiste à se demander si la Chambre peut attendre du Procureur qu'il étaye ses allégations avec des éléments de preuve suffisants, ou s'il est acceptable que le Procureur formule des allégations de fait sans apporter de preuves suffisantes et les propose tout de même comme fondement de certaines déductions à opérer concernant les charges»⁷.

12. Ainsi, les professeurs se trompent-ils lorsqu'ils affirment que « the heart of the controversy among the parties and judges is not 'whether' sufficient evidence is required »⁸.

13. Tout le document d'appel du Procureur montre d'ailleurs que la discussion porte bien sur le caractère convaincant ou non des éléments qu'il a présentés au soutien de son argumentation. Comme l'a abondamment démontré la défense, le Procureur ne cherche qu'une chose : à faire déclarer par la Chambre d'Appel qu'il n'aurait pas, lui le Procureur, à apporter d'éléments probants directs et convaincants étayant l'existence d'un élément contextuel des crimes contre l'humanité. La seule question faisant l'objet du présent appel et

⁷ ICC-02/11-01/11-464-tFRA, par. 37.

⁸ ICC-02/11-01/11-534, par. 4.

découlant de la décision du 3 juin 2013 est donc bien de savoir si oui ou non le Procureur doit apporter des éléments convaincants au soutien de sa démonstration.

14. Les professeurs estiment que les Juges de la Chambre Préliminaire se seraient trompés sur la « scale require for an ‘attack’ »⁹. Or, les Juges de la Chambre Préliminaire n’ont à aucun moment défini juridiquement ce qu’est une attaque ; ils ont simplement constaté que le Procureur prétendait que l’attaque aurait été constituée du fait de l’existence de quarante cinq incidents qu’il avait détaillés pour tenter d’en prouver la réalité. Les Juges ont donc suivi la logique du Procureur en examinant les éléments de preuve portant sur ces quarante cinq incidents que le Procureur leur soumettait. Ils ont conclu de leur examen que ce que le Procureur disait à propos de chacun de ces quarante cinq incidents n’était avéré par rien de probant. Ils n’ont donc pas tiré de conclusion générale de cet examen, encore moins sont-ils partis, pour analyser les éléments présentés, d’un présupposé. Ils se sont contentés de suivre l’argumentation du Procureur.

15. Les professeurs considèrent que les Juges auraient raisonné à partir d’une notion trop élaborée de ce qu’est au sens juridique la « politique » puisqu’ils auraient exigé du Procureur des précisions sur les auteurs de la politique, le lieu de son élaboration et la manière dont elle aurait été mise en œuvre par les forces « pro-gbagbo »¹⁰. Ils prétendent qu’ainsi la Chambre préliminaire aurait eu une vision trop « formalistic and bureaucratic »¹¹ de la notion de « politique ».

16. En réalité, les Juges de la Chambre Préliminaire n’ont pas adopté une quelconque vision particulière de la notion de « politique » mais se sont contentés de suivre la logique du Procureur concernant cette question de la politique. Ce ne sont pas les Juges qui auraient exigé que le Procureur prouve l’existence de réunions mais le Procureur qui, de son propre chef, a évoqué l’adoption « formelle » de la « politique » au cours de nombreuses réunions¹², entrant dans le détail et se contredisant. C’est le Procureur encore qui a développé la thèse selon laquelle des « forces pro-Gbagbo » étaient au courant de la Politique et agissaient dans le but de la mettre en œuvre¹³.

⁹ ICC-02/11-01/11-534, par. 3.

¹⁰ Idem, par. 17.

¹¹ Idem, par. 21.

¹² ICC-02/11-01/11-357-Conf-Anx1, par. 39.

¹³ Idem, par. 37.

17. Il est d'ailleurs intéressant de constater que les professeurs ne relèvent pas qu'en réalité la Chambre ne parle pas de « policy », mais de « alleged policy/plan »¹⁴.

18. Ainsi les Juges ne s'inquiétaient-ils pas de définir juridiquement une « politique » mais se contentaient-ils de relever que le Procureur n'apportait aucun élément de preuve au soutien de ses allégations quant à l'existence d'une « politique » ou d'un « plan commun ».

19. D'ailleurs, l'utilisation de ces deux termes par la Chambre s'explique une fois encore par le fait que le Procureur lui-même, lorsqu'il discutait dans son DCC du « plan commun » compris au sens de l'Article 25(3)(a), ne faisait que renvoyer à ses développements dans le même DCC sur la « politique » au sens de l'Article 7(2)¹⁵, créant ainsi une confusion entre deux questions pourtant distinctes.

20. Le constat est simple : à la suite du Procureur, les professeurs discutent de constats juridiques que la Chambre préliminaire aurait d'après eux posés mais qui en réalité n'existent pas. A aucun moment la Chambre préliminaire n'a examiné les éléments présentés par le Procureur à partir de présupposés juridiques ou n'en a tiré de conséquences juridiques globales. Par conséquent, la défense invite respectueusement la Chambre d'Appel à constater que de tels développements sur le droit applicable sont prématurés en ce qu'ils relèvent d'une décision définitive et ne découlent pas de la décision d'ajournement. L'argumentation retenue par les professeurs déplace le débat et conduit à faire oublier que le Procureur n'a apporté aucun élément probant au soutien de toutes ses allégations.

21. Si la Chambre d'Appel devait néanmoins considérer que les développements des professeurs entrent dans le cadre de la question d'appel et devait les prendre en compte, il lui faudrait alors constater que la méthode et le raisonnement des professeurs pèchent par simplisme et approximations.

2. Sur la méthode et sur le raisonnement retenus par les professeurs.

¹⁴ ICC-02/11-01/11-432-tFRA, par. 44.

¹⁵ ICC-02/11-01/11-357-Conf-Anx1, par. 59.

22. Il semble qu'existe un problème de méthode en ce qui concerne les sources utilisées par les professeurs au soutien de leur argumentation (2.1) ; et qu'il existe aussi un problème de raisonnement quant à l'utilisation de ces sources (2.2).

2.1 Le problème des « sources » du droit.

23. Pour éclairer la Chambre d'Appel sur l'état du droit concernant les éléments contextuels des crimes contre l'humanité, les professeurs s'appuient sur des sources disparates provenant de la jurisprudence des tribunaux *ad hoc*, de juridictions nationales et de commissions d'experts de l'ONU qu'ils semblent suggérer relever du droit international coutumier.

24. Il convient d'abord de constater que les professeurs n'expliquent jamais pourquoi et en quoi le droit auquel ils se réfèrent serait une source du droit applicable par les Juges de la CPI.

25. A aucun moment ces quatre experts ne prennent le temps d'expliquer de façon rigoureuse leur façon de procéder dans le choix des sources, la valeur qu'ils accordent à chacune de ces sources et la manière dont elles s'intégreraient dans l'architecture des sources à prendre en considération dans le cadre de la CPI. Au-delà de la mention d'exemples jurisprudentiels, il ne font que de vagues références au droit international coutumier.

26. Or, la manière d'aborder la question des sources de droit est traitée de façon particulière dans le cadre de la CPI ; pour la première fois le Statut d'une Cour internationale contient une disposition claire sur le droit applicable, l'article 21 du Statut.

27. Par exemple, si le droit international coutumier était explicitement une source du droit dans le cas des tribunaux *ad hoc*¹⁶, le Statut de Rome prévoit lui un cadre différent.

28. A la lecture de l'article 21, il apparaît évident que, non seulement prises séparément les « sources » invoquées par les professeurs ne sauraient constituer des sources de droit applicable à la CPI (2.1.1) mais que, même prises dans leur ensemble comme relevant du

¹⁶ Report of the UN Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808, UN Doc. S/25704 (1993), 3 May 1993, par. 34.

droit international coutumier, elles ne peuvent constituer une véritable source du droit applicable à la CPI (2.1.2).

2.1.1 Les « sources » invoquées par les professeurs prises séparément ne constituent pas des sources du droit applicable à la CPI.

- La jurisprudence des tribunaux *ad hoc* pourrait être considérée dans certain cas comme utile et pourrait servir d'exemple dans le cadre de la CPI mais à la condition qu'il existe sur tel ou tel point une jurisprudence claire et cohérente. Or, comme le relèvent eux-mêmes les professeurs dans leurs écrits académiques, les Chambres des différents Tribunaux internationaux ont produit des jurisprudences parfois obscures et souvent contradictoires. Ainsi, les Professeurs Cryer et Robinson avaient-ils estimé à propos du raisonnement de la Chambre d'Appel du TPIY dans l'affaire *Kunarac* portant sur la question d'avoir d'établir ou non la preuve d'une politique: « Whereas decisions on other issues of customary law have tended to involve an extensive review of precedents, the Appeals Chamber resolved this major controversy with reasoning appearing only in a single footnote, and declining to address (or acknowledge) most of the contrary authorities »¹⁷. Le Professeur Jalloh quant à lui a évoqué dans un article récent les ambiguïtés de la jurisprudence sur cette question¹⁸, que : « In sum, while both the ICTY and the ICTR jurisprudence have gradually rejected and ultimately abandoned the need for a State or organizational plan or policy element for crimes against humanity, and in the process of doing so influenced the direction of some national case law on this particular issue, it seems apparent from the above review, as well as that of other scholars, **that the decisions of both tribunals are based on legally weak or at least legally questionable foundations** »¹⁹.
- En ce qui concerne la jurisprudence nationale, il est tout aussi difficile d'en tirer des conclusions claires sur des points de droit importants. Elle est d'une part, comme l'indiquait par exemple le Professeur Jalloh²⁰, souvent influencée par une

¹⁷ Cryer, Friman, Robinson et Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (CUP, 2010) p. 239.

¹⁸ Jalloh, « What Makes a Crime Against Humanity a Crime Against Humanity? » 28 *American University International Law Review* (2013) 396-401.

¹⁹ *Idem*, 401. Nous soulignons.

²⁰ *Idem*.

jurisprudence internationale peu convaincante ; d'autre part, pour être utilisable la jurisprudence nationale devrait être considérée comme contribuant à l'existence d'un principe général du droit au sens de l'article 21(1)(c), question qui n'a pas été abordée par les professeurs.

- Quant au rapport de la Commission d'experts de l'ONU sur l'ex-Yougoslavie, il ne peut pas plus être pris en compte puisque cette commission n'est pas un tribunal et que ses conclusions ne découlent pas d'un examen rigoureux, effectué par des Juges impartiaux après débat contradictoire.

2.1.2 Les « sources » invoquées par les professeurs, lorsqu'elles sont considérées dans leur ensemble comme relevant du droit international coutumier ne seraient pas applicable à la CPI.

29. Les professeurs abordent la question de la coutume comme source du droit applicable à la CPI de manière particulièrement vague. A titre d'exemple, ils évoquent le statut en droit international coutumier de l'obligation d'établir une « politique d'un Etat » ainsi : « The fact that the customary law status of the policy element is controversial, and that it has been rejected inter alia by the ICTY, ICTR, and SCSL, are further reasons not to interpret the element in an expansive and onerous manner (thereby increasing the fragmentation of the law of crimes against humanity), and instead to give it a modest interpretation, as in the mentioned precedents»²¹ ; ils ajoutent dans une note de bas de page que : « Interpretation in accordance with the above-mentioned authorities therefore either conforms with customary international law (Article 21 ICC Statute) or, if a policy element is not required in customary international law, it at least minimizes the divergence from custom»²² .

30. A la lecture de leurs observations, il semble que les professeurs examinent deux hypothèses: soit l'exigence d'établir l'existence d'une « politique » ressort du droit coutumier, soit elle est absente de ce corpus. Ils indiquent que dans un cas comme dans l'autre, malgré la lettre du Statut de Rome, les Juges de la CPI devraient aborder la question du « policy element » de façon « modeste », c'est-à-dire, si on les comprend, ne pas en faire

²¹ ICC-02/11-01/11-534, par. 27.

²² Idem, note de bas de page 46.

une condition et même traiter la question de la « politique » de façon rapide, peut-être superficielle.

31. Examinons les deux hypothèses :

a) Le « Policy Element » du Statut ne ferait pas partie du droit international coutumier.

32. Dans ce cas, les auteurs estiment, afin de s'éloigner le moins possible de la coutume et d'éviter un risque de « fragmentation » du droit, que le « policy element » devrait être interprété par les Juges de façon « modeste ». Il s'agit là d'une opinion personnelle aux professeurs contraire à la lettre et à l'esprit du Statut de Rome.

33. Concernant l'utilisation du droit international coutumier, la défense relève que l'Article 21 ne le mentionne pas parmi les sources, ce qui montre bien la volonté des rédacteurs du Statut de se distinguer de l'approche adoptée par les tribunaux *ad hoc* en la matière.

34. Il en découle que, contrairement à ce que laissent entendre les professeurs²³, une interprétation conforme au droit international coutumier n'est absolument pas une exigence de l'Article 21. Plus encore, le droit international coutumier, et incidemment la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* qui a formalisé le droit international coutumier, n'est logiquement pas pertinent pour l'établissement du droit applicable à la CPI. Les Juges de la Cour sont libres de formuler des principes basés sur la logique interne du Statut, même si ces principes se révélaient être en contradiction avec le droit international coutumier ou avec la jurisprudence d'autres Tribunaux internationaux. D'ailleurs les Chambres de la CPI se sont à de nombreuses reprises éloignées de la pratique de certains Tribunaux internationaux. Ainsi il été souvent affirmé par les Chambres, tant en matière procédurale²⁴, que concernant la définition des crimes²⁵ ou celle des modes de responsabilité²⁶, qu'il ne pouvait y avoir transposition mécaniquement de la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* à celle de la Cour.

²³ Idem.

²⁴ ICC-01/04-01/06-1049, par. 43-45.

²⁵ ICC-01/04-01/07-717-tFRA, par. 450.

²⁶ ICC-01/04-01/10-465-Red-tFRA, par. 280-281.

35. La question du risque de fragmentation du droit international pénal qu'invoquent les professeurs à l'appui de leur volonté de voir le droit international coutumier considéré comme source de droit à la CPI, si elle constitue une question académique, n'est pas un enjeu pratique du processus judiciaire et ne constitue pas une question pertinente dans le cadre de la pratique judiciaire. D'ailleurs, le Statut de Rome prévoit explicitement que le droit applicable à la CPI par les Juges pourrait être différent du droit coutumier²⁷. Le seul critère que les Juges doivent avoir en tête lorsqu'ils s'interrogent sur le droit applicable est celui du respect du principe de légalité. Les Juges ont d'abord l'obligation d'appliquer les éléments des crimes et d'en adopter une interprétation stricte²⁸ (et non « expansive » c'est à dire large, comme le suggèrent les professeurs) et de résoudre toute ambiguïté en faveur de l'accusé, en application de la règle du principe *in dubio pro reo*²⁹.

36. C'est en connaissance de cause que les rédacteurs ont inséré l'exigence d'établir l'existence d'une « politique » dans le Statut; cette exigence fait partie intégrante des éléments constitutifs des crimes et il n'existe aucune raison pour qu'elle soit interprétée de manière moins rigoureuse (modestes)³⁰ que d'autres au prétexte que les Juges du TPIY auraient un avis différents.

b) Le « Policy Element » du Statut découlerait du droit international coutumier.

37. Dans ce cas, la défense ne comprend pas bien à quel titre la Chambre d'Appel devrait prendre en considération la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* contraire à la teneur du Statut de Rome et postérieure à son adoption³¹. La Cour doit respecter la logique du Statut et il n'y a là aucun risque de « fragmentation » du droit.

38. Les professeurs ne font qu'accumuler des exemples disparates contraires à la lettre et à l'esprit du Statut. Ils ne démontrent pas pourquoi la Chambre d'Appel serait tenue d'avoir une approche « modeste » des éléments contextuels des crimes contre l'humanité. Dans la mesure où ces éléments contextuels font partie des éléments du crime au même titre que l'intention de l'accusé, il n'y a aucune raison de les interpréter avec moins d'exigence. C'est

²⁷ Article 10, Statut.

²⁸ Article 22, Statut.

²⁹ *Idem*.

³⁰ ICC-02/11-01/11-534, par. 27.

³¹ Kunarac IT-96-23/1-A; Semanza, ICTR-97-20-T; Fofana ("CDF case") SCSL-04-14-A.

d'ailleurs à cette conclusion de bon sens que la Chambre Préliminaire avait abouti dans la décision du 3 juin 2013 : « Les éléments contextuels faisant partie intégrante du fond de l'affaire, la Chambre ne voit aucune raison, s'agissant de l'administration de la preuve de crimes contre l'humanité, d'appliquer aux événements présentés comme constitutifs de l'élément contextuel d'existence d'une « attaque » une norme plus souple que celle qui s'applique aux autres faits et circonstances allégués en l'espèce »³².

2.2 Sur la manière dont les professeurs présentent leurs sources.

39. Il convient de relever l'absence d'esprit critique et de distance dont les professeurs font preuve dans leurs observations à propos des sources qu'ils utilisent, alors que dans leurs autres travaux ils ne se privent pas d'apporter les nuances nécessaires à une analyse approfondie.

40. Dans leurs observations ils présentent comme un acquis leur approche de la notion de crime contre l'humanité, laquelle fait pourtant l'objet de débats continus dans la doctrine internationale. Parmi les professeurs eux-mêmes l'accord n'est pas unanime sur cette question. Ainsi, le Professeur Jalloh affirmait-il dans un article récent que « despite its frequent invocation in contemporary legal and popular discourse, it is not entirely clear what is the distinguishing characteristic or feature of a crime against humanity that moves it from the realm of the domestic to the international, such that its commission would attract the interest and condemnation of the international community as a whole »³³. Dans le même sens, le Professeur deGuzman estimait que « because of its disorganized history, important normative and doctrinal questions remain unanswered » et que « the context required to qualify an inhumane act as crimes against humanity is subject to considerable controversy »³⁴.

41. Relevons aussi que le Professeur Jalloh, en préambule d'un examen de l'état de la jurisprudence internationale sur les éléments contextuels des crimes contre l'humanité indiquait que « despite the centrality of the offense to modern international prosecution efforts, various definitions of the crime and its contextual and other elements have been developed and used in different national and international contexts over the years »³⁵.

³² ICC-02/11-01/11-432-tFRA, par. 22.

³³ *Ibid* note de bas de page 18 (385).

³⁴ Cité dans *Ibid* note de bas de page 18 (385).

³⁵ *Ibid* note de bas de page 18 (383).

42. Les professeurs semblent ici renoncer à une partie de leur vision et privilégier une conception du crime contre l'humanité appauvrie.

43. La défense note par exemple que les professeurs présentent la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* comme un élément constituant par définition le droit applicable sans jamais entrer dans ce qui a conduit les Juges à décider dans tel ou tel sens dans chacune des affaires qu'ils mentionnent. Or, la rigueur en la matière s'impose. Comme l'a souligné la défense, (cf. Supra) tant les Professeurs Robinson et Cryer dans leur manuel que le Professeur Jalloh dans l'article précité, ont fortement critiqué ces mêmes jugements des tribunaux *ad hoc* sur lesquels ils s'appuient aujourd'hui³⁶.

44. Plus précisément, la défense relève que pour donner l'impression d'une jurisprudence constante et cohérente allant dans leur sens, les auteurs font bon marché des différences entre la CPI et les tribunaux *ad hoc*.

45. Par exemple, s'il est justement indiqué que la preuve de l'existence d'une « policy » n'est plus exigée par le TPIY en tant que condition pour prouver l'existence des éléments contextuels des crimes contre l'humanité depuis l'affaire *Kunarac*³⁷ en 2002, les auteurs n'en tirent aucune conséquence alors qu'ils auraient dû préciser que la manière d'aborder cette question dans le cadre de la CPI diffère de la manière dont elle abordée devant la TPIY puisque le cadre juridique applicable à la « politique » est différent.

46. Après *Kunarac* la preuve de l'existence d'une « policy » ne fut comprise par certaines Chambres des tribunaux *ad hoc* que comme un élément de preuve parmi d'autres permettant d'étayer l'existence d'un crime contre l'humanité ; l'exigence de cette preuve n'était plus alors considérée comme une condition juridique en tant que telle³⁸. En d'autres termes, que le Procureur prouve la « policy » ou non n'était pas déterminant pour établir l'existence des éléments contextuels des crimes contre l'humanité. Au contraire, pour le Statut prouver la réalité d'une « policy » est une condition juridique sine qua non de l'existence des éléments contextuels des crimes contre l'humanité, ce qui implique que la réalité de cette politique soit examinée avec la plus grande rigueur. Il appartenait aux professeurs de faire état de cette

³⁶ *Ibid* notes de bas de page 17 et 18 (296-401).

³⁷ *Kunarac* IT-96-23/1-A.

³⁸ *Semanza*, ICTR-97-20-T, par. 329.

différence essentielle dûe à un contexte différent entre la CPI et les tribunaux ad hoc et d'en tirer les conséquences afin d'éclairer la Chambre d'Appel.

47. Ce même refus d'analyser de façon approfondie les éléments discutés, pour mieux faire prévaloir une thèse contre une autre conduit les auteurs à abandonner tout esprit critique. Ainsi, concernant les décisions nationales qu'ils invoquent au soutien de leur argumentation, il convient de constater qu'ils ne les analysent pas complètement. Il est surprenant par exemple, qu'ils mentionnent la décision américaine récente dans *Sexual Minorities Uganda v. Scott Lively*³⁹ alors qu'il ne s'agit pas d'une décision sur le fond, mais d'une décision sur la recevabilité d'une l'affaire, prononcée par un Juge unique d'une Cour de district américaine. Par ailleurs, une lecture attentive de la décision montre clairement que le Juge américain a une compréhension assez limitée du droit international pénal, que ce soit à propos de la définition du crime de persécution comme crime contre l'humanité⁴⁰ ou à propos des modes de responsabilité ; il confond ainsi « aiding and abetting » et « Joint Criminal Enterprise »⁴¹. On peut donc s'étonner que les professeurs accordent du crédit à une telle décision.

48. Dans le même ordre d'idée, on peut s'étonner que soit évoquée comme référence la jurisprudence du Tribunal Indonésien *ad hoc* pour le Timor Oriental⁴² dont certaines décisions ont été remises en cause par les observateurs⁴³.

3. Le biais idéologique ou volonté des professeurs de privilégier leur vision propre de ce que devrait être l'état du droit au détriment de la réalité.

49. Il ressort de ce qui précède que les observations des professeurs révèlent une certaine fragilité méthodologique et montrent un parti pris évident qui apparaît dans le choix des décisions mentionnées et dans leur refus corrélatif d'examiner l'intégralité de la question pour privilégier une et une seule des thèses possibles. Cette absence d'analyse approfondie conduit à un appauvrissement du raisonnement. Les professeurs, alors qu'ils avaient pour mission de présenter l'état du droit de la manière la plus claire et complète possible, se sont

³⁹ ICC-02/11-01/11-534, par. 30.

⁴⁰ 2013 U.S. Dist. LEXIS 114754, p. 21-27.

⁴¹ Idem, p. 34-35.

⁴² ICC-02/11-01/11-534, par. 42.

⁴³ Pr. David Cohen « INTENDED TO FAIL, The Trials Before the Ad Hoc Human Rights Court in Jakarta », International Center for Transitional Justice; John M. Miller, "Indonesian Court's Final East Timor Sentence "A Joke" East Timor Action Network Urges International Tribunal"; Human Rights Watch, "Indonesia's Court for East Timor a "Whitewash"".

contentés de présenter comme des acquis des hypothèses et comme une vision partagée par tous des éléments de controverse.

50. De plus, et pour cette même raison, ils n'ont jamais expliqué, tout au long de leurs observations, en quoi les exemples qu'ils présentent seraient juridiquement pertinents pour aider la Chambre d'Appel à résoudre la question posée.

51. La qualité d'expert attribuée aux *Amici curiae* leur imposait une exigence⁴⁴ : qu'ils présentent de façon neutre, objective et la plus complète possible, l'état du droit applicable par les Juges de la CPI concernant la question de la définition d'une « attaque » et la question de la définition d'une « policy ». Ils devaient se borner à cette présentation, ne pas entrer dans une controverse et ne pas a fortiori prendre parti.

52. Or, la défense constate que les professeurs ne se conforment pas à cette exigence d'impartialité. Ainsi, estiment-ils dans leur introduction que les questions qu'ils soulèvent sont « crucial for the viability of the ICC as a forum for crimes against humanity prosecutions »⁴⁵, ajoutant que « it is not desirable for the ICC to be anomalous in this respect, as it would have the regrettable effect of making the ICC one of the less effective forums for crimes against humanity cases »⁴⁶. Plus tard, les professeurs appellent à une interprétation « modeste » de la « policy element »⁴⁷ et estiment que « to require direct proof of adoption of a policy is also conceptually and practically undesirable »⁴⁸.

53. Il est donc clair que les professeurs tentent de faire prévaloir leur propre vision académique du droit sur ce qu'est aujourd'hui le droit tel qu'applicable et applicable devant la CPI.

54. Une prise de position théorique est acceptable au plan académique et peut donner lieu à des discussions fructueuses ; elle n'est pas acceptable de la part d'un *Amicus Curiae*.

55. Elle est d'autant moins acceptable lorsqu'elle conduit les amis de la Cour à ne choisir dans la jurisprudence que les exemples qui vont dans leur sens et à ne les interpréter que de la

⁴⁴ ICC-02/11-01/11-499-Anx1, par. 1.

⁴⁵ ICC-02/11-01/11-534, par. 5.

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ Idem, par. 27.

⁴⁸ Idem, par. 34.

façon qui leur convient, donnant à voir une réalité bien différente de celle de l'état du droit applicable.

56. Les professeurs prennent ici parti et oublient qu'un procès pénal est organisé autour des droits de l'accusé. En défendant une conception restrictive, « modeste », de la « policy element », en invoquant un risque tout à fait abstrait de « fragmentation du droit international pénal », ils oublient les droits concrets de l'accusé. Ils privilégient une jurisprudence qui, en donnant une place limitée à ce « policy element », « immediately became the darling of international prosecutors for lifting a heavy evidentiary burden off their shoulders », comme le dit lui-même le Professeur Jalloh.⁴⁹

57. Il est important de comprendre les conséquences pratiques de la position des professeurs : elle revient à considérer que le Procureur n'aurait pas besoin d'apporter de preuve directe de l'existence d'une politique⁵⁰, pas besoin de présenter des éléments montrant que les incidents qu'il mentionne seraient le résultat de la politique⁵¹ ou que les auteurs de ces incidents auraient eu l'intention de mener ladite politique. Pas plus que le Procureur, les professeurs n'expliquent comment l'existence d'une « attaque » pourrait être établie si le Procureur était autorisé à présenter des allégations sans avoir à les soutenir par des éléments précis, s'il n'avait à apporter aucun élément permettant de vérifier la réalité des actes constituant cette attaque. Surtout, comment savoir si de tels actes auraient été commis « en application ou dans la poursuite de la politique », si le Procureur était autorisé à n'apporter aucun élément d'information concernant les auteurs de ces actes ? En d'autres termes, comment la défense pourrait-elle discuter allégations du Procureur et les Juges les vérifier si le Procureur était autorisé à ne pas apporter d'élément de preuve.

58. L'engagement des professeurs apparaît aussi lorsqu'ils indiquent qu'à leur sens des sources tierces comme des rapports d'ONG ou de l'ONU pourraient être acceptées⁵², alors qu'ils n'ont pas été autorisés à s'exprimer sur point.

59. Les craintes exprimées par la défense dans sa réponse⁵³ sont ici confirmées : premièrement, les observations des professeurs ne contiennent rien que les Juges de la

⁴⁹ Ibid note de bas de page 18.

⁵⁰ ICC-02/11-01/11-534, p. 9.

⁵¹ Idem, p.18.

⁵² Idem, par. 42.

Chambre d'Appel n'auraient pu trouver par eux-mêmes ou en écoutant les parties⁵⁴. Deuxièmement et surtout, leurs observations viennent systématiquement au soutien du Procureur, venant, une fois encore déséquilibrer la procédure au détriment du Président Gbagbo⁵⁵.

60. Dans un article de 2008, remarqué, le Professeur Robinson analysait ce qu'il appelait la « Identity Crisis of International Criminal Law »⁵⁶. Il y dénonçait notamment l'adoption de pratiques d'interprétation venant d'autres domaines du droit, ces pratiques aboutissant à élargir le champ de la responsabilité pénale des individus en violation flagrante du principe de légalité, principe fondamental du droit pénal. Pour lui, la crise d'identité du droit international pénal n'avait d'autre cause que cette tentation permanente de dénaturer ce qu'est le droit pénal en introduisant des modes de responsabilité élargis et en abandonnant petit à petit le culte de l'administration de la preuve au profit de la présomption, de l'hypothétique, de l'allégation, etc. Cette noble ambition a disparu des observations des professeurs. Plutôt que de rappeler des principes essentiels qui permettent que se tienne un procès équilibré, contradictoire et équitable, les professeurs préfèrent ici conforter la position d'accusateur du Procureur plutôt que son statut de partie.

61. C'est donc à la Chambre d'Appel qu'il revient de reprendre le flambeau et de réaffirmer que, pour qu'il y ait procès équitable, il est nécessaire que le Procureur apporte aux Juges au stade de la confirmation des charges des éléments suffisamment probants pour que les Juges soient convaincus de la nécessité de tenir un procès. Les Juges ne peuvent se contenter, comme voudraient le leur faire croire le Procureur suivi par les professeurs, de simples allégations. Le devoir d'un Juge est de ne pas se reposer sur de simples affirmations mais d'organiser un processus permettant à chacune des parties de s'exprimer et dans le cas de l'Accusation, de prouver ce qu'elle avance, afin que les Juges puissent se faire une opinion suffisamment éclairée. C'est le seul moyen de limiter la toute puissance d'un accusateur quel qu'il soit. A défaut, la liberté d'un homme ne dépendrait que de l'arbitraire de cet accusateur.

⁵³ ICC-02/11-01/11-503.

⁵⁴ Idem, par. 26.

⁵⁵ Idem, par. 31-35.

⁵⁶ Robinson, « The Identity Crisis of International Criminal Law » *Leiden Journal of International Law*, 21 (2008), pp. 925–963.



Emmanuel Altit

Conseil Principal de Laurent Gbagbo

Fait le 18 octobre 2013 à La Haye, Pays-Bas