



Original : français

N° : ICC-01/04-01/07
Date: 28 juillet 2008

LA CHAMBRE PRELIMINAIRE I

Composée comme suit : Mme la Juge Akua Kuenheyia, Juge Présidente
Mme la Juge Anita Usacka
Mme la Juge Sylvia Steiner

SITUATION EN REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO AFFAIRE *LE PROCUREUR* *c/Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*

PUBLIC

Conclusions de la Défense de Monsieur Mathieu Ngudjolo dans le cadre de
l'audience de confirmation des charges

Origine : Equipe 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

Mr. Luis Moreno-Ocampo
Mme Fatou Bensouda

Le conseil de la Défense de Germain Katanga

Me David Hooper
Mr. Goran Sluiter

Le Conseil de la Défense de Mathieu

Ngudjolo
Me Jean-Pierre Kilenda Kakengi Basila
Me Maryse Alié

Les représentants légaux des victimes Les représentants légaux des demandeurs

Me Bapita
Me Diakiese
Me Mulamba Nsokoloni
Me Keta
Me Gilissen

Les représentants légaux des demandeurs

Les victimes non représentées

Les demandeurs non représentés (participation/réparation)

Le Bureau du conseil public pour les victimes:

Mme Paolina Massida

Le Bureau du conseil public pour la Défense

Me Xavier-Jean Keita

Les représentants des États

L'amicus curiae

GREFFE

Le Greffier

Mme Silvana Arbia

La Section d'appui à la Défense

L'Unité d'aide aux victimes et témoins

La Section de la détention

I. Les faits de la procédure

1. Le Procureur près la Cour pénale internationale sollicite de la Chambre Préliminaire I le renvoi en jugement devant la Chambre de Première Instance de Messieurs Ngudjolo et Katanga dans le chef de qui il serait démontré des motifs substantiels de croire qu'ils ont commis des crimes relevant de la compétence de ladite Cour¹.
2. Les Représentants légaux des victimes approuvent ce réquisitoire qui font leurs les éléments de preuve présentés par l'Accusation et les déductions qu'elle en tire, postulant à leur tour le renvoi de Messieurs Ngudjolo et de Katanga en jugement².
3. Selon le Procureur, Monsieur Ngudjolo aurait commis, en coactivité criminelle avec Monsieur Katanga, treize crimes constitutifs de treize chefs d'accusation, à savoir et dans l'ordre : meurtre dans le village de Bogoro, constituant un crime contre l'humanité (Articles 7-1-a et 25-3-a ou b du Statut) ; meurtre ou homicide intentionnel dans le village de Bogoro, constituant un crime de guerre (Articles 8-2-c-i et 25-3-a ou b du Statut); actes inhumains dans le village de Bogoro, constituant un crime contre l'humanité (Articles 7-1-k et 25-3-a ou b du Statut); traitements cruels ou inhumains dans le village de Bogoro, constituant un crime de guerre (Articles 8-2-c-i ou 8-2-a-ii et 25-3-a ou b du Statut) ; utilisation d'enfants pour les faire participer activement à des hostilités, constituant un crime de guerre (Articles 8-2-e-vii ou 8-2-b-xxvi et 25-a ou b du Statut) ; esclavage sexuel faisant suite à l'attaque contre le village de Bogoro, constituant un crime contre

¹ Transcrit d'audience du 15 juillet 2008 ICC-01/04-01/07-T49-FRA, p. 3 lignes 1-7 : « Mesdames les Juges, Chers Confrères de la Défense et Représentants légaux des Victimes. L'Accusation va maintenant faire sa déclaration finale. Madame le Président, Mesdames les Juges, les éléments de preuve de l'Accusation présentés à l'occasion de cette audience de confirmation établissent des motifs substantiels de croire que Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui sont pénalement responsables des crimes qui leur sont imputés dans le document de notification des charges. » et p. 15 lignes 22-25 : « Par conséquent, Katanga et Ngudjolo sont chacun pénalement responsables des crimes commis par la FRPI et le FNI, crimes commis par ses combattants à Bogoro et aux alentours de Bogoro, quelle que soit l'autorité que chacun d'eux avait sur ses subordonnés. »

² Transcrit d'audience du 15 juillet 2008 ICC-01/04-01/07-T49-FRA, p. 29, Maître Jean-Louis Gilissen, lignes 14 à 18 : « La communauté humaine a besoin d'explications sur ce qui s'est passé à Bogoro. Qu'ils s'expliquent donc. Il est temps dès à présent, qu'ils soient jugés équitablement et justement, surtout équitablement et justement, Madame le Président, Mesdames les Juges, parce qu'en Ituri, la population martyre de cette contrée a besoin de justice. J'ai dit et je vous remercie. » Page 44 Maître Hervé Diakiese, lignes 24 et 25 et p. 45 lignes 1 et 2 : « (...) Vous fondant sur tous ces éléments et sur les déclarations des victimes que je représente, nous espérons humblement, Madame le Président, que vous confirmerez les charges à l'encontre des deux suspects et que vous les enverrez devant la Chambre compétente afin qu'ils puissent être jugés. » P. 54 Maître Bapita Carine , lignes 14 à 19 : « (...) Je fais miennes les propositions avancées par mes estimés Confrères, mais je m'en vais quand même attirer votre attention pour vous dire qu'il y a eu suffisamment d'éléments qui ont été présentés qui peuvent vous permettre, aujourd'hui, de pouvoir confirmer les charges imputées à MM. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo et les envoyer devant un juge pour qu'ils répondent de leurs actes. »

l'humanité (Articles 7-1-g et 25-3-a du Statut) ; esclavage sexuel faisant suite à l'attaque contre le village de Bogoro, constituant un crime de guerre (Articles 8-2-e-vi ou 8-2-b-xxii et 25-3-a ou b du Statut) ; viol faisant suite à l'attaque contre le village de Bogoro, constituant un crime contre l'humanité (Articles 7-1-g et 25-3-a ou b du Statut) ; viol faisant suite à l'attaque contre le village de Bogoro, constituant un crime de guerre (Articles 8-2-e-vi ou 8-2-b-xxii et 25-3-a ou b du Statut) ; atteinte à la dignité de la personne dans le village de Bogoro, constituant un crime de guerre (Articles 8-2-c-ii ou 8-2-b-xxi et 25-3-a ou b du Statut) ; attaque intentionnelle contre la population civile du village de Bogoro, constituant un crime de guerre (Articles 8-2-e-i ou 8-2-b-i et 25-3-a ou b du Statut) ; pillage à Bogoro, constituant un crime de guerre (Articles 8-2-b-xxi et 25-3-a ou b du Statut) et, enfin, destruction de biens dans le village de Bogoro et aux alentours de celui-ci, constituant un crime de guerre (Articles 8-2-e-xii ou 8-2-b-xiii et 25-3-a ou b du Statut)³.

4. Ces crimes, toujours selon l'Accusation, auraient été commis dans le cadre d'un conflit armé interethnique bénéficiant des appuis du Gouvernement de la RDC ainsi que de certains pays étrangers comme l'Ouganda et le Rwanda⁴.

5. Il aurait été question d'après le Procureur de déloger l'Union des Patriotes Congolais (l'UPC) de Thomas Lubanga de Bogoro qui était un point stratégique. Bogoro aurait fait les frais de la présence des unités combattantes de l'UPC et aurait donc été rayé de la carte. Cette attaque, toujours selon l'Accusation, résulterait d'un plan commun concocté par Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo par elle considérés comme les plus hauts commandants militaires de leurs mouvements respectifs, à savoir respectivement le F.R.P.I. et le F.N.I.⁵. La mise à exécution de ce plan commun aurait débouché sur le massacre d'au moins 200 personnes, des pillages divers, meurtres, assassinats, viols des femmes et esclavage sexuel de bon nombre d'entre elles⁶.

³ 'Submission of Amended Document Containing the Charges Pursuant to DecisionICC-01/04-01/07-648', Chambre Préliminaire, 26 juin 2008, ICC-01/04-01/07-649-Anx2A, pages.32-37.

⁴ Ibidem, ICC-01/04-01/07-649-Anx2A, paras 15, 16, 17 et 18.

⁵ Ibidem, ICC-01/04-01/07-649-Anx2A, paras 63-70.

⁶ Ibidem, ICC-01/04-01/07-649-Anx2A, paras 78-87.

6. Sur cette base, l'Accusation requiert le renvoi en jugement de Messieurs Ngudjolo et Katanga devant la Chambre de Première Instance de la Cour pénale internationale⁷. Il faut faire observer d'emblée qu'en vue d'incliner la Chambre Préliminaire à décider dans le sens souhaité par elle, l'Accusation a produit un certain nombre d'éléments probatoires composés pour l'essentiel de certains témoignages les uns anonymes et les autres non anonymes qui auraient à la fois mis à nu le plan commun susdit et l'imputabilité des crimes retenus dans le chef de Messieurs Ngudjolo et Katanga⁸.

7. En vue de démontrer le manque de fiabilité et de pertinence voire l'irrecevabilité de certains éléments de preuve produits par l'Accusation pour solliciter le renvoi en jugement de Monsieur Ngudjolo, la Défense de Monsieur Ngudjolo ('la Défense') estime indispensable de tenter une approche définitoire des éléments substantiels de croire que des crimes ont été commis et de s'attarder brièvement sur les conditions d'admissibilité de la preuve dans la procédure pénale.

II. Approche définitoire des motifs substantiels de croire que des crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale ont été commis

8. Le réquisitoire de renvoi en jugement dans le cadre de la confirmation des charges est prévu par l'Article 61(1) du Statut. L'Article 61(5) du Statut prescrit en cette occurrence que : « *A l'audience, le Procureur étaye chacune des charges avec des éléments de preuve suffisants pour établir l'existence de motifs substantiels de croire que la personne a commis le crime qui lui est imputé. Il peut se fonder sur des éléments de preuve sous forme de documents ou de résumés et n'est pas tenu de faire comparaître les témoins qui doivent déposer au procès.* » L'Article 61-7 du Statut précise en outre que : « *À l'issue de l'audience, la Chambre préliminaire détermine s'il existe des preuves suffisantes donnant des motifs substantiels de croire que la personne a commis chacun des crimes qui lui sont imputés. Selon ce qu'elle a déterminé, la Chambre préliminaire : a) Confirme les charges pour lesquelles elle a conclu qu'il y avait des preuves suffisantes et renvoie la personne devant une chambre de première instance pour y être jugée sur la base des charges confirmées ; b) Ne confirme pas les charges pour lesquelles elle a conclu qu'il n'y avait pas de preuves suffisantes ; c) Ajourne l'audience et demande au Procureur d'envisager :* »

⁷ Transcrit d'audience du 15 juillet 2008 ICC-01/04-01/07-T49-FRA.

⁸ 'Inventaire supplémentaire des éléments de preuve', 12 juin 2008, ICC-01/04-01/07-584-Conf-Anx2B.

i) D'apporter des éléments de preuve supplémentaires ou de procéder à de nouvelles enquêtes relativement à une charge particulière ; ou ii) De modifier une charge si les éléments de preuve produits semblent établir qu'un crime différent, relevant de la compétence de la Cour, a été commis.

9. Aucune disposition du Statut ni des autres textes pertinents régissant la procédure devant la Cour n'a défini la notion de « motifs substantiels ». A l'évidence, il ne s'agit pas, au stade de la confirmation des charges, de décider de la culpabilité ou de l'innocence de la personne. Il est simplement question pour la Chambre Préliminaire de vérifier si, au vu des éléments de preuve détenus par l'Accusation, il y a des raisons substantielles c'est-à-dire sérieuses de déférer cette personne en jugement devant la Chambre de Première Instance en étant convaincue que des raisons sérieuses de croire que les crimes sont imputables aux dites personnes existent.

10. La Défense rappelle que dans l'affaire Lubanga, la Chambre Préliminaire I avait clairement défini la notion de « motifs substantiels de croire » en s'appuyant à titre principal sur la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH). Elle précisait : « *À cet égard, dans l'arrêt Soering c. Royaume-Uni du 7 juillet 1987, la CEDH a défini ce critère comme prévoyant des « motifs sérieux et avérés de croire ». Dans une opinion partiellement dissidente et commune jointe à l'arrêt Mamatkulov et Akasrov c. Turquie, les juges Bratza, Bonello et Hedigan ont considéré que les « motifs substantiels de croire » devaient être définis comme « des raisons solides de croire ». Par ailleurs, dans cette même affaire, la Grande Chambre de la CEDH avait considéré les éléments dont elle disposait comme un tout* ⁹. Et la Chambre Préliminaire de conclure sur cette base que : « *la charge de la preuve qui pèse sur l'Accusation oblige cette dernière à apporter des éléments de preuve concrets et tangibles, montrant une direction claire dans le raisonnement supportant ses allégations spécifiques. De plus, le critère des « motifs substantiels de croire » doit permettre d'évaluer l'ensemble des éléments de preuve admis aux fins de l'audience de confirmation des charges, considérés comme un tout. À l'issue d'un examen rigoureux de l'ensemble de ces éléments, la Chambre déterminera si elle est intimement convaincue que les allégations de l'Accusation sont suffisamment solides pour renvoyer Thomas Lubanga Dyilo en jugement. À cet égard, la Chambre mettra en*

⁹ Procureur c/ Thomas Lubanga Dyilo, 'Décision sur la confirmation des charges', Chambre Préliminaire I, 29 janvier 2007, ICC-01/04-01/06-803, para. 38.

perspective les différentes déclarations de témoins avec le reste des éléments de preuve admis aux fins de l'audience de confirmation des charges, sans pour autant tous les référencer dans la présente décision¹⁰ ».

11. La Défense, à la lumière de cette jurisprudence rappelle donc que la charge de la preuve repose sur l'Accusation et que partant, aucun argument ne peut être tiré d'une absence de production d'éléments disculpatoires. En outre, il ne suffit pas que des éléments de preuve soient produits pour étayer les charges, encore faut-il que ceux-ci revêtent un caractère et une nature qui concourent à leur recevabilité.

12. Par ailleurs, la Défense tient à souligner que contrairement à ce qu'avancent certains Représentants légaux, les motifs substantiels ne peuvent être confondus avec une apparence de faits, une idée¹¹, une possibilité¹², et encore moins avec la seule réponse à la volonté des victimes persuadées que Messieurs Ngudjolo et Katanga ont commis les faits¹³. Il n'est d'ailleurs pas inutile de rappeler le principe de base qu'est la présomption d'innocence gouvernant tout procès pénal équitable.

III. Les éléments de preuve produits par l'Accusation doivent être fiables et pertinents pour fonder les motifs substantiels de croire que la personne a commis les faits qui lui sont imputés

13. Il ne suffit pas, selon la Défense, que des éléments de preuve soient produits : ils doivent être recevables, leur recevabilité étant tributaire notamment de leur légalité, de leur régularité, de leur fiabilité et de leur valeur probante. Car, aux termes de l'Article 69(4) du Statut, « *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.* »

¹⁰ Ibidem, ICC-01/04-01/06-803, para 39.

¹¹ ‘Soumissions écrites des victimes a/0333/07 et a/0110/08’, 22 juillet 2008, ICC-01/04-01/07-693, p.10.

¹² ‘Soumissions finales de la Représentante légale des victimes a/0327/07, a/0329/07, a/0330/07, a/0331/07, a/0038/08, a/0039/08, a/0043/08, a/0044/08, a/0046/08, a/0049/08, a/0050/08, a/0051/08, a/0055/08, a/0056/08, a/0057/08, a/0060/08, a/0061/08, a/0066/08, a/0067/08, a/0070/08, a/0073/08, a/0076/08, a/0077/08, a/0078/08, a/0079/08, a/0080/08, a/0083/08, a/0085/08, a/0088/08, a/0090/08, a/0092/08, a/0095/08, a/0096/08, a/0100/08, a/0101/08, a/0103/08, a/0104/08, a/0108/08, a/0109/08, 22 juillet 2008, ICC-01/04-01/07-691, para 50.

¹³ ‘Observations du Représentant Légal des victimes a/0015/08, a/0022/08, a/0024/08, a/0025/08, a/0027/08, a/0028/08, a/0029/08, a/0032/08, a/0033/08, a/0034/08 et a/0035/08 sur les éléments de preuve produits par le Procureur’, 22 juillet 208, ICC-01/04-01/07-689, para 28.

L'Article 69 (2) du Statut rappelle en outre que la présentation d'éléments de preuve écrits ne peut être ni préjudiciable ni contraire aux droits de la défense.

14. Henri Capitant confère trois sens au terme régularité. Dans un sens général, il signifie « *conformité à la règle, qualité de ce qui est conforme au droit, spécialement aux exigences de forme (régularité formelle). Vu sous l'angle de la procédure civile, c'est la qualité de ce qui appartient à l'acte valablement formé (sans vice de forme, ni irrégularité de fond). Enfin, le caractère de ce qui est constant dans sa périodicité.*

¹⁴ »

15. Condition en effet de la recevabilité de la preuve au pénal, la régularité vise « la loyauté » dans la recherche et dans l'obtention des preuves établissant la matérialité infractionnelle des faits imputés à une personne¹⁵. Elle ne saurait être confondue avec la légalité, elle aussi condition d'admissibilité de la preuve, qui « *recouvre les prescriptions et les interdictions expresses de la loi, et la régularité de la preuve qui vise les règles substantielles et les principes généraux de la procédure pénale.*

¹⁶ »

16. Concept à partir duquel se construit « la théorie de la preuve pénale admissible »¹⁷ grâce à laquelle l'intime conviction du juge ne peut être bâtie sur des moyens de preuve illégaux¹⁸ et irréguliers¹⁹, la loyauté est l'exigence de l'emploi des moyens honnêtes dans

¹⁴ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, Vocabulaire juridique, Paris, Presses Universitaires de France, 1987, p. 697.

¹⁵ Pour une approche conceptuelle de la loyauté, voyez de DE VALKENEER, CH., La tromperie dans l'administration de la preuve pénale, Larcier, Bruxelles, 2000, pp. 109-118. Il est fait référence à une abondante jurisprudence de la CEDH.

¹⁶ Voir, par exemple avec appui sur la jurisprudence de la CEDH, DU JARDIN, J., « La preuve en droit pénal et le respect des droits de la défense. Conclusions avant cassation 13 mai 1986, in Liber Amicorum Jean Du Jardin, Kluwer, Deurne, 2001, pp. 491-494 ; DU JARDIN, J., « De quelques aspects de l'évolution récente du droit de la preuve en matière pénale », in Annales de Droit de Louvain, vol. 60, 2000, pp. 145-157 ; BOSLY, H.-D., « La régularité de la preuve en matière pénale », in Journal des Tribunaux, 1992, pp. 121-128 plus précisément pp. 122-126 ; MASSET, A., « Limites de certains modes de preuve », in Les droits de la défense en matière pénale.

¹⁷ KUTY, F., « L'exigence de loyauté dans la recherche de la preuve pénale », note sous Cour militaire (Ch. Fr. Perm), 18 décembre 1997, in Revue de droit pénal et de criminologie, 1999, pp. 254-268 ; KUTY, F., « Regard sur la provocation policière et ses conséquences », observations sous Liège(4è ch. Corr.), 19 mai 1998, in Journal des Tribunaux, 1999, pp. 10-12 ; KUTY, F., « Lorsque Strasbourg déclare que la provocation policière vicié ab initio et définitivement tout procès pénal , observations sous Cour européenne des droits de l'homme », in Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles, 1998, pp. 1155-1156.

¹⁸ KUTY, F., « L'exigence de loyauté dans la recherche de la preuve pénale », note sous Cour militaire (ch.fr.perm.), in Revue de droit pénal et de criminologie, 1999, pp. 256-257, n° 7 : « *La preuve qualifiée d'illégale est celle en contravention avec une disposition légale ou réglementaire, de nature matérielle ou procédurale, d'origine nationale ou internationale. Il en est ainsi notamment en cas de violation d'une disposition de la Convention européenne des droits de l'homme ou du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, d'une violation du secret professionnel, du secret de la correspondance, des dispositions relatives à la soustraction frauduleuse de documents, etc. De même en est-il en cas de la violation d'une règle de*

l'administration de la justice. La loyauté en matière pénale, écrit Franklin Kuty, consiste en l'état d'esprit dont doivent être imprégnés, à tous les stades de la procédure pénale, les différents intervenants judiciaires soucieux du respect de la dignité humaine, des droits de la défense et des exigences de moralité et de dignité imposées à l'action de la justice²⁰.

17. Dans l'affaire *Unterpertinga contre l'Autriche* du 11 octobre 1984, la Commission Européenne des Droits de l'Homme avait souligné la valeur de l'admissibilité des preuves en ces termes au paragraphe 96 de son texte : « *Les règles relatives à l'admissibilité des preuves sont pourtant d'une importance fondamentale dans la mesure où l'un des éléments essentiels de la décision sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale réside précisément dans l'administration desdits éléments de preuve*»²¹.

18. La CEDH s'assure souvent de ce que « *les éléments de preuve relatifs aux poursuites (...) ont été recueillis d'une manière propre à garantir un procès équitable.* »²²(...) Il lui appartient encore de s'assurer que les moyens de preuve ont été présentés de manière à garantir un procès équitable.²³ »

19. Au regard des éléments de preuve exploités par le Procureur, la Défense se doit d'inviter la Chambre Préliminaire à examiner de près les conditions d'admissibilité desdits éléments de preuve et, partant, la valeur probante qu'il convient de leur conférer. La Défense ne croit pas en la valeur probante totale voire en la recevabilité de certains éléments de preuve produits par l'Accusation car leur production n'a pas obéi à toutes les conditions d'admissibilité requises en la matière. Conformément au prescrit de l'Article 61(6) (b) du Statut, Monsieur Ngudjolo bénéficie du droit de contester les éléments de

procédure garantissant la bonne réalisation des devoirs d'information et d'instruction, qu'elle soit stipulée dans un instrument international, dans le Code d'instruction criminelle ou dans une législation ou réglementation particulière. »

¹⁹ KUTY, F., *idem*, p. 257 : « D'autre part, sera qualifiée d'irrégulière la preuve obtenue grâce à un acte déloyal. Il s'agit donc de prendre en considération les valeurs considérées comme essentielles à une bonne administration de la justice et qui ne peut être formulées en tant que telles dans un texte. Ainsi, les éléments de preuve obtenus en violation d'un principe général du droit, du respect de la dignité humaine ou des droits de la défense seront déloyaux et, partant, qualifiés d'irréguliers. »

²⁰ KUTY, F., « L'exigence de loyauté dans la recherche de la preuve pénale », in *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1999, p. 266 n°24.

²¹ KUTY, F., Justice pénale et procès équitable. Notions générales. Garanties d'une bonne administration de la justice Volume I, De Boeck & Larcier, Bruxelles, 2006, note 2081.

²² CEDH, arrêt Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne du 6 décembre 1988 rendue en assemblée plénière, §83 cité par KUTY, F., *idem*, note 2098.

²³ CEDH, décision partielle sur la recevabilité, *A.H.P. c. Belgique* du 18 septembre 2001 rendue à l'unanimité, n° 49104, §8, cité par KUTY, F., *ibidem*, note 2101.

preuve produits par le Procureur. La Défense s'emploie ci-après à en faire la démonstration à partir de leur analyse critique.

IV. Les éléments de preuve du Procureur à l'épreuve des conditions d'admissibilité de la preuve

20. Le Procureur se base principalement sur les dépositions de 19 témoins directs et indirects ainsi que sur 3 résumés pour établir l'existence de motifs substantiels de croire que Monsieur Ngudjolo a commis les faits mis à sa charge. L'Accusation, lors des audiences des 3 et 4 juillet 2008 a présenté un série d'extraits des dites dépositions. Sa stratégie a consisté à apposer ces extraits les uns aux autres pour en tirer un réquisitoire qui se prétend logique et sans faille. Néanmoins, la Défense constate que le Procureur, en faisant abstraction de la faible qualité des éléments de preuve qu'il a transmis, n'a nullement éclairé la Chambre sur la fiabilité de ses sources²⁴ et n'a donc pas établi le degré de pertinence et la valeur probante des pièces produites. En effet, l'Accusation est partie du postulat de la recevabilité globale des éléments de preuve versés au dossier.

21. La Défense note que l'exposé du Procureur de nature narrative n'a en rien établi la preuve de la recevabilité des éléments de preuve et/ou leur valeur probante. La Défense relève que lors de ses remarques finales, de manière assez symptomatique, l'Accusation rappelait que les documents ne peuvent être lus isolément et doivent être analysés à la lumière de la liste des éléments de preuve²⁵. L'Accusation semble ainsi déplacer la responsabilité de la charge de la preuve pour la déléguer *in fine* à la Chambre. La Défense soumet dès lors respectueusement que ce faisant, l'Accusation s'est écartée du prescrit de l'Article 69 et l'Article 67 1 i) du Statut en postulant la recevabilité générale des preuves²⁶ sans établir en quoi ces preuves sont légales, fiables, pertinentes, probantes et partant

²⁴ La fiabilité est une composante de la recevabilité. Voir notamment TPIY *Procureur c. Zeynil Delalic et consorts*, ‘Décision relative aux requêtes orales de l’Accusation aux fins d’admission de la pièce 155 du dossier des éléments de preuve...’, affaire IT-96-21, Chambre de Première Instance, 19 janvier 1998, para. 32 et de manière plus générale paras 28-37 sur la recevabilité, voir <http://www.un.org/icty/celebici/trialc2/decision-f/80119EV25305.htm>.

²⁵ Transcrit du 15 juillet 2008, ICC-01/04-01/07-T49-FRA, p.8: « *L'Accusation voudrait rappeler que les documents, les dépositions des victimes ne peuvent pas, ne devraient pas être analysés comme des éléments isolés. Les documents et les déclarations doivent être analysés en tenant compte de l'ensemble des éléments de preuve apportés par l'Accusation* ».

²⁶ Voir ‘Prosecution’s Observations Addressing Matters that Were Discussed at the Confirmation Hearing’, 22 juillet 2008, ICC-01/04-01/07-692, para. 6.

recevables et sans considérer les effets préjudiciables de ces éléments de preuve sur l'équité du procès à son stade préliminaire.

22. La Défense entend démontrer à votre Chambre en quoi certains éléments de preuve ne sont pas fiables voire recevables du fait de leur nature et/ou de leur source, ou n'ont en raison de facteurs multiples qu'une valeur probante limitée ou enfin ne permettent pas de garantir l'équité du procès pénal. Il appartient à votre Chambre en vertu de l'Article 69 du Statut et du pouvoir discrétionnaire qui lui a été conféré, d'apprécier les éléments de preuve soumis par l'Accusation. En ce sens, il ne suffit pas au Bureau du Procureur, contrairement à ce que postulent certains Représentants légaux, de se limiter à étayer les charges conformément à l'Article 61 (5) du Statut, encore faut-il que les éléments de preuve sur lesquels il fonde sa théorie soient fiables, pertinents, probants et recevables²⁷. Inversement à ce qu'avance le Représentant légal des victimes a/0333/07 et a/0110/08, non seulement la Défense ne confond nullement les notions pouvant mener au rejet d'éléments de preuve mais confirme en outre que des problèmes inhérents aux éléments de preuve subsistent, problèmes qu'il est impératif de traiter conformément aux dispositions statutaires sus mentionnées. Un tel examen est nécessaire à l'appréciation des motifs substantiels en ce qu'il touche de manière fondamentale les droits de la défense²⁸. Il n'y a aucune excuse à tirer du stade de la procédure pour faire l'économie d'un examen rigoureux des pièces du dossier.

23. La Défense aborde dans les présentes conclusions les objections principales qu'elle a développées oralement lors de l'audience de confirmation des charges, à savoir : la preuve par ouï-dire (1), les dépositions et documents relatifs à des personnes décédées (2), l'audition de personnes mineures d'âge (3), l'utilisation de résumés non corroborés (4), les photographies (5), les réinstallations préventives par le Bureau du Procureur (6), les contacts de divers acteurs avec les témoins avant auditions (7), le double statut de témoin-suspect (8), le double statut de témoin-victime (9), et les faits similaires (10).

²⁷ ICC-01/04-01/07-689, Op.cit, para. 25 ; ICC-01/04-01/07-691, Op.cit, para. 48.

²⁸ ICC-01/04-01/07-693, Op.cit, p.9. Voyez également ICC-01/04-01/07-691, Op.cit, para. 47.

1. La preuve par ouï-dire

Remarque liminaire

24. Parmi les témoins cités par le Procureur, certains n'étaient pas présents lors de l'attaque de Bogoro. En outre, l'Accusation se réfère pour établir l'existence de motifs substantiels à des rapports onusiens ou à des documents émanant d'Organisations non gouvernementales (ONG). Ces éléments relèvent du ouï-dire. Si la preuve par ouï-dire n'est pas automatiquement exclue en droit international pénal, force est de constater qu'il revient à l'Accusation de prouver sa pertinence et sa valeur probante²⁹. Cette obligation est d'autant plus grande qu'à ce stade la Défense n'a pas eu la possibilité de contre-interroger les témoins de l'Accusation, contre-interrogatoires pourtant nécessaires lorsque des éléments de preuve indirects sont utilisés³⁰.

25. La Défense insiste également sur la prise en compte du contexte particulier dans le cadre duquel le ouï-dire s'est développé. En ce sens, le TPIY a estimé que les circonstances de dépositions devaient être considérées pour en apprécier la valeur probante, précisant : “*For the reasons inherent to an armed conflict, thousand of people are displaced, detained or even killed. Under such conditions, it can be expected that the witnesses will refer to events which others, and not they themselves, experienced. This, however, may be considered only on the basis of parity between the parties and on respect for the rights of the accused as expressed in internationally recognised standards*³¹.”

²⁹ TPIY *Procureur c/ Naser Oric*, affaire IT-03-68, Jugement, Chambre de Première Instance, 30 juin 2006, para. 23. <http://www.un.org/icty/oric/trialc/judgement/ori-jud060630e.pdf> ; voir également *Procureur c/ Brđjanin*, affaire IT-99-36, Jugement, Chambre de Première Instance, 1 Septembre 2004, para. 29: “*With respect to documentary hearsay evidence, the Prosecution must prove its relevance and probative value beyond reasonable doubt, whereas the Defence is only required to prove the relevance and probative value of such evidence on a balance of probabilities.*” <http://www.un.org/icty/brdjanin/trialc/judgement/brd-tj040901e.pdf>.

³⁰ TPIY *Le Procureur c/ Zlatko Aleksovski*, ‘Arrêt relatif à l'appel du procureur concernant l'admissibilité d'éléments de preuve’, affaire IT-95-14/1, Chambre d’Appel, 16 février 1999, para. 15, voir <http://www.un.org/icty/aleksovski/appeal/decision-f90216EV39049.htm>: «*Puisque cette preuve est admise pour prouver la véracité de ce qui y est dit, une Chambre de première instance doit être convaincue que, envisagée dans cette perspective, elle est crédible en ce sens qu'elle est volontaire, véridique et digne de foi et elle peut à cette fin prendre en compte à la fois le contenu de la déclaration et les circonstances dans lesquelles elle a été faite; ou comme l'a dit le juge Stephen, la valeur probante d'une telle déclaration dépend du contexte et du caractère du moyen de preuve en question. L'impossibilité de contre-interroger la personne qui a fait les déclarations et le fait qu'il s'agit ou non d'un témoignage de première main sont aussi à prendre en compte dans l'appréciation de la force probante de l'élément de preuve. Le fait que la preuve est indirecte ne la prive pas nécessairement de sa force probante mais on admet que l'importance ou la valeur probante qui s'y attache sera habituellement moindre que celle accordée à la déposition sous serment d'un témoin qui peut être contre-interrogé, encore que même cela dépend des circonstances extrêmement variables qui entourent ce témoignage.*

³¹ TPIY *Procureur c/ Blaškić*, ‘Decision on Standing Objection of the Defence to the Admission of Hearsay with no Inquiry as to its Reliability’, affaire IT-95-14-T, Chambre de Première Instance, 21 Janvier 1998, para. 4.

Votre Chambre devra donc être particulièrement attentive au contexte entourant le ouï-dire dans le cadre du présent dossier.

26. La Défense pour permettre une évaluation sérieuse des éléments de preuve par ouï-dire avancés par le Procureur souhaite se référer ici à l'arrêt ‘Parhat’ tout récemment rendu par la Cour d’Appel du district de Columbia aux Etats-Unis, arrêt qui précise certaines exigences quant à l’admissibilité de la preuve par ouï-dire. Ces exigences *mutatis mutandis* peuvent guider votre Chambre à plus d’un titre³². La Cour a posé différents pré requis notamment la fiabilité et la force probante en tant que critères fondant la recevabilité d’un élément de preuve³³. La Cour a estimé par ailleurs que 1/ la connaissance de la source d’information est impérative³⁴; 2/ il est nécessaire pour la défense d’être en possession des éléments de preuve à décharge afin d’évaluer la valeur des éléments de preuve par ouï-dire sur le(s) point(s) visé(s) par l’Accusation³⁵; et 3/ la répétition d’informations similaires n’est pas un moyen suffisant pour démontrer la fiabilité d’un élément de preuve par ouï-dire³⁶.

³² *Parhat V. R. Gates, Secretary Of Defense And Al.*, US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 06-1397, 20 juin 2008, <http://www.fas.org/sgp/jud/parhat.pdf>.

³³ Ibidem p. 25: « *As the Supreme Court explained in Concrete Pipe, in the course of discussing the nature of “the burden of showing something by a ‘preponderance of the evidence’”:* “*Before any such burden can be satisfied in the first instance, the factfinder must evaluate the raw evidence, finding it to be sufficiently reliable and sufficiently probative to demonstrate the truth of the asserted proposition with the requisite degree of certainty*”.

³⁴ Ibidem p.2: “*The Tribunal’s findings regarding the Uighur group rest, in key respects, on statements in classified State and Defense Department documents that provide no information regarding the sources of the reporting upon which the statements are based, and otherwise lack sufficient indicia of the statements’ reliability*”.

³⁵ Ibidem p.20-21: “*Finally, the government relies on the interview report of a single Uighur detainee, Akhdar Basit, which states that Basit told the interviewer that a leader at the camp told him that the camp....In any event, the government’s reliance on Basit’s interview report is problematic because the CSRT was not provided with exculpatory evidence on the same point...Because the Tribunal was not afforded the opportunity to consider contrary evidence, we cannot conclude that reliance on the interview report “was consistent with the standards and procedures specified by the Secretary of Defense.” DTA § 1005(e)(2)(C)(i). We express no opinion as to whether the Recorder’s failure to present exculpatory evidence to the CSRT serves as an independent ground for invalidating the Tribunal’s entire determination.* Et p.30: “*Indeed, the Navy Memorandum expressly directs agencies with “reasonably available information . . . bearing on the issue of whether the detainee meets the criteria to be designated as an enemy combatant” either to provide the information to the Tribunal or to provide “an acceptable substitute,” which “may include an unclassified or, if not possible, a lesser classified, summary of the information.” Navy Memorandum at E-1 § E(3)*”.

³⁶ Ibidem p.28: “*First, the government suggests that several of the assertions in the intelligence documents are reliable because they are made in at least three different documents. We are not persuaded....many of those assertions are made in identical language, suggesting that later documents may merely be citing earlier ones, and hence that all may ultimately derive from a single source. Second, the government insists that the statements made in the documents are reliable because the State and Defense Departments would not have put them in intelligence documents were that not the case. This comes perilously close to suggesting that whatever the government says must be treated as true, thus rendering superfluous both the role of the Tribunal and the role that Congress assigned to this court*”.

27. Enfin, la Défense affirme de manière claire que contrairement à ce qu'avance l'Accusation, la notion de ouï-dire n'est en rien la panacée des juridictions nationales³⁷. Ainsi, la présente analyse qui fait référence à certains systèmes nationaux ainsi qu'aux avancées dessinées par les Tribunaux internationaux *ad hoc* est en pleine conformité avec l'objet et le but de la Cour ainsi que les dispositions statutaires la régissant, dont l'Article 21. Par conséquent, cette analyse est de nature à éclairer votre Chambre dans son examen des motifs substantiels.

Les rapports onusiens et autres

28. Quant à l'utilisation de rapports onusiens ou 'ONG', la Défense soumet qu'il a été mis en avant, par la jurisprudence du TPIY notamment, que leur recevabilité est contingente d'une démonstration préliminaire. Cette démonstration touche la condition de fiabilité de la méthodologie utilisée dans la compilation des informations contenues dans lesdits rapports et ce en raison de la nature intrinsèque de ces rapports : le ouï-dire³⁸. Un tel contrôle s'avère impératif dans la mesure où les enquêtes de terrain peuvent varier grandement en termes de qualité et sont souvent loin de répondre aux critères et garanties gouvernant les enquêtes pénales.

³⁷ ICC-01/04-01/07-692, Op.cit., para. 8.

³⁸ Voir au TPIY *Procureur c/ Milutinovic et al.*, 'Decision on Evidence Tendered Through Sandra Mitchell and Frederick Abrahams', affaire IT-05-87, 1 September 2006, <http://www.un.org/icty/milutino87/trialc/decision-e/060901.pdf>, para. 14: "Attachment Four, like the two reports, does not provide the Trial Chamber with any basis for assessing the reliability of its contents. Additionally, the attachment, like the reports, "do[es] not identify the persons interviewed, leaving the sources of [its] critical information largely anonymous." The Witness, like Ms. Mitchell, played "a supervisory role with regard to the collection and analysis of the information gathered from persons" and "did not state [in the letter] that [the Witness] ever took any of these statements". These similarities alone likely would be enough to preclude the Trial Chamber from finding Attachment Four reliable, but there is one salient dissimilarity which underscores the Prosecution's failure to establish the reliability of the attachment in question. Unlike the evidence proffered through Ms. Mitchell and Mr. Abrahams, Attachment Four is not presented along with a substantive description of the Organisation's "methods . . . for recording the [testimonial] information contained in [the attachment]." The methods for calculating the attachment's statistical information are described but the Witness's letter simply states that the Kosovo Emergency "[u]dates set out inter alia, the reason refugees gave, when interviewed by our staff, for leaving Kosovo." There is no explanation of the conditions under which the interview occurred, the amount of time they lasted, the number of people interviewed, the questions asked, the consistency with which the questions were posed or any number of details which would enable the Trial Chamber to decide upon Attachment Four's reliability. In addition, the fact that the statements in the attachment constitute second-hand or even more removed, hearsay serious weakens whatever probative value they might otherwise possess. The Prosecution has therefore not demonstrated that the attachment meets the requirements of rule 89. Assuming for the sake of argument, that it were admissible, the Trial Chamber would decline to admit the attachment because under the circumstances fairness would require that those who have made the accusations concerning Serb forces – or, at the very least, those who claim to have heard such accusations made – appear for cross-examination, and that is not presented as an option".

29. La Défense constate que l'Accusation n'a pas été à même d'expliquer la méthodologie utilisée et partant, la fiabilité de ces rapports. De plus, la Défense note également que les sources citées dans ces rapports ne sont ni identifiées ni identifiables. Un exemple très illustratif de la faible valeur probante à apporter à de tels rapports réside dans la position avancée par le Procureur quant aux prétendues admissions des faits par Monsieur Mathieu Ngudjolo. En dépit du fait que votre Chambre ait ordonné que l'Accusation modifie le document détaillé des charges en supprimant le paragraphe 92 faisant état de soi-disant aveux de Monsieur Ngudjolo³⁹, l'Accusation, dans la présentation de son dossier, est revenue sur ces prétendus aveux. La Défense relève à nouveau qu'il s'agit de pur ouï-dire dont les sources ne sont nullement identifiées.

30. Ainsi, l'Accusation s'est référée dans sa présentation orale au rapport du Secrétaire général de l'ONU au Conseil de sécurité⁴⁰: la Défense constate que ce document ne constitue pas *per se* des aveux de Monsieur Ngudjolo et ne peut en aucun cas être interprété comme tel. Il en est de même du rapport de la MONUC sur lequel se base l'Accusation pour conclure à des aveux de Monsieur Ngudjolo⁴¹. En outre, la Défense estime que dans la mesure où les circonstances de l'enquête de la MONUC ne sont pas connues, il n'y a aucune raison de conclure à la force probante d'indications précisées dans le rapport en question. Force est de constater que s'il s'agissait d'interroger Monsieur Ngudjolo comme suspect, l'Article 55 du Statut aurait du être appliqué, *quod non*.

31. Par ailleurs, il est notoire que les enquêtes de terrain relatives aux droits de l'Homme ne sont pas comparables avec les enquêtes judiciaires au sens strict du terme. Il va de soi pour les raisons sus évoquées que les informations contenues dans le rapport MONUC ne sont nullement recevables. A ce titre, la Défense ne souhaite pas revenir sur ce qu'elle a déjà longuement exposé en termes de requête⁴², arguments qui ont pour rappel, mené à la suppression du paragraphe 92 du document détaillé des charges. Par contre, elle souhaite attirer votre attention sur l'irrecevabilité des documents utilisés par le Procureur pour tenter de rapporter à nouveau la preuve d'aveux émis par Monsieur Ngudjolo. En effet,

³⁹ 'Decision on the Three Defences' Requests Regarding the Prosecution's Amended Charging Document', Chambre Préliminaire I, 25 juin 2008, ICC-01/04-01/07-648, para. 35.

⁴⁰ DRC-OTP-0129-0267 à la page 288.

⁴¹ DRC-OTP-0152-0286 à la page 304, para.67.

⁴² 'Requête de la Défense de Monsieur Mathieu Ngudjolo en vue de solliciter la suppression du paragraphe 92 du document relatif à la notification des charges en application de l'Article 61-3-a du Statut', Chambre Préliminaire I, 10 juin 2008, ICC-01/04-01/07-575-Conf.

l'Accusation est partie du postulat de base que le rapport de la MONUC et le rapport du Secrétaire général au Conseil de sécurité étaient des documents qui ne portent aucun doute quant à leur contenu, ceci sans prendre la peine d'éclairer plus amplement votre Chambre sur la manière et la base dont cette information a été collectée.

32. Les rapports onusiens ou ONG ne peuvent à l'estime de la Défense servir d'éléments de preuve dans la mesure où il s'agit essentiellement de compilations d'informations, tout au plus d'évaluations ou de commentaires d'évènements factuels mais nullement de sources directes. A ce titre Knoops, en procédant à une analyse de l'affaire Kordic⁴³ a souligné : "[...] it can be said that intelligence reports insofar as they transmit hearsay information, are eligible for exclusion from international criminal evidence unless the author of report obtained the intelligence information directly from the source or declarant and thus merely collated the materials in the report⁴⁴". In casu, de telles sauvegardes n'existent pas.

33. La Défense estime également que votre Chambre peut légitimement s'inspirer de l'arrêt 'Parphat' susmentionné en ce que l'on ne connaît nullement la source de l'information rapportée dans les documents querellés. Il ne suffit pas, à l'estime de la Défense, de donner foi à un rapport fusse t-il onusien. Par ailleurs, un autre parallèle avec l'arrêt 'Parphat' peut être fait au sujet des documents à décharge qui devaient être divulgués de manière à pouvoir pleinement évaluer le poids d'une information rapportée par ouï-dire. A ce titre, votre Chambre n'est pas à même d'évaluer ces rapports dans la mesure où l'ensemble des informations à décharge qui viendraient contrebalancer ces propos n'ont pas encore été divulguées à la Défense en raison du recours extensif par l'Accusation à l'Article 54 (3) (e) du Statut.

Les témoignages

34. Comme il a été mentionné ci-dessus certains témoins ne sont pas témoins directs des faits mais rapportent ce que d'autres auraient vécu ou entendu. C'est le cas notamment du

⁴³ Voir notamment au TPIY *Procureur c/ Kordic et Cerkez*, 'Decision on the Prosecutor Application to Admit the Tulica Report an Dossier into Evidence', affaire 95-14/2, 29 Juillet 1999, paras. 19-20, voir <http://www.un.org/icty/kordic/trialc/decision-e/90729EV58864.htm>.

⁴⁴ G.J.A. KNOOPS, Theory and Practice of International and Internationalized Criminal Proceedings, Kluwer Law International, La Haye, 2005, page 230.

témoin 166 que la Défense choisit à titre d'exemple⁴⁵. Sa déposition est sujette à caution et ce, à plus d'un titre. Premièrement la Défense relève que cette personne bénéficie de statuts multiples : outre celui de témoin de l'Accusation, elle a été interrogée comme suspect et s'est également vu reconnaître le statut de victime dans la présente procédure⁴⁶.

35. Deuxièmement, ce témoin a établi une liste de personnes qui seraient décédées durant l'attaque de Bogoro⁴⁷ alors même qu'il n'était pas présent lors des faits. *In casu*, les sources sur lesquelles se base le témoin 166 ne sont pas connues. Ceci contribue à une cascade de preuves par ouï-dire qui ne peut être considérée comme recevable. Aucun autre élément corroborant n'est fourni par l'Accusation à ce sujet, la Défense estime à nouveau que votre Chambre peut légitimement s'inspirer tant de la jurisprudence 'Lubanga'⁴⁸ que de l'arrêt 'Parhat' susmentionné en ce que notamment l'on ne connaît nullement la source de cette information.

36. A ce titre la Défense avance que la lecture des documents relatifs au témoin 166⁴⁹ contredit fondamentalement les conclusions du Procureur aux paragraphes 13 et 14 de ses observations⁵⁰. En effet, Les sources initiales de l'information ne sont pas connues, les premières listes ayant servi à étayer la compilation ne sont pas jointes, on ignore d'ailleurs si elles sont toujours existantes. La Défense ne dispose d'aucune information sur la date précise ni sur le lieu de ces soi-disant entretiens. Aucune information non expurgée n'est fournie sur la nature d'un des intermédiaires (Comité des rescapés de Bunia). La liste sur laquelle l'Accusation se base pour établir des faits incriminants n'est en fait qu'une compilation de 3 listes dont la source première n'est pas connue. Cela ne relève plus du simple oui-dire mais du double voire du triple oui-dire, et cela pour des informations d'importance capitale pour la confirmation ou non des charges.

⁴⁵ Les documents se rapportant à ce témoin sont : DRC-OTP-1007-0002, DRC-OTP-1007-0026, DRC-OTP-1007-0027, DRC-OTP-1007-0029, et DRC-OTP-1007-0083.

⁴⁶ Sur cette question voir infra point 9 'Le double statut de témoin et de victime'.

⁴⁷ Document DRC-OTP-1007-0029.

⁴⁸ *Procureur c/ Thomas Lubanga Dyilo*, 'Décision sur la confirmation des charges', Chambre Préliminaire I, 29 janvier 2007, ICC-01/04-01/06-803, para 106 : « *S'agissant du témoignage de Kristine Peduto, des rapports d'ONG, des courriers électroniques et des articles de presse qui contiennent des preuves indirectes émanant de sources anonymes, la Chambre déterminera leur valeur probante à la lumière d'autres éléments de preuve, eux aussi admis aux fins de l'audience de confirmation des charges. Cependant, consciente des difficultés que de tels éléments peuvent poser à la Défense concernant la possibilité de vérifier leur véracité et leur authenticité, la Chambre décide que de manière générale, elle n'utilisera ces éléments indirects émanant de sources anonymes qu'en vue de corroborer d'autres éléments de preuve* ».

⁴⁹ DRC-OTP-1007-0002, paras 66-85.

⁵⁰ ICC-01/04-01/07-692, Op.cit., paras 13 et 14.

37. En outre, dans sa présentation relative aux charges de destructions de biens et de pillages, le Procureur fonde sa base factuelle à titre principal sur le témoin 166. Ladite base est en réalité une description présentée par ce témoin. La Défense de Monsieur Ngudjolo constate que le Procureur a omis de présenter le contexte de sa déclaration. Le témoin 166 souligne : « *j'ai appris des destructions dans Bogoro à travers les récits des rescapés et j'ai pu le constater moi-même quand je suis retourné à Bogoro en août 2005⁵¹* ». Partant, la liste des destructions est établie sur base du ouï-dire reposant sur une, voire plusieurs sources non identifiées. Le témoin 166 précise lui-même n'être pas rentré avant août 2005 à Bogoro, soit plus d'un an et demi après les faits. En outre, divers témoins ont fait état de plusieurs attaques de Bogoro respectivement en 2001, 2002 et 2003⁵². Il est dès lors impossible d'établir un lien causal, sauf à échafauder des suppositions, entre les destructions et l'attaque de Bogoro de 2003.

38. Le défaut de mise en contexte de la déclaration du témoin 166 amène selon la Défense à une certaine distorsion de la vérité. En effet, l'Accusation déduit l'établissement de faits sur base des dires d'une personne alors que cette dernière n'a pas été personnellement témoin. Par ailleurs, les arguments avancés par la Représentante légale des victimes a/0327/07 et suivantes relèvent d'une pure conjecture factuelle et sont juridiquement infondés⁵³.

39. Au vu des moyens sus développées, la Défense estime que les documents en lien avec le témoin 166 ne peuvent être déclarés recevables par votre Chambre dans son appréciation des motifs substantiels.

2. Les dépositions et documents relatifs à des personnes décédées

40. La Défense relève que les témoins 258 et 167 sont décédés. De manière liminaire et générale, la Défense rappelle qu'il est dès lors désormais impossible de sonder la crédibilité de leur propos par le biais du contre-interrogatoire. Max et Powles avaient

⁵¹ Para. 93 du document DRC-OTP-1007-0002.

⁵² Voyez par exemple les déclarations du témoin 233 : DRC-OTP-1007-0061, para 26 et suivants.

⁵³ ICC-01/04-01/07-691, Op.cit, para. 34 et suivants.

relevé à juste titre que : « *An ambiguity in a statement by a deceased person where there is no firm ground on which a jury can resolve the ambiguity will render such a statement inadmissible*⁵⁴ ». La Défense estime que les documents liés aux témoins décédés devraient être déclarés irrecevables *in limine* en raison de l'impossibilité générale de trouver une alternative à la contre-interrogation. En outre, la Défense estime que le défaut de valeur probante des éléments de preuve relatifs à ces deux témoins doit conduire à leur irrecevabilité en vertu de l'Article 69 (4) du Statut et de la Règle 122 (9) du RPP.

Remarques spécifiques au témoin 258

41. Ce témoin décédé a également été interrogé comme suspect⁵⁵. La Défense de Monsieur Ngudjolo rejoint les arguments juridiques développés par la Défense de Monsieur Katanga en termes de requête écrite⁵⁶. En outre, la Défense constate qu'aucune explication quant au décès de ce témoin n'a été donnée par l'Accusation. Ces éléments sont des indices supplémentaires de nature à mettre en cause la fiabilité de ce témoignage qui est loin de rencontrer les conditions de base pour sa recevabilité. La Défense estime que dans la mesure où un sous-statut ne devrait pas être conféré à l'audience de confirmation des charges, il n'y a aucune raison d'accorder une recevabilité imméritée à un témoignage qui ne pourrait être accepté dans le cadre du procès, si procès il y a.

⁵⁴ R. MAY et S. POWLES, *Criminal Evidence*, 5ème édition , Sweet & Maxwell, Londres, 2004, page 195.

⁵⁵ Transcrit de la déposition commençant à la référence DRC-OTP-0173-0560.

⁵⁶ ‘Defence Written Submissions on Fact and Law pursuant to Rule 121(9)’, Chambre Préliminaire I, 24 juin 2008, ICC-01/04-01/07-641-Conf. La Défense rejoint plus particulièrement les développements juridiques énoncés aux paragraphes 31, 38 et 41 à 49 de la requête écrite, paragraphes dans lesquels sont avancés le manque de crédibilité d'un témoin qui pourrait être considéré comme un co-auteur ou un participant au plan commun ainsi que les problèmes liés au droit d'un suspect à l'assistance d'un avocat et le droit à garder le silence. Voir également la jurisprudence du TPIY concernant la recevabilité du témoignage d'une personne décédée. *Procureur c/ Milutinovic et al.*, ‘Decision on Prosecution motion for admission of evidence pursuant to rule 92 quarter’, affaire IT-05-87, Chambre de Première Instance, 16 Février 2007, para. 7. <http://www.un.org/icty/milutino87/trialc/decision-e/070216.pdf>: “(a) the circumstances in which the statement was made and recorded, in particular (i) whether the statement was given under oath; or (ii) whether the statement was signed by the witness with an accompanying acknowledgement that the statement is true to the best of his or her recollection; and whether the statement was taken with the assistance of an interpreter duly qualified and approved by the Registry of the Tribunal; (b) whether the statement has been subject to cross - examination; (c) whether the statement, in particular an unsworn statement that has never been subject to cross - examination, relates to events about which there is other evidence; and (d) other additional factors, such as the absence of manifest or obvious inconsistencies in the statement”; voir également dans la même affaire ‘Decision on Prosecution’s rule 92 bis Motion’, IT-05-87, Chambre de Première Instance, 4 juillet 2006, paras 20-22, <http://www.un.org/icty/milutino87/trialc/decision-e/060704.pdf> ; *Procureur c/ Kordic et Cerkez*, ‘Decision on appeal regarding statement of a deceased witness’, affaire IT-95-14/2, Chambre d’Appel, 21 juillet 2000, par. 27, <http://www.un.org/icty/kordic/appeal/decision-e/00721EV313608.htm> ; *Procureur c/ Aleksovski*, ‘Decision on Prosecutor’s appeal on admissibility of evidence’, affaire IT-95-14/1, Chambre d’Appel, 16 février 1999 <http://www.un.org/icty/aleksovski/appeal/decision-f/90216EV39049.htm>.

Remarques spécifiques au 167

42. Outre les arguments juridiques développés par la Défense de Monsieur Katanga en termes de requête écrite et orale⁵⁷, la Défense tient à rappeler que, pour considérer un document comme authentique, la Chambre doit s'assurer qu'il existe des indices suffisants de fiabilité pour justifier son admission,⁵⁸ c'est à dire « un certain degré de pertinence » et un « certain degré de valeur probante »⁵⁹. Il revient à l'Accusation d'établir une preuve *prima facie* de fiabilité avant qu'une pièce puisse être admise⁶⁰, ce que l'Accusation est en défaut de prouver *in casu*.

43. Le témoin 167 présente un récit de plus de 400 pages que l'on peut qualifier davantage de mémoire que de journal. Ce document avait été manifestement destiné à la vente par son auteur⁶¹. Il est important de garder cet objectif à l'esprit : en effet, le document n'a jamais été produit avec l'intention d'être utilisé dans le cadre d'une procédure judiciaire. La Défense note à ce sujet que les juridictions en Angleterre et aux USA excluent l'admission de livres, journaux et articles comme moyens de preuve⁶². Partant, il ne serait pas sérieux d'accorder au document produit par le témoin 167 la foi que l'on accorderait à

⁵⁷ ‘Defence Written Submissions on Fact and Law pursuant to Rule 121(9)’, Chambre Préliminaire I, 24 juin 2008, ICC-01/04-01/07-641-Conf, paras 60 à 66. Transcrit du 2 juillet 2008, ICC-01/04-01/07-T41-FRA, page 9, La Défense rejoint plus particulièrement les arguments tirés de l'absence de signature, de date, et le manque de clarté sur la provenance desdits manuscrits qui ne permettent pas une authentification fiable. Ces éléments doivent conduire à l'irrecevabilité du témoignage.

⁵⁸ TPIY *Procureur c/ Bagosora et al.*, ‘Decision on Ntabakuze motion to deposit certain United Nations documents’, affaire ICTR-96-7, Chambre de Première Instance, 19 mars 2007, para. 3, voir ; *Procureur c/Bagosora et al.*, ‘Decision on admission of tab 19 of binder produced in connection with appearance of witness Maxwell Nkole’, affaire ICTR-96-7, Chambre de Première Instance, 13 septembre 2004, para.8, voir, <http://69.94.11.53/default.htm>.

⁵⁹ TPIY *Procureur c/ Hadzihasanovic et Kubura*, ‘Décision rendant publique la décision confidentielle relative à l’admissibilité de certaines pièces contestées et des pièces aux fins d’identification’, IT-01-47, Chambre de Première Instance, 2 août 2004, para. 38; <http://www.un.org/icty/hadzihas/trialc/decision-f/040802.pdf>.

⁶⁰ Voir à cet effet la jurisprudence du TPIY, plus particulièrement *Procureur c/ Naletilić & Martinović*, ‘Decision on the Admission of Exhibits Tendered During the Rejoinder Case’, affaire IT-98-34, Chambre de Première Instance, 23 Octobre 2002, p. 2, voir <http://www.un.org/icty/naletilic/trialc/decision-e/25163211.htm> ; *Procureur c/ Naletilić & Martinović*, ‘Decision on the Admission of Exhibits Tendered Through Witness Jadranko Martinović’, affaire IT-98-34, Chambre de Première Instance, 3 Septembre 2002, p. 2, <http://www.un.org/icty/naletilic/trialc/decision-e/11111151.htm> ; *Procureur c/ Kordić and Čerkez*, ‘Decision on Appeal Regarding Statement of a Deceased Witness’, affaire IT-95-14/2-AR73.5, Chambre d’Appel, 21 Juillet 2000, paras 18-28, <http://www.un.org/icty/kordic/appeal/decision-e/00721EV313608.htm> ; *Procureur c/ Aleksovski*, ‘Decision on Prosecutor’s Appeal on Admissibility of Evidence’, affaire IT-95-14/1-AR73, Chambre d’Appel, 16 Février 1999, <http://www.un.org/icty/aleksovski/appeal/decision-e/90216EV36313.htm>.

⁶¹ Veuillez la lettre portant référence DRC-OTP-0140-522.

⁶² D.D. BLINKA. ‘Practical Inconvenience’ or Conceptual Confusion: The Common-Law Genesis of Federal Rule of Evidence 703’, (1927) 20 American Journal of Trial Advocacy 467, citant Henry Wade Rogers, *The Law of Expert Testimony* 2nd ed. (1991) (1891).

des documents divulgués à des fins judiciaires. Il est inutile de tergiverser davantage sur le caractère soit romancé, soit excessif, soit purement littéraire du récit.

44. Le « mémoire » produit par le témoin 167 est un récit discontinu, plutôt contradictoire et sans lien avec les faits mis à charge contre Monsieur Ngudjolo. Certains paragraphes n’ont d’ailleurs aucun lien avec l’histoire de la RDC en soi⁶³. Dans le même sens, la Défense ignore quelles ont été le ou les sources du témoin⁶⁴.

45. La Défense note également que certains passages sont illisibles⁶⁵. De plus, le document contient plusieurs écritures. Sans vouloir s’ériger en graphologues nous n’avons pas d’assurance quant à l’auteur du récit. Aucune étude authentifiant ces documents n’a été menée. La Défense relève néanmoins suite à un examen minutieux qu’elle soumet respectueusement à la Chambre, deux écritures principales⁶⁶ et deux écritures secondaires⁶⁷ qui semblent démontrer le travail d’auteurs différents.

46. En outre, le document n’a pas été rédigé au moment des faits, il voit donc sa valeur probante largement diminuée⁶⁸. Généralement, devant les juridictions pénales

⁶³ Voyez à titre d’exemple les éléments référencés sous les numéros DRC-OTP-0140-553 pages 554, 556 et 558, DRC-OTP-0140-577, page 578 et 580, DRC-OTP-0140-604, page 605.

⁶⁴ *Budlong v. Budlong* 136 Atl. 308 (R. I. 1927) “The plaintiff’s right to inherit from her father depended on her legitimacy to prove that she was illegitimate the defendant offered a book entitled “Register Warwick Farm,” which contained entries in chronological order from 1846 to 1896. The matron of the Warwick poor farm produced the book and testified that four years before the trial she found the book in a desk in the office. The lower court allowed the book in evidence. Held, on appeal, that admitting the book was error since there was no evidence to show the identity of the entrant or his source of knowledge, or that the entries were made pursuant to a duty, and because the entry, relevant to the case, was not made contemporaneously with the facts recorded” in ‘Evidence--Admissibility of Book Entries’, (1927) 36 Yale Law Journal 1184.

⁶⁵ Voyez notamment DRC-OTP-0140-664 page 677, et DRC-OTP-0140-678, pages 682, et 686.

⁶⁶ Voyez par exemple DRC-OTP-0140-561 aux pages 571, DRC-OTP-0140-698 aux pages 700, 703, 705, 707, 708, 719, 720, 723, 724, DRC-OTP-0140-839 aux 842, 843, 844.

⁶⁷ DRC-OTP-0140-867 à la page 881 et DRC-OTP-0140-900, à la page 924.

⁶⁸ En ce sens Carla Del Ponte avait insisté sur l’importance du caractère contemporain d’un document précisant: “In circumstances in which the Prosecution is reconstructing events sometimes years after the fact, evidence which originates from the time period when the crimes were committed is crucial. Though testimonial evidence could be included in this category of evidence, reference in this section is to contemporaneous documentary, audio or video tape records.[...] But access to contemporaneous records, notes, videos, minutes of meetings, orders, diaries, intercepts and photographs not only creates a clearer picture of what transpired but also provides a more accurate portrayal of the players at the time when viewed in light of the events on the ground. “[...] Another valuable piece of contemporaneous evidence has turned out to be the personal diaries of those who have been involved, particularly those involved with the most senior political or military leaders. Often these diaries provide a detailed record of what transpired at particular meetings, who was present and what was said, especially when no official records or minutes are kept.[...].” (2006) 4(3) *Journal of International Criminal Justice* 539-558 <http://jicj.oxfordjournals.org/cgi/content/full/4/3/539#RFN60>, d’abord publié sur le net le 28 juillet 2006, *Journal of International Criminal Justice Advance Access*; Voyez également devant la Cour Internationale de Justice, dans l’affaire Congo c. Ouganda : “In the Congo v. Uganda case, the Court was faced with a very complex set of facts and vast amount of documentation provided by both Parties. It undertook a

internationales, le caractère contemporain des documents, c'est-à-dire rédigés à l'époque des faits, est décisif quant à la crédibilité des informations y relatées.

47. Knoops suite à une analyse jurisprudentielle fait état de ce que le TPIY semble avoir établi quatre critères afin de déterminer si oui ou non un document type journal de guerre peut être recevable comme preuve dans le cadre d'une procédure pénale internationale. Ces critères peuvent être présentés comme suit : (1) le caractère contemporain de la production du document; (2) la vérification de son authenticité, par exemple par le biais de l'écriture ; (3) l'authentification du document par le constat d'absence de falsification ou d'altération ; (4) la pertinence du contenu sur la procédure d'établissement de la vérité au regard des charges⁶⁹.

48. Par conséquent, au vu de ces critères clairs et des éléments sus évoqués, la Défense sollicite que soient écartés du débat sur la confirmation des charges, les documents relatifs au témoin 167 dans la mesure où ils sont manifestement irrecevables.

3. L'audition de personnes mineures d'âge

49. La Défense ne conteste pas *per se* l'audition d'enfants mineurs comme semble l'avoir compris certains Représentants légaux⁷⁰. Au contraire, elle souhaite attirer l'attention de la Chambre sur les circonstances des dites auditions, circonstances de nature à mettre en

detailed evaluation of the evidence, examining the origin, authenticity and reliability of each source in addition to its substantive content. The Court stated that it would treat with caution evidentiary materials specially prepared for this case and also materials emanating from a single source. It would prefer contemporaneous evidence from persons with direct knowledge and give particular attention to reliable evidence acknowledging facts or conduct unfavourable to the State represented by the person making them. République Démocratique du Congo c/ Ouganda, Jugement, I.C.J. Reports 2005, p. 201, para. 61.

⁶⁹ G.J.A. KNOOPS, Op.cit., page 21. En outre, la Défense note que les indices de fiabilité qui ont été retenus pour l'admission en qualité de preuve par la jurisprudence des Tribunaux ad hoc comprennent des éléments qui *in casu* sont absents ou invérifiables, à savoir: le lieu de saisie du document, la chaîne de détention du document, la corroboration du contenu du document avec d'autres éléments de preuve, la nature du document, la présence d'une signature, l'un tampon et la forme d'écriture manuscrites. Voir notamment au TPIR *Procureur c/ Bagosora et al.*, 'Decision on Admission of Tab 19 of Binder Produced in Connection with Appearance of Witness Maxwell Nkole', Case No. ICTR-98-41-T, Chambre de Première Instance, 13 September 2004, para. 8 et 22, <http://69.94.11.53/default.htm> ; au TPIY *Procureur c/ Delalić et al.*, 'Decision on Application of Defendant Zejnil Delalić for Leave to Appeal Against the Decision of the Trial Chamber of 19 January 1998 for the Admissibility of Evidence', affaire IT-96-21-AR 73.2, Chambre d'Appel., 4 March 1998, para. 18, <http://www.un.org/icty/celebici/appeal/decision-e/80304a13.htm>.

⁷⁰ Contrairement à ce qu'avance le Représentant légal des victimes a/0009/08 et autres, la Défense n'a jamais contesté l'authenticité des témoignages de mineurs d'âge. Voir ICC-01/04-01/07-690, Op.cit., para 15 et suivant.

doute leur valeur probante. La question est d'autant plus cruciale que ces enfants ont été interrogés des heures durant et ce pendant plusieurs jours.

50. L'Article 54 du Statut détermine les devoirs et pouvoirs du Procureur en matière d'enquête. L'Article 54 (1) (b) du Statut précise qu'il : « *Prend les mesures propres à assurer l'efficacité des enquêtes et des poursuites visant des crimes relevant de la compétence de la Cour. Ce faisant, il a égard aux intérêts et à la situation personnelle des victimes et des témoins, y compris leur âge, leur sexe, tel que défini à l'article 7, paragraphe 3, et leur état de santé ; il tient également compte de la nature du crime, en particulier lorsque celui-ci comporte des violences sexuelles, des violences à caractère sexiste ou des violences contre des enfants* ». Cet article est à examiner en relation avec l'Article 68 (1) du Statut qui a trait à la protection et à la participation au procès des victimes et des témoins et qui stipule : « *La Cour prend les mesures propres à protéger la sécurité, le bien-être physique et psychologique, la dignité et le respect de la vie privée des victimes et des témoins. Ce faisant, elle tient compte de tous les facteurs pertinents, notamment l'âge, le sexe tel que défini à l'article 7, paragraphe 3, et l'état de santé, ainsi que la nature du crime, en particulier, mais sans s'y limiter, lorsque celui-ci s'accompagne de violences à caractère sexuel, de violences à caractère sexiste ou de violences contre des enfants. Le Procureur prend ces mesures en particulier au stade de l'enquête et des poursuites. Ces mesures ne doivent être ni préjudiciables ni contraires aux droits de la défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial* ». La Défense estime qu'indéniablement ces articles font peser sur le Bureau du Procureur un devoir de vigilance accrue et l'obligation de prendre des mesures de précautions pour l'audition de mineurs.

51. In Casu, l'audition de mineur et le consentement et/ou la présence d'un adulte responsable à l'audition pose problème. Le témoin 28 a été interrogé en l'absence de tout consentement d'une personne adulte responsable⁷¹. Le témoin 157 précise au paragraphe 9 de sa déposition : « *je vis présentement chez [expurgé] et il a donné son consentement à ce que je participe à cette audition. Je n'ai toutefois pas besoin qu'il soit présent lors de la rencontre* ⁷² ». Par ailleurs, le témoin mineur 279 a été interrogé suite au consentement

⁷¹ Document DRC-OTP-0155-0106.

⁷² Document DRC-OTP-0164-0534.

d'une personne inconnue⁷³. Le témoin mineur précise: « *[expurgé] a donné son consentement pour que je participe à la présente déposition en l'absence de mon père qui ne pouvait m'accompagner à [expurgé] pour l'audition* ». La Défense ignore la qualité de cette personne adulte et ses liens avec le témoin et ne sait si elle est restée présente ou non au moment de l'audition.

52. Dans de nombreux systèmes de ‘common law’ comme de ‘droit civil’, l’audition d’enfants mineurs est strictement régulée, notamment aux fins de perturber l’enfant le moins possible et de limiter au maximum le traumatisme d’une audition⁷⁴. A l’évidence, les mineurs d’âge sont vulnérables et donc influençables. Auditionnés avec le consentement et en la présence d’une personne adulte responsable est pour la Défense une exigence minimale pour garantir la crédibilité de leur propos. May et Powles procédant à l’examen de la conduite d’interview ont insisté sur la vulnérabilité des enfants⁷⁵. Dans le même sens, Damien Vandermeersch a écrit au sujet d’enfants victimes d’abus sexuels des propos qui sont tout à fait applicables aux auditions susmentionnées. Il constatait pour justifier la mise en place de moyens techniques particuliers : « *En raison du jeune âge et de la position de l’enfant-témoin, le recueil de son témoignage en justice soulève des questions spécifiques. La restitution écrite en justice des dires et des non-dits d’un enfant appelé à relater devant un interrogateur l’abus dont il aurait été victime, est un exercice particulièrement difficile. La relation des faits par l’enfant est fonction de ses capacités de mémorisation et d’expression. Elle peut également être chargée d’émotions et d’appréhensions que l’enfant maîtrise mal*

⁷⁶ ».

53. La Défense se pose de multiples questions quant à la manière dont les auditions des témoins mineurs 28, 157 et 279 se sont déroulées et dans quelle mesure ces témoins vulnérables ont pu ou non être influencés par les enquêteurs. En tout état de cause, la

⁷³ Document DRC-OTP-1007-1077.

⁷⁴ Voyez notamment en Grande-Bretagne ‘Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: Guidance for Vulnerable or Intimidated Witnesses, including Children’, Home Office Communication Directorate, voir <http://www.homeoffice.gov.uk/documents/achieving-best-evidence/>; les Articles 91bis à 101 du Code d’instruction criminelle belge ; les Articles 706-47, 706-52 et 706-53 du Code de procédure pénale français ; Article 864 du Code de procédure pénale roumain.

⁷⁵ Voir R. MAY et S. POWLES, Op. cit., page 565. “*Since the children, and some vulnerable witnesses, may be more open to suggestion and also more vulnerable to oppression than ordinary witnesses, particular care must be exercised in the conduct of any interviews with them. The mishandling of such an interview may affect a trial at which the witness subsequently gives evidence*”.

⁷⁶ D. VANDERMEERSCH, ‘La place de la parole de l’enfant dans la problématique des abus sexuels, le point de vue d’un juriste’, in La place de la parole de l’enfant, entre vérités et responsabilités, P. COLLART et J. SOSSON (sous la dir. de), Academia Bruylant, Louvain-la-Neuve, 2007, p.89.

Défense sollicite que votre Chambre n'accorde qu'un poids limité à ces déclarations puisque le consentement d'un adulte responsable est incertain voire inexistant et que l'on ne dispose pas d'indication certaine quant à l'adéquation le cas échéant des mesures prises par le Bureau du Procureur pour procéder à l'audition de mineurs.

54. Triffterer soulignait dans son commentaire du Statut que "*as envisaged in other parts of the Statute (cf Article 42 and 36 para. 8 -b), the Prosecutor must achieve his goals through the use of personnel/investigators with legal and psychological expertise on trauma and crimes against women and children.*"⁷⁷ On peut légitimement déduire de ce commentaire que la présence d'experts légaux et psychologiques pour encadrer l'audition d'enfants mineurs d'âge est hautement souhaitable. Ce type de mesures est en lien avec l'Article 54 (1) (b) du Statut et plus précisément la responsabilité du Procureur quant à éviter tout autre traumatisme aux victimes et témoins⁷⁸.

55. Le Bureau du Procureur n'a soumis aucune observation orale à propos des mesures prises dans le cadre de l'audition des mineurs. Ce n'est qu'*a posteriori* qu'il a tenté d'apporter un certain éclairage⁷⁹. La Défense constate pour le témoin 28, la présence d'une experte adjointe chargée des victimes au Bureau du Procureur en début d'audition⁸⁰ ; pour le témoin 157, la présence d'un psychologue et experte adjointe chargée des victimes en début d'audition⁸¹ ; et pour le témoin 279, une référence est faite à une psychothérapeute légiste⁸². Sans vouloir entreprendre un procès d'intention à l'égard de l'Accusation, la Défense n'est pas en mesure de vérifier plus avant le déroulement approprié des auditions.

56. La Défense relève par ailleurs que la présence d'un représentant légal (au sens tuteur) semble avoir été envisagée par la Chambre de Première Instance dans l'affaire Lubanga, comme un pré requis à l'audition d'enfant mineur⁸³. Par ailleurs, la Défense relève que le Tribunal Spécial pour la Sierra Leone (TSSL) a clairement précisé qu'il n'existe aucune base légale pour conclure *de facto* au respect des règles et pratiques gouvernant l'audition

⁷⁷ O. TRIFFTERER (sous la dir. De), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, C.H. Beck, Hart et Nomos, Munich, 2008, 2ème éd., p.1282.

⁷⁸ O. TRIFFTERER, Op.cit., p.1081.

⁷⁹ ICC-01/04-01/07-692, Op.cit.,paras 15 et suivants.

⁸⁰ Para 2 de la déclaration référencée sous le numéro DRC-OTP- 0155-0106.

⁸¹ Para 1 de la déclaration référencée sous le numéro DRC-OTP-0164-0535.

⁸² Para 1 de la déclaration référencée sous le numéro 1007-1077.

⁸³ Procureur c/ Thomas Lubanga Dyilo, 'Decision on Certain Practicalities Regarding Individuals who Have the Dual Status of Witness and Victim', Chambre de Première Instance, 5 juin 2008, ICC-01/04-01/06-1379, paras 67 et 72.

de témoins⁸⁴. Dans cette même décision, le TSSL rappelait la nécessité d'examiner ce type de témoignages avec vigilance⁸⁵.

57. Sur base des éléments sus évoqués, la Défense sollicite que seule une faible valeur probante soit accordée aux dépositions en cause. Ni les arguments présentés par les Représentants légaux ni ceux présentés par l'Accusation n'apparaissent de nature à obvier cette demande.

4. L'utilisation de résumés non corroborés

58. La Défense n'ignore pas l'Article 61 (5) du Statut qui autorise l'utilisation de résumés pour l'audience de confirmation des charges. Par ailleurs, l'utilisation de résumés a été admise par la jurisprudence de votre Chambre. La Défense relève qu'en application de la décision *ex parte* du 3 avril 2008 re-classifiée par les décisions 643 et 644 du 25 juin 2008, l'usage de résumés pour les déclarations des témoins 243⁸⁶ et 267⁸⁷ a été autorisé par la Chambre Préliminaire. Le résumé du témoin 271⁸⁸ a également été autorisé par la décision 428 du 25 avril 2008.

59. Néanmoins, la Défense fait référence au considérant figurant à la page 6 de ladite décision: “*CONSIDERING that, in the current case, [REDACTED] at this stage of the proceedings, the Single Judge is of the view that the use of summaries that corroborates other evidence is not prejudicial to, or inconsistent with the rights of the suspects.*” Un arrêt de la Chambre d'Appel rendu dans l'affaire Lubanga le 14 décembre 2006 renforce ce considérant⁸⁹. Au paragraphe 40 de cet arrêt la Chambre d'Appel avait précisé :

⁸⁴ Tribunal Spécial pour la Sierra Léone, *Procureur c/ Fofana et Kondewa*, ‘Ruling On Defence Oral Application To Call Otp Investigators Who Took Down In Writing Statements Of Prosecution Witness TF2-021’, SCSL-04-14-T-328, Chambre de Première Instance, 7 décembre 2004, , Para 15, voir <http://www.scsl.org/Documents/CDF/SCSL-04-14-T-328.pdf>.

⁸⁵ Ibidem, para 23: “*It is important to mention that in this peculiar and almost extreme case we are confronted with the testimony and out-of-court statements of a prosecution witness, a child witness, who, without equivocation or hesitation, repudiated significant and highly contentious portions of his statements to the investigators, bearing in mind of course, that the testimonies of this category of witnesses should, either as a matter of law or practice, be examined with some degree of judicial vigilance in view of their particular susceptibilities*”.

⁸⁶ DRC-OTP-1016-0089.

⁸⁷ DRC-OTP-1016-0106.

⁸⁸ DRC-OTP-1019-0223.

⁸⁹ *Procureur c/ Thomas Lubanga Dyilo*, ‘Arrêt relatif à l'appel interjeté par Thomas Lubanga Dyilo contre la décision de la Chambre préliminaire I intitulée ‘Première décision relative aux requêtes et aux requêtes

« l'utilisation de résumés de déclarations de témoins et d'autres documents lors de l'audience de confirmation des charges s'agissant de témoins à charge dont l'identité n'a pas été révélée à la Défense avant ladite audience est, en principe, permise par le Statut et le Règlement, pour autant que ces résumés soient utilisés d'une façon qui ne soit ni préjudiciable ni contraire aux droits de la Défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial ». Au paragraphe 51 de son jugement, la Chambre d'Appel avait insisté sur le fait que : « l'analyse faite par la CEDH revêt tout autant de pertinence dans le cadre du présent appel : si la Chambre préliminaire prend des mesures suffisant à garantir que l'utilisation de résumés d'éléments de preuve dans les circonstances décrites plus haut ne sera ni préjudiciable ni contraire aux droits de la Défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial, alors cette utilisation est acceptable. Il conviendra de statuer au cas par cas, en tenant également compte de la nature particulière de l'audience de confirmation des charges. Dans des cas comme celui qui nous occupe, la Chambre préliminaire devra notamment garder à l'esprit que la capacité de la Défense de contester les éléments de preuve produits par le Procureur à l'audience de confirmation des charges est amoindrie non seulement par le recours à des témoins anonymes mais également par l'utilisation de résumés sans communication préalable à la Défense des déclarations de témoins et autres documents originaux correspondants ». Partant, il apparaît clairement que l'utilisation de résumés pour des faits ou déclarations non corroborés est irrecevable si et dans la mesure où une telle utilisation est préjudiciable pour les droits de la défense.

60. Le Procureur a omis d'étayer en quoi et comment les informations contenues dans les résumés des dépositions des témoins 243 et 271 sont corroborées par d'autres informations. Concernant le témoin 243 par exemple, la seule référence à ce témoin se trouve à la page 25 du transcript d'audience du 4 juillet 2008, référence où l'Accusation présente les faits avancés par ce témoin anonyme. Aucune corroboration des faits décrits par ce témoin n'est démontrée ni même esquissée par l'Accusation. Quant aux faits décrits dans le résumé de la déposition du témoin 271, la même conclusion s'impose : ils ne sont pas corroborés. En effet, une expérience similaire ou des faits analogues vécus par une personne n'est pas une corroboration des faits vécus par une autre⁹⁰. Une corroboration de

modifiées aux fins d'expurgations introduites par l'Accusation en vert de la règle 81 du Règlement de procédure et de preuve”, Chambre d'Appel, 14 décembre 2006, ICC-01/04-01/06-773.

⁹⁰ Voir transcript de l'audience du 4 juillet, ICC-01/04-01/07-T-43-FRA, p. 20 à 31.

la conclusion à laquelle l'Accusation veut arriver n'est pas l'objet de la corroboration nécessaire. Celle-ci doit être intrinsèque aux faits avancés par un témoin.

61. Par ailleurs, dans sa soumission écrite, l'Accusation avance de manière sommaire une nouvelle lecture de la corroboration en se contentant d'affirmer d'une part que l'information est confirmée par d'autres témoins (ceci sans donner de référence de dépositions) ainsi que par les similarités entre les deux résumés⁹¹. Il va de soi que ces propos ne peuvent en aucun cas être considérés comme corroborant.

62. L'absence de corroboration des incidents développés dans les résumés de témoignages est préjudiciable aux droits de la défense en ce qu'aucune information n'est contrôlable et que ces développements touchent directement à la responsabilité pénale de Monsieur Ngudjolo. La Défense estime que ces résumés de témoignages doivent être déclarés irrecevables en application de la décision du 3 avril 2008 sus mentionnée.

63. Dans ses observations orales et écrites, le Procureur a avancé que la Chambre ne peut imposer une corroboration en raison du prescrit imposé par l'Article 66 (3) du Statut⁹². Le Procureur estime que l'argument avancé par la Défense est juridiquement incorrect. Or, il n'en est rien. En effet, l'Accusation outre le fait de nier la jurisprudence de votre Chambre, confond manifestement deux notions, à savoir la preuve sous l'Article 66 (3) et l'utilisation de résumés. Certes, si l'Article 66 (3) prévoit qu'il n'y pas d'obligation juridique de corroborer la preuve des crimes sexuels, il n'en va pas de même de l'utilisation de résumés. En effet, l'utilisation de résumé est autorisée mais comme l'établit la jurisprudence susmentionnée, ces résumés doivent être corroborés et ne peuvent être préjudiciables aux droits de la Défense. La Défense estime que des résumés de dépositions non corroborées émanant de témoins anonymes est hautement préjudiciable aux droits de la défense, notamment parce qu'il est clair que la Défense n'a aucune possibilité de vérifier une quelconque crédibilité ni force probante du fait par exemple qu'elle ne sait rien desdits témoins⁹³ et qu'elle n'a jamais eu accès aux dépositions dans leur totalité. La Défense estime que, en tentant d'écartier cette objection, l'Accusation a

⁹¹ ICC-01/04-01/07-692, Op.cit., para. 21.

⁹² Transcrit du 15 juillet 2008, ICC-01/04-01/07-T-49-FRA, p.12. et ICC-01/04-01/07-692, Op.cit.,para. 21.

⁹³ La Défense ignore, par exemple, si ces personnes ont un casier judiciaire, si elles ont été considérées comme suspects et interrogées conformément à l'article 55 du Statut ou non, si ces personnes ont été réinstallées, etc, autant d'éléments pourtant nécessaires à une évaluation correcte des éléments de preuve soumis par le Procureur.

tenté d'usurper le rôle d'arbitre final qui doit nécessairement revenir à votre Chambre en matière d'évaluation des éléments de preuve. Partant et à titre subsidiaire, même si vous deviez déclarer ces résumés recevables, la Défense estime que seule une faible valeur probante devrait leur être accordée.

5. Les photographies

64. L'Accusation a présenté diverses photos à l'appui de son dossier. Selon May et Powles, lorsque l'on fait usage d'éléments photographiques l' "*inspection of the photograph may itself reveal what is sought to be proved*"⁹⁴. Les documents photographiques doivent donc aider à prouver les allégations de l'Accusation. *In casu*, les éléments photographiques non seulement ne sont pas soumis à la cohérence ou à l'incohérence potentielle du dossier (puisque par exemple, des données aussi basiques que la correspondance entre les impacts et le type d'armes utilisées par les combattants n'ont pas été prouvées par l'Accusation⁹⁵) mais en outre, ils ne peuvent être considérés en tant que tels comme éléments de preuve pour les raisons expliquées ci-après. Les photos des cicatrices seront distinguées des photos de l'Institut de Bogoro.

65. La Défense relève également que des auteurs tels que Marschall ont précisé qu'avant d'admettre une photographie, son authenticité doit être prouvée⁹⁶. Le photographe doit donc prouver qu'il a effectivement pris la photographie et quand et où il l'a prise ; il faut également pouvoir vérifier que les épreuves photos viennent de négatifs non retouchés. L'Accusation sur qui repose la charge de la preuve n'a apporté à l'audience aucune précision à ce propos.

⁹⁴ R.MAY, S.POWLES, Criminal Evidence, 5ème édition, Sweet & Maxwell, Londres, 2004, paras 2-12, page 17 : partie sur "Photographs as evidence".

⁹⁵ Sur ce point la Défense insiste sur le défaut de pertinence de l'analyse présentée par un des représentants légaux durant l'audience de confirmation des charges. Voyez transcrit 7 juillet p.11 en anglais (chercher la page en français). Par ailleurs, la Défense estime que les soumissions finales de la Représentante légale des victimes a/0327/07 et autres sont tout à fait irrelevantes pour déclarer les photographies recevables. Cfr. ICC-01/04-01/07-691, para. 42 et suivants.

⁹⁶ Ndson v Ashby [1896] 2 Ch. 1, 21, per A.L. Smith L.J. ; Masqsd Ali [1966] 1 Q.B. 688 page 701, per Marshall J., dans Criminal Evidence, op. cit, 5ème Edition, paras 2-11, page 17.

Les photos des cicatrices

66. L'Accusation a présenté plusieurs photos de personnes montrant des cicatrices. Ces photos concernent plus précisément les témoins 132⁹⁷ et 287⁹⁸. Deux problématiques se posent en rapport avec ces photos : leur date et leur lien causal avec les charges.

67. En effet, la Défense constate que ces photos ne sont pas contemporaines aux faits⁹⁹. De plus, l'Accusation n'a produit aucun rapport médico-légal supportant une expertise scientifique. On ne sait dès lors, ni dater l'origine de la blessure ni en déterminer la nature et la cause.

68. La preuve du lien causal entre ces photos et les blessures résultant éventuellement d'un geste de combattants n'a nullement été établie par l'Accusation. Dans ses observations écrites, l'Accusation se contente d'affirmer que « *the photographs are self-evidence* » et d'expliquer qu'elles illustrent les blessures des victimes¹⁰⁰. A l'évidence, ces propos ne rencontrent pas les standards les plus élémentaires en matière d'établissement de la preuve. Par conséquent, la Défense estime que votre Chambre ne dispose pas des éléments nécessaires afin d'accorder une quelconque valeur probante à ces photos. Elles doivent donc être écartées.

Les photos de l'Institut de Bogoro

69. L'Accusation a produit à l'appui de son dossier des photos de l'intérieur et de l'extérieur de l'Institut de Bogoro. Ces photos ont été prises le 28 février 2007 et le 1^{er} mars 2007¹⁰¹. L'Accusation dit simplement vouloir lier ces photos à une appréciation de la taille du bâtiment, des environs et de la première classe où un témoin aurait été détenu. La Défense constate néanmoins qu'un des Représentants légaux a tenté de présenter une expertise balistique dénuée de tout fondement et pertinence¹⁰².

⁹⁷ DRC-OTP-1016-0216, DRC-OTP-1016-0217, DRC-OTP-1016-0218, DRC-OTP-1016-0219, et DRC-OTP-1016-0220

⁹⁸ DRC-OTP-1013-0252, DRC-OTP-1013-0253, DRC-OTP-1013-0254, et DRC-OTP-1013-0255.

⁹⁹ Selon les informations divulguées par l'Accusation, elles datent respectivement des 14 janvier 2007 et 29 juillet 2007.

¹⁰⁰ ICC-01/04-01/07-692, Op.cit., paras 23-25.

¹⁰¹ DRC-OTP 1012-0011, 0014,0020, 0024, 0033, 0035, 0036, 0038, 0098, 0099, 0102, 0105 et DRC-OTP 1018-0202, 0203, 0204, 0205, 0206 et 0207.

¹⁰² Transcrit du 7 juillet 2008, ICC-01/04-01/07-T-44-FRA, p.11-12.

70. Tant certains témoins¹⁰³ que l'Accusation ont fait état de plusieurs attaques de Bogoro respectivement en 2001, 2002 et 2003 ainsi que d'une situation trouble qui a régné en Ituri tant avant qu'après la troisième attaque de Bogoro, le 24 février 2003. Dans la mesure où l'Accusation n'est pas à même de démontrer que ces photos sont incontestablement liées au résultat de l'attaque de Bogoro du 24 février 2003, la Défense estime qu'il n'y a aucune raison de leur accorder une quelconque valeur probante. Par voie de conséquence, lesdites photos doivent être écartées des débats.

6. Les réinstallations préventives de témoins par le Procureur

71. La problématique de la réinstallation préventive de témoins par le Bureau du Procureur est pour rappel actuellement pendante devant la Chambre d'Appel¹⁰⁴. Dans le cadre du présent dossier, cinq témoins ont été réinstallés de manière préventive par l'Accusation. Il s'agit selon les informations produites par le Bureau du Procureur des témoins 28, 132, 238, 250 et 287.

72. La Défense constate que le TPIR notamment a traité cette question cruciale en ordonnant à l'Accusation, dans le cadre de l'affaire Bizimungu et consorts, de produire les informations relatives à toutes les dépenses qui auraient été consenties pour le témoin D¹⁰⁵. Dans l'affaire Martic au TPIY, la Chambre avait estimé tout comme l'Accusation que les circonstances de la réinstallation d'un témoin avaient jeté des doutes sur sa

¹⁰³ Voyez par exemple la déclaration du témoin 233 référencée sous le numéro DRC-OTP-1007-0061, paras 26 et suivants.

¹⁰⁴ Voyez notamment les documents suivants : 'Prosecution's Application for Leave to Appeal the Decision on the Evidentiary Scope of the Confirmation Hearing and Preventive Relocation', 28 avril 2008, ICC-01/04-01/07-453 ; 'Decision on the Requests for leave to appeal the Decision on Evidentiary Scope of the Confirmation Hearing, Preventive Relocation and Disclosure under Article 67(2) of the Statute and Rule 77 of the Rules', Chambre Préliminaire I, 20 mai 2008, ICC-01/04-01/07-483-Conf; 'Prosecution's Document in Support of Appeal against the Decision on the Evidentiary Scope of the Confirmation Hearing and Preventive Relocation', 2 juin 2008, ICC-01/04-01/07-541 ; 'Victims and Witnesses Unit's considerations on the system of witness protection and the practice of "preventive relocation"', 12 juin 2008, ICC-01/04-01/07-585 ; 'Defence Response to Prosecution's Document in Support of Appeal against the Decision on the Evidentiary Scope of the Confirmation Hearing and Preventive Relocation', 13 juin 2008, ICC-01/04-01/07-591; 'Observations de la Défense de Monsieur Mathieu Ngudjolo sur l'Acte d'appel du Procureur relatif à la Décision intitulée 'Decision on the Evidentiary Scope of the Confirmation Hearing and Preventive Relocation', 3 juillet 2008, ICC-01/04-01/07-659 ; 'Prosecution's Response to "Victims and Witnesses Unit's considerations on the system of witness protection and the practice of 'preventive relocation'"', 7 juillet 2008, ICC-01/04-01/07-664.

¹⁰⁵ TPIR, *Le Procureur c/ Casimir Bizimungu et al.*, 'Decision On Prosper Mugiraneza's Motion For Records Of All Payments Made Directly or Indirectly to Witness D, Rule 68 of the Rules of Procedure and Evidence', Chambre de Première Instance , affaire ICTR-99-50-T, 28 septembre 2006, voir <http://69.94.11.53/default.htm>.

crédibilité¹⁰⁶. La Défense estime donc, sans vouloir faire de procès d'intention à l'égard de qui que ce soit, qu'il ne peut être fait abstraction par votre Chambre de ce type de considérations et partant, de questionner la crédibilité de ces témoins, ceci peu importe le stade de la procédure.

73. Par ailleurs, l'Accusation dans sa réplique aux observations émises par la Section de protection des victimes fait état de ce que ses enquêteurs ont des contacts permanents avec les témoins et qu'elle peut recourir à un personnel sur le terrain pour effectuer des enquêtes si nécessaire¹⁰⁷. Ces propos du Bureau du Procureur sont, à l'estime de la Défense, particulièrement préoccupants et contestables, ceci en dépit des observations de l'Accusation¹⁰⁸ qui ne remettent nullement en cause les conclusions de la Défense. Les témoins sachant qu'ils dépendent entièrement pour leur sécurité du Bureau du Procureur ne peuvent manifestement qu'être manipulés par ledit lien de dépendance.

¹⁰⁶ TPIY, *Procureur c/ Martic*, Jugement, Chambre de Première Instance, IT-95-11, 12 Juin 2007, paras 37-38, <http://www.un.org/icty/martic/trialc/judgement/mar-tcjed070612e.pdf>: “Witness MM-003 testified from 8 to 10 March 2006. In its Final Trial Brief, the Prosecution accepted that the evidence of Witness MM-003 should be examined “with care” since “he sought and received assistance from the OTP in order to remain in the country where he is now living”. The Defence submitted that this would be a factor negating the credibility of his testimony. On 9 April 2007, the Prosecution sent a letter to the Defence disclosing details of its assistance provided to Witness MM-003 in his asylum case.³⁷ Witness MM-079 testified on 31 March, 3 and 4 April 2006. In its Final Trial Brief, the Prosecution acknowledged that the evidence of Witness MM-079 should be “scrutinized with care” since “he said that he hoped to receive the assistance of the OTP to remain in the country where he is relocated.” Witness MM-079 testified that after his lawyer had suggested that he contact the Tribunal to seek assistance with his asylum, he was interviewed by the Prosecution, and that he was subsequently informed that the Prosecution had written a letter to the authorities of the state where he currently lives to ask that he be allowed to stay there until he finishes testifying at the Tribunal. The Trial Chamber notes that the Defence did not raise objections as to the credibility of this witness. The Trial Chamber notes that both Witness MM-003 and Witness MM-079 sought assistance from the Prosecution, which also provided such assistance to both witnesses. The Trial Chamber therefore considers that there is significant doubt as to the credibility of both witnesses and has consequently given weight only to the parts of their respective evidence which are corroborated by other evidence”.

¹⁰⁷ Prosecution's Response to "Victims and Witnesses Unit's considerations on the system of witness protection and the practice of 'preventive relocation'" 7 juillet 2008, ICC-01/04-01/07-664, paras 12 et 13. Dans le cadre de cette réponse, l'Accusation précise clairement : “The Prosecution's adequate discharge of its legal obligations effectively means that it must necessarily have the responsibility to determine the need for protection. Furthermore, in practice, the Prosecution notes that best practices for the assessment of risk and need for protection require input from those closest to the relevant witnesses and their individual circumstances. As stated in the VWU's Observations, the Prosecution is, by default, the entity establishing the first contact with its witnesses. Being in charge of conducting the investigations, the Prosecution will also have the most complete information at its disposal and a full understanding of the individual circumstances of a witness and the broader context within which the particular witness lives and interacts with the surrounding environment. The Prosecution's investigators are the first point of contact and have ongoing contact with the witnesses and are thus most familiar with their individual circumstances and any change in these circumstances. 13. In addition, the Prosecution has permanent support staff in the field. Members of its Operational Support Unit are designing and executing necessary security procedures relating to the investigations in liaison with the Registry's Security and Safety Section and national and international authorities. Further, the investigators of the relevant case travel through regions where the witnesses reside, collecting information about the situation of the witnesses and those involved in the crimes. The information collected is analyzed in The Hague and conveyed to the Registry, including the VWU¹⁰⁷”.

¹⁰⁸ ICC-01/04-01/07-692, Op.cit., para. 30.

74. A l'évidence, les mesures de réinstallations préventives et l'impact qu'elles ont eu pour les témoins ne peuvent être que préjudiciables au droit de Monsieur Ngudjolo à un procès équitable tel que l'exige l'Article 67 du Statut. A ce sujet, l'Accusation estime qu'il revenait à la Défense de démontrer que les témoignages étaient 'contaminés'¹⁰⁹ : il va de soi que cette affirmation n'a pour seul objectif que le renversement de la charge de la preuve, une telle exigence étant manifestement contraire aux obligations du Procureur. A tout le moins, si votre Juridiction reçoit les dépositions de ces témoins, leur valeur probante doit être limitée.

7. Les contacts des divers acteurs avec les témoins avant leur audition

75. Les témoins 28, 157, 161, et 166 notamment font état de contacts avant audition. Concernant le témoin 161, les personnes et/ou institutions qui l'ont interrogé sont expurgées. La Défense ne peut contrôler dans quelle mesure ces témoins peuvent avoir été influencés voire préparés pour les dépositions qu'ils ont consenties. Le témoin 28, mineur au moment de son audition a également eu des contacts préalables avec les enquêteurs.

76. L'Accusation n'a donné aucune information sur la manière dont ces entretiens et/ou contacts préliminaires ont été conduits, sur leur teneur et sur les institutions qui les auraient menés. Cette question est pourtant cruciale. Dans l'affaire Milutinovic, la Chambre de Première Instance du TPIY, reprenant la jurisprudence de la Chambre d'Appel qui interprétabat les témoignages au sens large du terme, c'est-à-dire notamment l'inclusion de toutes dépositions antérieures faites par exemple à des ONG, avait estimé appropriée la transmission de ce type d'entretiens à la Défense en tant qu'il faisait partie intégrante du témoignage à charge¹¹⁰.

¹⁰⁹ ICC-01/04-01/07-692, Op.cit., para 32.

¹¹⁰ Voir TPIY *Procureur c/ Milutinovic et consorts*, 'Decision on Ojdanic Motion for Disclosure of Witness Statements and for Findings of Violation of Rule 66 (A) (ii)', IT-05-87, Chambre de Première Instance, 29 septembre 2006, <http://www.un.org/icty/milutino87/trialc/decision-e/060929a.pdf>. Para. 14: "The Appeals Chamber has held that the term "witness statement", in relation to Rule 66(A)(ii), is to be interpreted as the "account of a person's knowledge of a crime, which is recorded through due procedure in the course of an investigation into the crime". His interpretation, read in the light of the Prosecution obligation stated in paragraph 13 above, is broad enough to include statements taken by humanitarian organisations for the purpose of recording allegations of human rights abuses, when these are passed to the Prosecution in order to assist it in identifying potential lines of inquiry which then result in the persons who gave the original statements becoming witnesses in Tribunal proceedings". Voyez également le para 17 de la même décision: "In the present case, the OSCE, ICG, and HRW gathered information through the interview forms, which appear to record the actual words of the interviewees, and provided such information to the Prosecution, which then used it as leads. When

77. En tout état de cause, ces préoccupations entachent sans nul doute la fiabilité de ces dépositions. Il convient d'y rester attentif dans l'examen des motifs substantiels car l'Accusation n'a pas apporté la preuve de la crédibilité de ces témoins.

8. Le double statut de témoin et de suspect

78. L'Accusation présente comme témoin des personnes qui avaient été initialement pressenties comme suspects et partant interrogées en vertu de l'Article 55 du Statut. Il s'agit principalement des témoins 258, 166, 238 et 250. Le témoin 250, personne clef dans la théorie présentée par l'Accusation, était initialement un suspect. Au début de sa première audition, il sollicite l'assistance d'un avocat, puis les enquêteurs se rendent compte qu'il était mineur au moment des faits et l'audition se poursuit.

79. L'Accusation n'a en rien expliqué comment des personnes qui ont été pressenties comme suspects peuvent fournir un récit crédible et fiable alors qu'un poids certain pèse à leur encontre et qu'elles auront en tout état de cause tendance à minimiser leur rôle et à exagérer celui d'autres personnes.

80. La Défense s'étonne que tout à coup des personnes interrogées comme suspects se voient octroyer une sorte de statut de témoin privilégié, ceci sans que l'Accusation n'éclaire la Chambre quant à la fiabilité desdits témoins. La Défense sollicite donc que votre Chambre n'accorde qu'une valeur probante limitée aux éléments de preuve relatifs à ces témoins.

9. Le double statut de témoin et de victime

81. La Défense est particulièrement concernée par le double statut de témoin et de victime dans le cadre des procédures devant la Cour. Certes aucune disposition statutaire ne l'interdit, mais ce constat suffit-il à accepter d'emblée la recevabilité des dépositions de témoins du Procureur qui cumulent également le statut de victime ? Rien n'est moins

the Prosecution decided to call as witnesses some of the persons that had previously been interviewed by the OSCE, ICG, and HRW, and included such persons on its witness list, the interview forms became "written statements" within the meaning of Rule 66's disclosure obligation".

certain. Une réflexion à ce propos est impérative et il est essentiel que l'Accusation et les Représentants légaux arrêtent de répéter que les dispositions statutaires ne l'interdisant pas, ce double statut est permis pour réfléchir enfin aux conséquences que peut avoir ce double statut sur les procédures devant la Cour, ceci tant pour les droits de la défense que ceux des victimes. Ce n'est pas sans raison que de nombreux systèmes nationaux opérant depuis des siècles excluent ces doubles statuts. Accorder d'emblée ce double statut peut en effet, conduire à des considérations aussi dangereuses que celles avancées par exemple, par certains Représentants légaux qui présentent les victimes comme témoins par excellence au vu de leurs expériences¹¹¹. La vindicte populaire n'est pas une vue de l'esprit.

82. Dans de nombreux systèmes nationaux cumuler un statut de témoin et un statut de victime n'est pas accepté. Ainsi par exemple, en droit français, au regard de l'Article 335 du Code de procédure pénale, la partie civile ne peut pas témoigner sous serment (à moins que le ministère public et la défense ne s'y soient pas opposés). Le rôle de demandeur et de témoin sont *per se* incompatibles. Comme l'a rappelé la Cour de cassation française « [...] nul ne peut, dans la même affaire, être témoin et partie »¹¹². Si la partie civile peut être entendue, ses dires conformément à l'Article 335-6 du Code de procédure pénale ne vaudront qu'à titre de simple renseignement et non comme preuve.

83. Des dispositions similaires régissent les procédures dans d'autres pays dits de droit civil. Le droit belge par exemple, comprend le même type d'interdiction et de limitation que le droit français en ce qui concerne les victimes qui témoigneraient dans un procès¹¹³. Le double statut est également *a priori* exclu¹¹⁴. Ainsi Braas rapportait relativement à l'audition de partie civile : « *pareille audition étant contraire aux principes mêmes de la demande et de la défense en justice, serait irrelevante. La partie se trouve sous l'impression du dommage subi et du ressentiment de l'offense. Son impartialité est douteuse. L'ordre public même s'oppose à son audition, car elle aboutirait à favoriser les*

¹¹¹ Voir ICC-01/04-01/07-691, Op.cit, voir notamment les paras 21 et 24.

¹¹² Arrêt de la Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 28 janvier 1958, B. 709.

¹¹³ Voir notamment l'article 322 du Code de procédure pénale.

¹¹⁴ FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, Manuel de procédure pénale, 2^{ème} édition, Larquier, Bruxelles, 2006, p.1049 ; H-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, Droit de la procédure pénale, 3^{ème} édition, La Chartre, Bruxelles, 2003, p.1132.

*parjures*¹¹⁵ ». Même si la jurisprudence a temporisé ces propos, l'on comprend l'incompatibilité fondamentale qui s'attache au statut de témoin-victime.

84. En droit italien, le témoignage d'une victime doit également être envisagé avec suspicion et sa participation doit être limitée. Comme l'ont souligné Henham et Mannozzi, les témoignages de victimes doivent être envisagés avec suspicion dans la mesure où ils ne sont jamais des témoins neutres puisque notamment ils ont un intérêt direct dans la réparation de leur dommage et peuvent nourrir un désir de revanche¹¹⁶.

85. La CEDH a également, en lien notamment avec le respect de l'Article 6 (3) d) de la CEDH, précisé avec clarté les limites du rôle des victimes dans la procédure pénale. La Chambre Préliminaire s'est d'ailleurs fait l'écho de cette jurisprudence en statuant dans une décision du 17 janvier 2006 relative à la situation en RDC de la manière suivante : « *le Statut confère aux victimes une voix et un rôle indépendants dans la procédure devant la Cour. Cette indépendance doit pouvoir s'exercer notamment à l'égard du Procureur de la Cour pénale internationale afin que les victimes puissent exprimer leurs intérêts. Ainsi que la Cour européenne l'a réitéré à plusieurs reprises, une victime qui participe à la procédure pénale ne peut être considérée comme « l'adversaire du ministère public, ni d'ailleurs nécessairement comme son alliée, leur rôle et leurs objectifs étant clairement distincts* ¹¹⁷ ». La Chambre Préliminaire en faisant sienne la jurisprudence de la CEDH se référait à l'affaire *Berger contre France*¹¹⁸ et à l'affaire *Perez contre France*¹¹⁹.

¹¹⁵ A. BRAAS, Précis de procédure pénale, Bruylant, Bruxelles, 1950-1051, N° 701 cité par M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, Manuel de procédure pénale, 2^{ème} édition, Larcier, Bruxelles, 2006, p.1049.

¹¹⁶ Ralph HENHAM and Grazia MANNOZZI, ‘Victim Participation and Sentencing in England and Italy: A Legal and Policy Analysis’, (2003) 11 (3) *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 289-290: “*This type of witness is viewed with ‘suspicion’ by the judge; a suspicion which can be considered institutionalized since it derives from well-entrenched judicial practice in Italy. According to the jurisprudence of both the Supreme Court of Cassation and the lower Courts, the version of events provided by the witness/injured party must be carefully and prudently evaluated. The law asks that consideration be given to the fact that injured parties are never ‘neutral’ witnesses, since so far as the accused is concerned, they have a direct interest in compensation for damages or, in any event, a desire for revenge against an individual they consider to be an ‘antagonist’. Thus, according to Italian law, the accounts of injured persons must above all else contain certain ‘intrinsic’ elements (completeness, coherence, congruity, sobriety) and, in addition be accompanied (if possible) by some form of ‘independent verification’ supporting their reliability’*”.

¹¹⁷ Décision sur les demandes de participation à la procédure de VPRS1, VPRS2, VPRS3, VPRS4, VPRS5, VPRS6’, Chambre Préliminaire I, 17 janvier 2006, ICC-01/04-101 para 51.

¹¹⁸ Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Affaire Berger c. France*, « Arrêt », 3 décembre 2002, requête n° 48221/99, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=berger&sessionid=1853906&skin=hudoc-fr>.

¹¹⁹ Cour Européenne des Droits de l'Homme, Grande Chambre, *Affaire Perez c. France*, « Arrêt », 12 février 2004, requête n° 47287/99, para. 68, voir

86. Dans l'affaire *Berger contre France*, la requérante se plaignait notamment de l'équité d'une procédure pénale avec constitution de partie civile devant la Cour de cassation. Le Gouvernement avait d'emblée rappelé que, quelles que soient les possibilités d'intervention offertes par la procédure pénale aux parties civiles, l'objectif premier du droit pénal ne concerne pas la réparation de leurs préjudices, mais la poursuite et la répression des auteurs d'infractions¹²⁰. La CEDH a constaté que la requérante pouvait connaître ses obligations en matière d'introduction d'un pourvoi en cassation à partir du libellé de l'Article 575 du Code de procédure pénale. Cette disposition prévoit sept cas dans lesquels la partie civile peut former seule un pourvoi en cassation, si le ministère public ne forme pas lui-même de pourvoi. La limitation ainsi imposée résulte de la nature même des arrêts rendus par les chambres d'instruction et de la place dévolue à l'action civile dans le procès pénal. La Cour n'a pas admis que la partie civile doive disposer d'un droit illimité à l'exercice du pourvoi en cassation contre les arrêts de non-lieu. La Cour Européenne en rejetant la requête avait dès lors précisé que : « *En conclusion, la requérante n'a pas, du fait des conditions imposées pour la recevabilité de son pourvoi en cassation, subi d'entrave à son droit d'accès à un tribunal tel que garanti par l'article 6 § 1 de la Convention. Eu égard à la place dévolue à l'action civile dans le procès pénal et aux intérêts complémentaires de la partie civile et du ministère public, la Cour ne saurait admettre non plus que le principe de l'égalité des armes fût méconnu en l'espèce. A cet égard, la Cour admet avec le Gouvernement que la partie civile ne peut être considérée comme l'adversaire du ministère public, ni d'ailleurs nécessairement comme son alliée, leur rôle et leurs objectifs étant clairement distincts* ^{121».}

87. Dans l'affaire *Perez c/ France*, la CEDH¹²² a rappelé: « *Force est cependant de constater que la Cour de cassation admet l'action civile à des fins purement répressives, ce qui peut conduire la doctrine à parler, indifféremment d'ailleurs, « d'action civile à but répressif » ou de « constitution de partie civile à but répressif ». La Cour considère que, dans pareil cas, l'applicabilité de l'article 6 atteint ses limites. Elle rappelle que la*

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=3&portal=hbkm&action=html&highlight=perez&sessionid=11854368&skin=hudoc-fr>.

¹²⁰ *Affaire Berger c/ France, op.cit*, para. 24.

¹²¹ *Ibidem*, para. 38.

¹²² *Affaire Perez c/ France, op.cit.*

Convention ne garantit ni le droit, revendiqué par la requérante, à la « vengeance privée », ni l'actio popularis »¹²³.

88. Au vu de cette jurisprudence, le double statut de témoin et de victime reste pour la Défense une alliance contre nature. Néanmoins, si votre Chambre continue à avaliser ce double statut, le poids qui doit être accordé aux propos de ces témoins en termes de valeur probante doit être particulièrement réduit.

10. La théorie des faits similaires

89. La Défense constate que le Procureur a tenté de contrer la faiblesse de ses éléments de preuve en faisant appel à la démonstration de faits sans lien avec les charges pesant contre Monsieur Ngudjolo. Cette stratégie n'est pas sans rappeler l'Article 93 des RPP des TPI *ad hoc*, article qui n'a pas été repris dans les dispositions régissant la Cour. L'exemple est assez clair par rapport aux attaques de Mandro, Tchomia ou Bunia. En tentant d'induire un mode de preuve par analogie, l'Accusation cause à Monsieur Ngudjolo un préjudice de loin supérieur à la valeur probante des allégations qu'elle soutient et partant, est contraire aux Articles 66 et 69 (4) du Statut. En effet, il est contraire au procès équitable d'arguer de faits couverts par la présomption d'innocence et desquels votre Chambre n'est pas saisies.

90. S'il est vrai que la Chambre Préliminaire en confirmant les charges à l'encontre de Monsieur Lubanga a estimé que « *rien n'interdit à l'Accusation de mentionner tout fait survenu avant ou pendant la commission des actes ou l'omission reprochés au suspect, notamment si ce fait permet de mieux comprendre le contexte dans lesquels se sont inscrits les comportements reprochés*»¹²⁴. La Défense estime que l'Accusation *in casu*, contrairement à ce qu'elle allègue en termes de conclusions écrites¹²⁵, a fait plus qu'éclairer votre Chambre sur le contexte des comportements entrepris. Cette stratégie viole les droits de Monsieur Ngudjolo en ce que les faits rapportés par l'Accusation n'ont pas été à la base du mandat d'arrêt émis à son encontre et ni ne figurent parmi les charges retenues contre lui dans le document détaillé des charges. Le TSSL, dans l'affaire

¹²³ Ibidem, paras 69 et 70.

¹²⁴ Procureur c/ Thomas Lubanga Dyilo, ‘Décision sur la confirmation des charges’, Chambre Préliminaire I, 29 janvier 2007, ICC-01/04-01/06-803, para. 152.

¹²⁵ ICC-01/04-01/07-692, Op.cit., paras 38-39.

Norman et consorts avait précisé à ce sujet en des termes clairs et forts : “*It would gravely undermine the procedural due process rights of accused persons and thereby bring the administration of justice into disrepute if, at every stage during the conduct of their trial, they are confronted with new pieces of evidence designed to prove factual allegations not specifically pleaded in the indictment, under the guise of a prosecutorial latitude to broaden the definitional scope of the statutory categories of offences chargeable, the effect of which is to bring about an alignment between such expanded category of criminality and evidence in respect of which no factual allegations have been specifically pleaded, on the grounds of a prosecutorial imperative to prosecute the entire spectrum of alleged culpable criminal acts.*”¹²⁶ La Défense sollicite dans le même sens que votre Chambre s’inspire également du principe dégagé par le TPIR dans l’affaire Bizimumgu, principe qui consistait à la restriction de l’Acte d’accusation¹²⁷.

11. Remarques finales

Quant à la demande de modification du document détaillé des charges

91. La Défense réitère ses remarques orales relatives à la demande de rectification du document détaillé des charges sollicitée par l’Accusation en date de 4 juillet¹²⁸.

Quant à la production d’éléments de preuve par les victimes au stade préliminaire

92. Dans sa présentation orale et écrite, le Représentant légal des victimes a/0015/08 et autres, en reprenant les éléments de preuve présentés par le Procureur et en avançant les demandes des victimes qu’il représente comme éléments corroborant, soumet indirectement des éléments de preuve. Les droits réservés aux victimes au présent stade de la procédure n’autorisent pas une telle soumission. Les demandes des victimes ne peuvent

¹²⁶ Tribunal Spécial pour la Sierra Léone, *Procureur c/ Norman et al.*, ‘Reasoned Majority Decision on Prosecution Motion for a Ruling on the Admissibility of Evidence’, SCSL-04-14-T, Chambre de Première Instance, 24 Mai 2005, para. 19(iv), <http://www.sc-sl.org/Documents/CDF/SCSL-04-14-T-434.pdf>.

¹²⁷ TPIR, *Procureur c. Bizimungu*, ‘Décision Relative à l’Appel Interlocatoire Interjeté par le Procureur de la Décision de la Chambre de Première Instance II Rendue le 6 Octobre 2003 Refusant d’Autoriser le Dépôt d’un Acte d’Accusation Amendé’, Affaire N° ICTR-99-50-AR50, Chambre d’Appel, 12 février 2004, , para 19: «*Par contre les modifications qui restreignent la portée de l’acte d’accusation et concourent par voie de conséquence à rendre la procédure plus équitable et efficace doivent être encouragée et elles sont généralement acceptées.*», voir <http://69.94.11.53/default.htm> .

¹²⁸ Voir le transcript du 4 juillet 2008, ICC-01/04-01/07-T43-FRA p.56 lignes 1 à 6 et celui du 14 juillet 2008, ICC-01/04-01/07-T-48-FRA, p.26.

non plus être considérées comme des éléments de preuve. La Défense souhaite qu'aucune conséquence ne puisse être tirée par votre Chambre desdits éléments pour établir ou non l'existence de motifs substantiels¹²⁹.

V. En guise de conclusion

93. La Défense rappelle clairement à l'instar de sa présentation orale qu'elle se réserve le droit de contester tant les charges, que le plan commun, les modes de responsabilité et l'implication de Monsieur Ngudjolo dans l'attaque de Bogoro. Des contestations ultérieures sur la recevabilité d'éléments de preuve ainsi que sur le dossier et la théorie du Procureur pourraient par exemple survenir dans le cas où votre Chambre déciderait de renvoyer Monsieur Ngudjolo en jugement. Partant, contrairement à ce que semble avancer le Représentant légal des victimes a/0333/07 et a/0110/08¹³⁰, l'absence de contestation de certains éléments n'équivaut nullement à une acceptation quelconque des éléments de fait, de droit et de fond présentés par l'Accusation. Dans le même sens, aucune conclusion ne peut être tirée de l'absence de soumission d'éléments de preuve par la Défense contrairement à ce que prétend le représentant légal des victimes a/0015/08, et autres¹³¹.

94. La Défense tient d'ailleurs à souligner sa préoccupation quant au rôle des victimes au présent stade de la procédure. Votre Chambre n'a pas manqué de préciser que le rôle des victimes n'est pas celui d'une seconde accusation. Force est de constater à la lumière de leurs soumissions que les Représentants légaux tentent de se prévaloir de cette fonction, les vues et préoccupations qu'ils sont en droit de faire valoir se transformant en réels réquisitoires. Il n'est d'ailleurs pas inutile de réaffirmer que Monsieur Ngudjolo jouit de la présomption d'innocence et que le statut reconnaît à la Défense nombre de droits, dont celui de contester les éléments de preuve à l'audience de confirmation des charges.

95. La Défense ose espérer qu'à la lumière des objections sus développées et de tout autre argument pertinent, votre Chambre aura pour souci d'examiner la question des motifs substantiels de croire que Monsieur Ngudjolo a commis les faits mis à sa charge en toute neutralité, indépendance et impartialité.

¹²⁹ Voir ICC-01/04-01/07-689, Op.cit, notamment paras 14 et suivants.

¹³⁰ ICC-01/04-01/07-693, Op.cit, p.6 et suivantes.

¹³¹ ICC-01/04-01/07-689, Op.cit, para. 22.

PAR CES MOTIFS,

96. La Défense, avec infiniment de respect, sollicite de votre Chambre de ne pas se baser sur les éléments de preuve présentés par l'Accusation qui ne seraient pas fiables, pertinents, probants voire recevables pour l'examen des charges pesant sur Monsieur Ngudjolo.

Et vous ferez justice.



**Me Jean-Pierre Kilenda Kakengi Basila
Conseil Permanent de Défense de Mr Mathieu Ngudjolo**

Fait à Bruxelles (Belgique), le 28 juillet 2008