

L’AFFAIRE *LUBANGA* AU STADE PRÉLIMINAIRE DEVANT LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE : UNE PRIMEUR HISTORIQUE, ÉGALEMENT POUR LES DROITS DE L’HOMME ET LES DROITS DE LA DÉFENSE ?

Jean Flamme

Special Issue, October 2010

Association internationale des avocats de la défense (AIAD)

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1068679ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1068679ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Flamme, J. (2010). L’AFFAIRE *LUBANGA* AU STADE PRÉLIMINAIRE DEVANT LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE : UNE PRIMEUR HISTORIQUE, ÉGALEMENT POUR LES DROITS DE L’HOMME ET LES DROITS DE LA DÉFENSE ? *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 133–163.
<https://doi.org/10.7202/1068679ar>

**L’AFFAIRE LUBANGA AU STADE PRELIMINAIRE
DEVANT LA COUR PENALE INTERNATIONALE :
UNE PRIMEUR HISTORIQUE, EGALEMENT POUR LES
DROITS DE L’HOMME ET LES DROITS DE LA DEFENSE ?**

*Jean Flamme**

La création de la Cour pénale internationale (CPI), « successeure » des Tribunaux de Nuremberg et de Tokyo, première cour permanente appelée à avoir une compétence universelle devant juger de génocides, d’agression, de crimes de guerre et crimes contre l’humanité, suscite d’énormes espoirs quant à la répression des crimes internationaux les plus graves, quand la justice nationale ne peut ou ne veut intervenir. La question de savoir si la CPI pourra rencontrer ces espoirs dépendra entièrement des cent-onze gouvernements ayant rejoint la CPI à ce jour. Ces pays devront maintenir un degré exceptionnel d’engagement en finançant et en équipant la Cour adéquatement¹.

La procédure préliminaire dans la première affaire dont la Cour a dû juger avait, à l’époque, suscité de nombreuses questions importantes, qui seront analysées dans la présente contribution. Il y sera également donné un bref aperçu des dangers potentiels menaçant la CPI.

I. Le Statut De Rome

Le *Statut de Rome* doit être considéré comme un monument, servant de base à la nouvelle Justice internationale et reprenant les grands principes universellement reconnus, notamment de droit pénal et des droits de l’Homme. Il en va de même pour les droits de la défense. Le *Statut* exige le respect des droits de la défense et du procès équitable, tels que reconnus par des traités antérieurs², ceci après avoir repris aux articles 22 à 33 les grands principes généraux de droit pénal.

* L’auteur tient à remercier tout particulièrement madame Melinda Taylor. Elle a été d’une valeur irremplaçable pendant la durée totale de la phase préliminaire de l’affaire *Thomas Lubanga Dyilo c. Ministère Public*, et représentait, à elle seule, le Bureau du conseil public de la défense (voir infra), ceci durant la première année de fonctionnement de la Cour pénale internationale. Il remercie également M^e Michel Flamme de son aide précieuse pendant les premiers mois du stade préliminaire, où il a rédigé une étude de l’histoire de la guerre d’Iturie, ainsi que les nombreux stagiaires qui, dans l’attente des audiences, ont rendu possible une défense crédible, sans percevoir quelque indemnité pour frais ou honoraires que ce soit.

¹ Des appréhensions ont déjà surgi. Le comité de budget et de finances a rapporté en août 2004 que, vu l’augmentation de l’activité de la Cour, il existe un danger que la Cour doive faire face à une crise occasionnée par le défaut de paiement des États parties. Voir David Stoelting, « The International Criminal Court » dans Barton Legum, dir., *International Litigation Strategies and Practice*, Chicago, American Bar Association, 2005, 255.

² *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 R.T.N.U. 3, art. 67 (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2002) [*Statut de Rome*].

Le *Statut de Rome* doit en plus être considéré comme créateur d'un droit et d'une procédure *sui generis*, empruntant des éléments tant de la *common law* que du droit romano-germanique. Le *Statut* prévoit expressément que la Cour applique en premier lieu le *Statut* en tant que tel, les éléments des crimes y repris et le *Règlement de procédure et de preuve*³, qui peut donc être considéré comme faisant partie intégrale de la loi régissant la Cour.

La Cour applique en second lieu, selon qu'il convient, les traités applicables et les principes et règles de droit international, y compris les principes établis du droit international des conflits armés. À défaut, seront déterminants les principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde, y compris, selon le cas, les lois nationales des États à la juridiction desquels ressortirait normalement le crime, si ces principes ne sont pas incompatibles ni avec le *Statut* ni avec le droit international et les règles et normes internationales reconnues⁴.

Il faut donc en conclure que, dans le dernier cas⁵, la jurisprudence de la Cour devient source de droit elle-même, principe plutôt repris de la *common law*, tout en précisant que la Cour peut se laisser guider à partir de n'importe quel système juridique du monde, ce qui renforce son caractère universel et le droit *sui generis* qu'elle engendra.

Il va donc sans dire que la voix de la défense sera d'une importance capitale afin d'insister à tout moment, et ce, dès le début, pour que la Cour fasse application des grands principes des droits de la défense. En effet, ce n'est pas parce que des lois ou traités reprennent ces droits qu'ils sont également appliqués par les juges. Le futur de la CPI dépendra donc également de niveaux supérieurs de compétence, de professionnalisme et d'expérience des conseils de la défense intervenant devant la Cour⁶. Dans ce contexte, il faut regretter que le *Statut de Rome* n'ait pas fait de la défense un troisième pilier institutionnel de la Cour.

C'est bien pour cette raison qu'a été créé le Barreau pénal international (BPI) qui toutefois, sans reconnaissance officielle, ne pourra toujours que jouer un rôle inférieur d'avis, de conseil et de lobbying, sans pouvoirs réels. Il s'ensuit que, faute d'un « Bâtonnier » institutionnel, des incidents d'audience entre ou avec des conseils de la défense seront réglés par le Président de Chambre, ce qui est fâcheux⁷. En effet, le Président pourrait ainsi devenir juge et partie à la fois.

Le *Statut de Rome* contient, quant aux actes d'instruction, une innovation importante par rapport à la procédure en vigueur devant les tribunaux *ad hoc* (TPIR, TPIY). Le procureur, pour établir la vérité, étend l'enquête à tous les faits et éléments

³ *Règlement de procédure et de preuve*, 9 septembre 2002, Doc. off. CPI, Doc. ICC-ASP/1/3 (entrée en vigueur : 9 septembre 2002) [*Règlement de procédure et de preuve*].

⁴ *Statut de Rome*, *supra* note 2, art. 21.

⁵ *Ibid.*, art. 21.1(c).

⁶ Stoelting, *supra* note 1 à la p. 1.1.

⁷ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-521, Procès verbal d'audience (9 novembre 2006) (Chambre préliminaire I).

de preuve qui peuvent être utiles pour déterminer s'il y a responsabilité pénale au regard du *Statut* et, ce faisant, enquête tant à charge qu'à décharge⁸.

Il faudra que le procureur auprès de la CPI s'habitue à cette règle, qui vient du droit romano-germanique. En général toutefois, devant les juridictions nationales en question, l'instruction est confiée à un organe qui se doit d'être tout à fait neutre et indépendant, qui est le juge d'instruction. Il semble presque contradictoire de demander au procureur, qui se trouve essentiellement dans un rôle accusatoire, d'enquêter à décharge.

Dans l'affaire *Lubanga*, il s'est avéré à plusieurs reprises que le procureur, du point de vue de la défense, n'avait pas du tout rempli cette obligation. Afin de mieux le faire, le procureur devrait mener, à notre sens, deux enquêtes séparées à répartir entre deux équipes, l'une à charge, l'autre à décharge.

Le *Statut de Rome* instaure en plus une autre innovation en droit de procédure pénale internationale. La confirmation (ou non) des charges avant le procès s'avère être une procédure préliminaire en soi où déjà sont réservés à l'accusé des droits très importants tels que :

- la possibilité de contester les charges afin d'éviter un procès, d'où la nécessité pour la Chambre préliminaire de déjà examiner le fond de l'affaire afin de voir s'il existe « des preuves suffisantes donnant des motifs substantiels de croire que la personne a commis chacun des crimes qui lui sont imputés »⁹;
- la possibilité de déjà contester les éléments de preuve produits par le procureur¹⁰;
- la possibilité de présenter lui-même des éléments de preuve¹¹.

Le *Règlement de procédure et de preuve* prévoit en plus que le procureur et l'accusé peuvent présenter à la Chambre préliminaire des conclusions écrites sur des éléments de fait et de droit, y compris sur les motifs d'exonération de la responsabilité pénale prévus au paragraphe 1 de l'article 31 du *Statut*¹². L'accusé peut, au stade préliminaire, contester la recevabilité d'une affaire ou la compétence de la Cour, ceci devant la Chambre préliminaire. Il peut être fait appel des décisions portant sur la compétence ou la recevabilité¹³. L'accusé peut demander à la Chambre préliminaire le report de l'audience de confirmation des charges¹⁴.

⁸ *Statut de Rome, supra* note 2, art. 54 1.a; Voir aussi section 2.1, ci-dessous.

⁹ *Ibid.*, art. 61(7)(a).

¹⁰ *Ibid.*, art. 61(6)(b).

¹¹ *Ibid.*, art. 61(6)(c).

¹² *Règlement de procédure et de preuve, supra* note 3, art. 121.9.

¹³ *Statut de Rome, supra* note 2, art. 19.6.

¹⁴ *Règlement de procédure et de preuve, supra* note 3, art 121.7.

II. La phase préliminaire de la procédure dans l'affaire *Lubanga*

A. La requête de mise en liberté

Au moment de sa remise à la CPI, le 16 mars 2006, monsieur Lubanga était privé de sa liberté depuis le 13 août 2003, date à laquelle il avait été assigné à résidence à Kinshasa, avec interdiction de quitter la ville. Il a été incarcéré le 2 mars 2005 au Centre pénitentiaire et de rééducation de Kinshasa et y est resté jusqu'au moment de sa remise à la CPI, cette dernière en vertu de la requête de la CPI tendant à obtenir :

- son arrestation;
- sa remise à la CPI;
- l'identification, la localisation, le gel et la saisie de ses biens et de ses avoirs.

Lors de sa comparution devant le Premier avocat général des forces armées de la RDC, monsieur Lubanga Dyilo avait soulevé des exceptions, notamment :

- sa détention arbitraire sans aucune instruction judiciaire ouverte à sa charge;
- le fait de ne pas avoir été auditionné par une quelconque juridiction congolaise conformément à la loi congolaise¹⁵.

La décision du 16 mars 2006 de l'Auditeur général des forces armées congolaises constatait notamment que, s'agissant de la détention arbitraire, celle-ci était **justifiée** par l'existence d'indices, sérieux, graves et concordants dans le chef du prévenu et que sa fuite était à craindre. La défense, dans ses conclusions du 10 juillet 2006¹⁶, avait fait valoir que tant la *Convention européenne des droits de l'Homme* que le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* stipulent que le juge décide de **la mise en liberté** du prévenu si la détention est illégale¹⁷.

Le *Statut de Rome* ne contenant aucune sanction dans le cas d'une détention illégale, ces traités doivent être considérés comme étant d'application en vertu de l'article 21(b) du même *Statut*, cité plus haut. La défense avait en plus fait valoir que c'était à tort que monsieur Lubanga, homme politique, avait comparu devant une juridiction militaire¹⁸. La Chambre préliminaire a demandé à la défense de clarifier les

¹⁵ *Constitution de la République démocratique du Congo*, art. 18, 19(2); art. 28(2) C. proc. pén. congolais.

¹⁶ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Conclusions en réplique à la réponse du Procureur à la demande de mise en liberté (10 juillet 2006) aux pp. 5-13.

¹⁷ *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U 221, art. 5.4 (entrée en vigueur : 3 septembre 1953) [CEDH]; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U 171, art. 9.4 (entrée en vigueur : 23 mars 1976).

¹⁸ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Requête de mise en liberté à la p. 8-25

procédures auxquelles elle faisait appel¹⁹. Dans ses conclusions du 17 juillet 2006, la défense avait précisé que la demande de mise en liberté devait se définir comme une « demande en réparation »²⁰.

La défense avait argumenté plus amplement, dans ses conclusions du 8 septembre 2006²¹, que tout accusé ayant souffert une violation substantielle de ses droits est en droit d'exiger une réparation adéquate et que, vu la nature prolongée des violations des droits essentiels de monsieur T. Lubanga, la mise en liberté immédiate et sans conditions était la seule « réparation » possible. Une réparation pécuniaire ne peut dédommager une personne, présumée innocente, de sa privation de liberté²². La mise en liberté est, de plus, la seule « réparation » possible qui soit concordante avec la présomption d'innocence, reprise à l'article 66.1 du *Statut de Rome*.

Dans l'affaire *Velasquez Rodriguez*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a, dans son jugement du 29 juin 1988, jugé que les traités internationaux imposent à tous les États Parties l'obligation de garantir l'application des droits de l'homme à toute personne qui se trouve sous leur juridiction²³. Il n'est donc pas déterminant de savoir si la détention illégale est attribuable à la Cour ou à l'État requis²⁴.

Cette interprétation est confirmée par l'article 59.1 du *Statut* qui prévoit que l'arrestation par un État partie doit se faire conformément à sa législation et **aux**

¹⁹ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-169, l'Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision de la Chambre préliminaire I intitulée « Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance de mandats d'arrêt en vertu de l'article 58 » (13 juillet 2006) à la p. 182 (Chambre d'appel).

²⁰ *Statut de Rome*, *supra* note 2, art. 85.1.

²¹ Defence response to the observations of the RDC and the observations of the victims in the application of art. 19 of the Statute ICC-01/04-01/06/8 September 2006, p. 15/20.

²² *Statut de Rome*, *supra* note 2, art. 66, 55.1(d), 9.1, 59.2(b)-(c).

²³ *Affaire Velasquez Rodriguez*, (1988) Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C) n°4 au para. 166, en ligne: corteidh.or.cr <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_ing.pdf>. [I]mplyes the duty of State parties to organize the government apparatus and, in general, all the structures through which public power is exercised, so that they are capable of juridically ensuring the free and full enjoyment of human rights. As a consequence of this obligation, the States must prevent, investigate, and punish any violation of the rights recognised by the Convention and moreover, if possible to restore the right violated and provide compensation as warranted for damages from the violation. (*Ibid.* aux para. 172, 176) A state party's obligations under human rights conventions are not limited to ensuring that it does not commit human rights violations itself. In this regard, "[a]n illegal act which violates human rights and which is initially not directly imputable to a State (for example, because it is the act of a private person or because the person responsible has not been identified) can lead to international responsibility of the State, not because of the act itself, but because of the lack of due diligence to prevent the violation or to respond to it as required by the Convention. [...] The State is obliged to investigate every situation involving a violation of the rights protected by the Convention. If the State apparatus acts in such a way that the violation goes unpunished and the victim's full enjoyment of such rights is not restored as soon as possible, the State has failed to comply with its duty to ensure the free and full exercise of those rights to the persons within its jurisdiction. The same is true when the State allows private persons or groups to act freely and with impunity to the detriment of the rights recognised by the Convention.

²⁴ Bert Swart, « Arrest Proceedings in the Custodial State » dans Antonio Cassese et al., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. 6, New York, Oxford University Press, 2002, 1247 à la p. 1255.

dispositions du chapitre IX. Cette dernière référence est particulièrement significative puisque le chapitre IX du *Statut*, à l'article 86, impose aux États parties de coopérer pleinement avec la Cour, conformément aux dispositions du *Statut*, tandis que l'article 88 leur impose de veiller à prévoir dans leur législation nationale les procédures qui permettent la réalisation de toutes les formes de coopération visées au même chapitre.

Dès lors, afin d'être légale sous les dispositions du *Statut*, une arrestation doit répondre à la législation nationale de l'état de détention, législation qui doit, elle-même, être conforme aux instruments internationaux. Étant donné, par ailleurs, que l'application et l'interprétation par la Cour du droit prévu à l'article 21 (droit applicable) doivent être compatibles avec les droits de l'homme universellement reconnus²⁵, il est évident que l'article 59 du *Statut*, appliqué en connexion avec les articles 86, 88 et 21.3, résulte en une obligation de veiller à ce que les procédures nationales de l'État partie afin d'exécuter des mandats d'arrêt envers des prévenus CPI, soient en accord avec les droits de l'homme.

Dans les conclusions citées du 10 juillet 2006 la défense avait étendu sa demande en faisant valoir que l'action publique était irrecevable. Cette extension de la demande a été requalifiée, dans lesdites conclusions du 17 juillet 2006, comme une **exception d'incompétence**. La défense avait, ce faisant, également fait application de la théorie de « **l'abus de procès** », consistant à faire dire par la Cour qu'elle décline d'exercer sa compétence dans une procédure où continuer à exercer cette compétence et juridiction dans le cadre de violations aux droits essentiels de l'accusé, causerait un dommage irréparable à l'intégrité du processus judiciaire²⁶.

L'article 67 du *Statut de Rome* donne à l'accusé le droit de bénéficier d'un procès équitable et impartial. Il résulte de ce qui précède que la légalité de **l'arrestation initiale** est **un droit fondamental** sous le Statut. L'autorité judiciaire agissant, en l'espèce la RDC, a **reconnu** l'illégalité de l'arrestation et de la détention. Les droits fondamentaux garantis par le *Statut* ont donc été violés dès le départ. Parce que le procureur dispose de la compétence d'initier le processus judiciaire par une enquête et par la demande d'un mandat d'arrêt, il a l'obligation de veiller à ce que l'affaire évolue vers un procès dans le respect des droits fondamentaux de l'accusé²⁷.

A l'évidence, la détention illégale et arbitraire d'un prévenu est une violation fondamentale de ses droits essentiels, dans le cas dont il est question non seulement en vertu de la privation de liberté arbitraire en tant que telle, mais également parce que la détention en absence de tout acte d'instruction (dossier reconnu comme « vide » par le procureur) viole le droit garanti à l'article 67.1(c) d'être jugé sans retard excessif.

²⁵ *Statut de Rome, supra* note 2, art. 21.3.

²⁶ *Le Procureur c. Jean-Bosco Barayagwiza*, ICTR-97-19, Décision (3 novembre 1999) au para. 11 (Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre d'appel), en ligne: TPIR <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/jud_supplement/supp9-e/barayagwiza.htm> [Décision Barayagwiza].

²⁷ *Ibid.* au para. 92.

Le procureur, qui enquêtait en RDC pendant cette détention du prévenu, avait donc l'obligation d'en vérifier lui-même la légalité, ce qu'il concède ne pas avoir fait, puisqu'il avoue²⁸ s'être **limité** à une « note synoptique », rédigée par un général de brigade. La défense était fortement inquiétée par le fait que le procureur assurait avoir examiné les pièces de procédure concernant la détention du requérant depuis le 19 mars 2006 et figurant au dossier²⁹, et de constater que le procureur disait ne retrouver aucune illégalité au vu de ces pièces sans prendre en considération les autres illégalités mentionnées dans la requête de mise en liberté. Or, il s'avérait que la détention du requérant n'avait plus été confirmée au moins à partir du 2 janvier 2006.

Dans le cadre de la doctrine de « l'abus de procès », reconnue par la Chambre d'appel du TPIR dans l'affaire citée³⁰, la Cour – dans le cadre de son pouvoir de supervision³¹ – ne pouvait que constater que des violations essentielles des droits fondamentaux du prévenu avaient été commises et que, du point de vue de la Défense, continuer la procédure dans l'état actuel causerait un dommage irréparable à l'intégrité du cours judiciaire³².

L'article 4.1. du *Statut* prévoit que la Cour a la capacité juridique nécessaire pour exercer ses fonctions et accomplir sa mission. Ceci comprend nécessairement le droit et l'obligation d'examiner si elle est compétente afin de prendre connaissance de l'affaire³³. Cette « compétence de la compétence » inclut nécessairement l'examen de la question de savoir si la Cour a été correctement saisie, au cas où des droits de l'homme auraient été violés, et ce, même si le *Statut* ne contient pas expressément le droit ou l'obligation de le faire.

Il a été jugé, dans le même sens, que les demandes de retour vers l'État d'origine et d'*habeas corpus* ont le même but : attaquer la légalité de l'arrestation du prévenu. Ce faisant, le prévenu exerce un droit qui, bien que non expressément prévu au *Statut*, se retrouve dans tous les instruments principaux de droits de l'homme et existe en droit coutumier international³⁴. La Cour a la compétence de juger des actes

²⁸ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-159, Réponse du Procureur à la demande de liberté du 13 juin 2006 (19 juin 2006) à la p. 7 (Chambre préliminaire I).

²⁹ *Ibid.* au para. 12.

³⁰ *Décision Baragygwiza, supra* note 26 au para. 92.

³¹ *Ibid.* au para. 76.

³² *Ibid.* aux para. 74-75, 108; James Richardson, dir., *Archbold Criminal Pleading, Evidence & Practice*, Londres, Sweet & Maxwell, 2006, 104. [T]he "House of Lords held that the High Court [Horseferry Road Magistrates' Court, Bennett (1993) [1994] 1 A.C. 42], in the exercise of its supervisory jurisdiction, has the power to inquire into the circumstances by which a person has been brought within the jurisdiction; and that where extradition procedures are available to bring an accused to the United Kingdom, but he has been forcibly brought within the jurisdiction in disregard of those procedures, by a process to which the police of this country, or the prosecuting or other executive authorities had been a knowing party, the courts would stay the prosecution on the basis that to proceed in such circumstances would be an abuse of process.

³³ Voir *Le Procureur c. Duško Tadić*, IT-94 1 AR7, Arrêt concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (2 octobre 1995) au para. 19 (Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel).

³⁴ Mohamed M. El Zeidy, « Critical Thoughts on Article 59(2) of the ICC Statute » (2006) 4:3 *Journal of Int. Criminal Justice* 448 à la p. 459 (« À l'opposé il/elle peut soulever une exception d'incompétence

judiciaires posés par un État Partie, en dehors d'une enquête ouverte à la demande du procureur, et qui n'ont pas été posés en exécution d'une injonction de la CPI.

Il faut, quant à ce point, d'abord faire remarquer que la remise de monsieur Thomas Lubanga à la CPI était venue se « greffer » sur l'arrestation et la détention illégale et arbitraire réalisées auparavant par les autorités judiciaires congolaises. La CPI a donc, ce faisant, pour le moins implicitement « tiré profit » de ces actes illégaux. La Cour se rendait ainsi d'autant plus responsable (voir plus haut) de la détention arbitraire de monsieur Thomas Lubanga Dyilo en RDC. La Cour avait de toute façon comme obligation de ne pas perpétuer une infraction à une norme supérieure internationale commise par un État partie et de ne pas y prendre part.

Dès sa remise à la CPI, celle-ci avait l'obligation de permettre au prévenu d'exercer ses droits, sans tenir compte de la source des violations. L'article 59 du *Statut* prévoit :

toute personne arrêtée est déférée aussitôt à l'autorité judiciaire compétente de l'État de détention qui vérifie, conformément à la législation de cet État :

- a) Que le mandat vise bien cette personne;
- b) Que celle-ci a été arrêtée selon la procédure régulière; et
- c) Que ses droits ont été respectés.

Dans sa décision du 3 octobre 2006³⁵, la Chambre préliminaire concède qu'elle dispose d'un degré de juridiction concernant la façon dont les autorités nationales interprètent et appliquent la loi nationale, quand cette interprétation et application se rapportent à des matières que le *Statut* a renvoyé à la loi nationale, comme c'était le cas. La Cour toutefois précise également – d'une façon très surprenante – que le *Statut* n'impose aucune obligation aux autorités congolaises de vérifier la légalité de la détention de monsieur Lubanga avant le 14 mars 2006, dans la mesure où cette détention était uniquement liée à une procédure nationale en RDC³⁶. Ces motifs doivent être considérés comme contradictoires avec ce qui précède³⁷. Elle statue ensuite que les violations des droits du prévenu avant le 14 mars 2006, date à laquelle la demande de coopération de la Cour a été initiée en RDC, ne seront examinées par la Cour que s'il y a « action concertée » entre la Cour et les autorités congolaises, donnant ainsi une interprétation **restrictive** aux principes mentionnés, ce qui doit être considéré, à notre sens, comme contraire aux droits fondamentaux de tout prévenu. La Cour, ensuite, confirme la protection offerte à l'accusé par la doctrine d'abus de droit, en l'absence d'action concertée, mais seulement dans le cas

de la Cour sous l'art. 19.8.a, demandant ainsi à la Cour de juger de toute illégalité qui pourrait lui enlever sa compétence à juger de l'affaire [Notre traduction] »).

³⁵ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-512, Décision relative à l'exception d'incompétence de la Cour soulevée par la défense en application de l'art. 19 (2) (a) du Statut (3 octobre 2006) aux pp. 5-11 (Chambre préliminaire) [*Lubanga, incompétence*].

³⁶ *Ibid.* à la p. 6.

³⁷ *Ibid.* au para. 24.

de tortures ou de « mauvais traitement » sérieux par les autorités nationales³⁸, répétant ainsi son interprétation restrictive. Ceux-ci se verraient non prouvés au cas dont question. La Cour constate également l'absence d'action concertée avant le 14 mars 2006.

La Cour est donc contradictoire dans ses attendus. D'une part, elle confirme la doctrine de l'abus de procès et donc son obligation d'examiner sa compétence en fonction de celle-ci en général. D'autre part, elle limite la portée de la doctrine dans le cas d'absence d'« action concertée » et la protection à donner au prévenu aux cas de torture et de sérieux « mauvais traitement », alors qu'elle reconnaît implicitement l'application de cette doctrine à **toute** violation des droits du prévenu, une fois qu'il y a action concertée. Il est évident que l'application de la doctrine en question ne peut être divisée d'après le cas auquel elle doit s'appliquer. Ceci constitue à notre avis une discrimination.

En plus, la Cour ne répondait pas aux conclusions de la défense quant aux activités d'enquête du procureur avant le 14 mars 2006, **résultant** en la remise du prévenu à la Cour le 16 mars 2006. La Cour aurait dû préciser en quoi ces activités n'auraient pas pu être considérées comme une « action concertée ». La décision violait dans ce sens le principe du procès équitable.

La Chambre d'appel a pris connaissance du pourvoi de la défense dirigé contre la décision du 3 octobre 2006, dans son arrêt du 14 décembre 2006. La Chambre d'appel a confirmé la décision attaquée. Elle confirme que la demande d'application du principe de l'« abus de droit » tel que pratiqué dans la *common law* et bien que non prévu sous le *Statut de Rome*, est une demande *sui generis*³⁹, recevable devant la CPI. Elle précise

qu'il est du devoir des juges de veiller à la protection des droits fondamentaux de la personne arrêtée, ce qui relève spécifiquement de la compétence des tribunaux.

Un traitement injuste du suspect ou de l'accusé peut perturber la procédure à tel point qu'il devient impossible de réunir les éléments constitutifs d'un procès équitable. Dans ces circonstances, aussi important que soit pour la communauté internationale l'intérêt de traduire en justice les personnes accusées des pires crimes contre l'humanité, il est dépassé par la nécessité de préserver l'efficacité de la procédure judiciaire en tant que puissant instrument de la justice.⁴⁰

La Chambre d'appel considère en conséquence que le rôle de la Chambre préliminaire est non d'examiner la validité de la décision des autorités congolaises d'approuver l'exécution du mandat d'arrêt mais bien de s'assurer que la procédure en

³⁸ *Lubanga, incompétence, supra* note 35 à la p. 10.

³⁹ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-772, Décision relative à l'exception d'incompétence de la Cour soulevée par la défense en application de l'art. 19 (2) (a) du Statut (14 décembre 2006) aux pp. 14-24 (Chambre d'appel).

⁴⁰ *Ibid.* à la p. 21.

droit congolais ait été dûment appliquée et que les droits de la personne arrêtée ont été respectés.

La Chambre d'appel considère en plus que rien n'indique que **l'arrestation** du suspect ou sa comparution devant les autorités congolaises se soit accompagnée d'une quelconque violation de ses droits. Dans ce sens, il semblerait qu'elle estime implicitement que le principe de l'abus de procès ne soit pas, même partiellement, limité à la situation d'« action concertée » entre la Cour et l'État, l'arrestation, dans le cas dont il est question, datant d'avant le 16 mars 2006, ou que les activités du procureur en RDC avant cette date doivent être considérées comme constituant une « action concertée ». Elle ne se prononce pas clairement à ce sujet. Il faudrait en conclure que la Chambre d'appel aurait violé le principe de la « foi due aux actes », puisque la décision de l'Auditeur général des forces armées congolaises **constatait** la détention illégale et arbitraire avant le 16 mars 2006.

La Chambre d'appel considère en outre qu'il n'a pas été établi que le processus visant à traduire l'appelant en justice ait été entaché d'un quelconque vice, ni que les conclusions de la Chambre préliminaire à cet égard étaient erronées. Elle estime, quant à la période avant le 16 mars 2006, que la simple connaissance par le procureur des enquêtes menées par les autorités congolaises ne prouve pas qu'il ait **joué un rôle** dans la manière dont elles ont été menées ni dans le choix des moyens utilisés, y compris la détention à cet effet.

La Chambre d'appel semble ici confirmer une nouvelle fois pleinement l'application du principe de l'abus de droit en l'absence d'« action concertée », pour autant qu'elle soit applicable à la période avant la remise à la CPI. La Cour rappelle toutefois que les crimes pour lesquels monsieur Thomas Lubanga Dyilo a été détenu par les autorités congolaises sont distincts et différents de ceux qui ont conduit à la délivrance d'un mandat d'arrêt international à son encontre. Ceci reviendrait à dire que :

- la **connaissance** du procureur d'irrégularités dans la procédure nationale de l'État requis ne suffit pas pour l'application du principe confirmé de l'abus de procès;
- celle-ci ne serait non plus applicable au cas où l'arrestation et la détention nationale concernent d'autres crimes que ceux faisant l'objet du mandat d'arrêt international, même si l'arrestation concernée a servi de base à la remise à la CPI.

La Chambre d'appel ne se prononce pas, tout comme la Chambre préliminaire, sur la question de l'illégalité, soulevée par la défense, de la comparution devant les juridictions **militaires**. La défense avait pourtant soutenu que le suspect n'était pas militaire mais homme politique et que, partant, ses droits avaient été violés.

Il faut conclure que la Chambre d'appel a **confirmé** le principe de l'application de la théorie de l'abus de procès devant la CPI et de la recevabilité des

demandes concernées comme des demandes *sui generis*. La Cour a fait application de l'article 21.3 du *Statut de Rome* à cet effet. Ceci doit être considéré comme un pas important pour les droits de la défense. Le **contenu** de ce principe reste toutefois confus et vague, ce qui est à regretter. La portée du principe de l'« action concertée » repris par la Chambre préliminaire, ainsi que son contenu, ne sont pas clairement définis. Il semblerait, par ailleurs, que la Cour ne prendrait en considération qu'une arrestation en vertu des crimes faisant l'objet du mandat d'arrêt de la CPI, en exécution du principe de l'abus de procès, ce qui constitue à notre sens une interprétation restrictive de ce principe.

B. L'obligation du procureur d'enquêter à décharge

Ce principe repris à l'article 54.1(a) du *Statut de Rome* est nouveau pour les pays de tradition *common law*. Dans ces pays le message à la défense a l'avantage d'être clair : elle doit elle-même rechercher ses pièces et témoins à décharge et ainsi, sous le système « accusatoire », constituer son propre dossier. Nous parlons donc d'une culture totalement différente de celle propre au système inquisitoire, où un juge d'instruction indépendant est supposé enquêter tant à charge qu'à décharge. Ceci n'est toutefois pas toujours le cas. La défense, dans ce système et dans ces (nombreux) cas, n'ayant aucune culture d'enquête véritable et ne s'équipant donc pas en fonction, s'y base – à tort – sur le dossier du juge d'instruction, constitué en principe tant pour l'accusation que pour la défense.

On a donc instauré à la CPI un système partiellement « mixte », ce qui est à regretter, puisque c'est le procureur qui y est supposé enquêter également pour la défense, ce qui prête à confusion pour la défense. Par ailleurs, ce principe, n'existant que sur papier, pourrait amener le greffé à fortement limiter les moyens d'enquête auxquels la défense a droit dans le cas de l'aide judiciaire, prévalant dans la majorité des cas.

Nous avons exposé plus haut⁴¹ que cette obligation imposée au procureur ne crée que l'impression d'une enquête à décharge, vu le rôle essentiellement et par définition accusatoire de celui-ci. À la CPI, la défense se voit donc dans l'obligation de mener ses propres enquêtes. En plus, elle aura toujours un retard considérable sur le procureur, qui aura constitué la majorité de son dossier lors de l'arrestation du prévenu. La défense devra donc disposer de temps et de moyens en fonction de cette tâche et de l'état de choses mentionné. Le complément de cette obligation du procureur se trouve repris dans un autre article du *Statut de Rome* :

Outre toute autre communication prévue par le présent *Statut*, le Procureur communique à la défense, dès que cela est possible, les éléments de preuve en sa possession ou à sa disposition dont il estime qu'ils disculpent l'accusé ou tendent à le disculper ou à atténuer sa culpabilité, ou sont de nature à entamer la crédibilité des

⁴¹ Voir section 1, ci-dessus.

éléments de preuve à charge. En cas de doute quant à l'application du présent paragraphe, la Cour tranche⁴².

Cette obligation de communication est donc très large et ne saurait être interprétée restrictivement. Le fait de mentionner « les » éléments de preuve, renvoie, bien évidemment, à **tous** les éléments de preuve, eu égard à la présomption d'innocence⁴³. Ceci est encore renforcé par le libellé :

« [d]ont il estime qu'ils disculpent l'accusé ou **tendent** à le disculper ou atténuer sa culpabilité, ou sont de nature à **entamer la crédibilité** des éléments de preuve à charge ».

Le point faible de ce système réside, sans nul doute, dans le fait que l'appréciation de la décharge ou non réside en première ligne auprès du procureur qui appréciera par définition en toute subjectivité vu son rôle essentiellement accusatoire.

Afin d'y remédier la défense avait demandé accès à la **totalité** du dossier du procureur ainsi qu'au dossier dans la situation en RDC. Dans sa décision du 15 mai 2006⁴⁴, la juge unique a rejeté cette demande de la défense parce que non étayée par quelque interprétation littérale ou contextuelle des articles 61-3, 67.1(a), 67.1.(b) et 67.2 du *Statut* et des règles 76, 77 et 121.3 du *Règlement de procédure et de preuve* que ce soit. La décision concernée est même motivée en ce sens que la demande de la défense serait contraire au système de communication défini au *Statut* et au *Règlement de procédure et de preuve*⁴⁵. Il s'en suit que la défense est donc dépendante de l'interprétation du procureur quant au caractère à décharge de certaines de ses pièces. Il faudrait donc en conclure que l'article 67.2 du *Statut* (Obligation du procureur de communication des preuves à décharge), ou plutôt son interprétation par la Cour, n'offre pas pleinement au prévenu la garantie d'un procès équitable.

Par ailleurs, rien n'est dit concernant les preuves qui peuvent être considérées aussi bien à charge qu'à décharge, ou concernant les preuves pour lesquelles il y a doute. La défense doit être mise dans la possibilité de juger elle-même de la validité de ces pièces. Cette question – très importante – touche en plus au problème de l'égalité des armes, qui sera traité dans une partie ultérieure de l'exposé⁴⁶. Dans la décision sur la confirmation des charges, la Cour a, en réponse au moyen de la défense que l'accusation ne lui avait pas communiqué l'ensemble des éléments de preuve à décharge, estimé que l'accusation était tenue uniquement de communiquer à la défense **la plupart** des pièces pouvant être à décharge⁴⁷. La Chambre préliminaire renvoie à ce sujet à tort à la décision précitée du 15 mai 2006 de la Juge unique. La motivation dans cette décision était en effet la suivante :

⁴² *Statut de Rome*, supra note 2, art. 67.2.

⁴³ *Ibid.*, art. 66.

⁴⁴ ICC-01/04-01/06-102, p. 20/66, annexe I, para. 10.

⁴⁵ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-102, Décision relative à la communication de documents (15 mai 2006) au para. 15 (Chambre préliminaire I).

⁴⁶ Voir section 2.3, ci-dessus.

⁴⁷ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-803, Décision sur la confirmation des charges (29 janvier 2007) au para. 154.

Par conséquent, sauf circonstances exceptionnelles pouvant ultérieurement justifier des mesures d'enquête ponctuelle, l'enquête doit être achevée à l'ouverture de l'audience de confirmation des charges et l'accusation doit avoir en sa possession ou sous son contrôle, la plupart, sinon la totalité, des pièces qui pourraient être à décharge devant être divulguées en application de l'article 67.2 du Statut avant l'ouverture de la confirmation des charges.

Ce passage ne concerne donc point la communication de la « plupart » des pièces mais, bien entendu, la **totalité** de ces pièces, seule interprétation possible en concordance avec le *Statut* et les règles. Le dispositif de cette décision est encore plus clair à ce sujet :

« Dès lors que l'accusation identifie une pièce de nature à disculper l'accusé au sens de l'article 67.2, elle doit :

[...]

- i) la communiquer à la Défense ».

Cette partie du dispositif parle donc bien de **chaque** pièce et non de la « plupart » des pièces.

Tout ceci est d'autant plus important que le procureur, qui fait rapport au Conseil de sécurité des Nations unies, doit tenir compte des dispositions de l'article 16 du *Statut*, qui permet au Conseil de sécurité d'arrêter toute enquête ou toutes poursuites pour un délai renouvelable de douze mois. La *ratio legis* de cette disposition, qui pend comme une épée de Damoclès sur toute instruction ou poursuite est que des poursuites internationales pourraient interférer avec des négociations diplomatiques nécessaires afin de préserver la sécurité internationale⁴⁸. Ceci pourrait amener le procureur à négliger l'enquête à décharge.

Le Conseil de sécurité étant un organe politique, la question se pose si ce pouvoir ne sera pas utilisé afin de protéger des intérêts politiques d'un de ses membres contre des enquêtes ou poursuites internationales. Par ailleurs, le procureur pourrait être amené à anticiper cette question. Ceci constitue une très grande réserve quant à son indépendance.

Il existe donc un réel danger que la CPI soit « manipulée » à des fins de pure politique internationale. Ceci est d'autant plus le cas que le Conseil de sécurité dispose d'un droit d'initiative en vertu du Chapitre VII de la *Charte des Nations unies*⁴⁹. La défense dans l'affaire *Lubanga* a d'ailleurs reproché à l'accusation d'avoir commencé l'histoire de la Cour par un procès politique servant à masquer les responsabilités réelles en Ituri (RDC). Cette question est un des plus grands dangers

⁴⁸ David Stoelting, « ICC Pre-Trial Proceedings: Avoiding Gridlock » (2003) 9 *Journal of International and Comparative Law* 413 à la p. 422.

⁴⁹ *Statut de Rome*, *supra* note 2, art. 13(c).

menaçant la Cour, qui ne pourrait devenir un instrument servant à la politique internationale de certains états.

C. Le procès équitable et l'égalité des armes

Comme déjà exposé, un des « oublis » majeurs du *Statut de Rome* est d'avoir omis de prévoir un organe institutionnel pour la défense, ceci au même titre que le Bureau du procureur. En reconnaissance tacite de cette défaillance, le *Règlement de procédure et de preuve*, le *Règlement de la Cour* et le *Code de conduite* ont essayé d'établir un degré plus important de soutien institutionnel pour la défense. Le Greffe doit veiller à ce que le conseil de la défense dispose des ressources suffisantes afin d'assumer sa tâche. Il est toutefois tributaire des moyens financiers mis à sa disposition par l'Assemblée des États parties.

1. ASSISTANCE JUDICIAIRE DU CONSEIL

Dans le cadre de l'aide judiciaire, il était prévu, au stade préliminaire, une équipe de défense se décomposant en un conseil de la défense (niveau P5), un assistant judiciaire (niveau P2) et un assistant administratif (niveau G5). Le greffier est le premier juge de l'étendue de cette aide judiciaire. La norme 83 du *Règlement de la Cour* prévoit :

L'aide judiciaire aux frais de la Cour comprend l'ensemble des coûts que le greffier estime raisonnablement nécessaires pour assurer une défense effective et efficace. Cette aide couvre notamment les honoraires du conseil, de ses assistants, tels que définis à la norme 68, de ses collaborateurs, ainsi que les frais relatifs au rassemblement des éléments de preuve, les frais d'administration, les frais relatifs aux services de traduction et d'interprétation, les frais de déplacement et les indemnités journalières de subsistance.

Cette norme prévoit également que le greffier peut consulter la Chambre à ce sujet⁵⁰. La défense peut faire une demande de moyens financiers supplémentaires en fonction de la nature de l'affaire⁵¹ et faire en plus une demande à cet effet devant la Chambre compétente qui peut examiner les décisions du greffier relatives à l'étendue de l'aide telle que définie dans la norme⁵². Il s'est avéré que le greffier est très réticent afin d'accorder à la défense de l'aide supplémentaire, et ce malgré le fait qu'il a obtenu fin 2006 une augmentation substantielle de 10 % sur son budget. La défense, dans l'affaire *Lubanga*, avait demandé des effectifs supplémentaires, après que le Greffe lui avait attribué deux stagiaires, pour les motifs suivants :

⁵⁰ CPI, *Règlement de la Cour*, CPI Doc. ICC-BD/01-01-04, 5^e sess., art 83.2, en ligne : CPI <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/B920AD62-DF49-4010-8907-E0D8CC61EBA4/280457/ICCBD010104FRA.pdf>> [*Règlement de la Cour*].

⁵¹ *Ibid.*, art. 83.3.

⁵² *Ibid.*, art. 83.4.

- demandes civiles de dizaines de victimes nécessitant réponses et conclusions;
- audience de confirmation des charges nécessitant enquêtes et témoignages⁵³;
- interprétation des textes nouveaux demandés par la Chambre préliminaire;
- situation de crise en RDC⁵⁴;
- système informatique de gestion de pièces nouveau et compliqué;
- quantité énorme de matériel de preuves communiqué par le procureur à examiner, en grande partie en anglais, langue que le prévenu ne comprend pas.

La défense a, en conséquence, demandé au Greffe :

- deux assistants judiciaires supplémentaires;
- un assistant chargé de la gestion de dossiers et pièces;
- un co-conseil.

Ces effectifs demandés se sont par la suite avérés être un strict minimum. Le Greffe avait, en conséquence, alloué à la défense, « à titre exceptionnel et provisoire », aux fins d'accélérer la procédure en diminuant les risques de retard liés à la gestion électronique des dossiers « un assistant chargé de la gestion des dossiers » (niveau G 5). La défense s'est alors adressée à la Chambre, tout en faisant remarquer que le procureur – d'après ses propres dires à la Conférence de presse du 28 août 2006 – dispose d'au moins vingt enquêteurs ayant travaillé sur le dossier dont question et avait effectué au moins soixante-dix missions d'enquête en RDC.

Faisant partiellement droit à la demande de la défense de lui adjoindre un co-conseil et deux assistants judiciaires complémentaires, la Chambre préliminaire I a ordonné au Greffe d'adjoindre à la défense un assistant judiciaire P2. Il faut faire observer qu'à ce moment-là, la défense ne disposait même pas de l'assistant P2 prévu par le comité de budget et des finances des États parties, mais d'un assistant G5, ce qui ne correspond pas au niveau d'un assistant judiciaire. La décision du Greffe d'adjoindre un assistant G5 supplémentaire ne portait donc même pas encore l'équipe au niveau prévu tel que cité plus haut, de sorte que la décision de la Chambre n'augmentait ce niveau que d'un G5 et non d'un P2.

Le procureur dispose en plus d'un bureau composé de nombreux juristes, de juristes-informaticiens spécialisés et aptes à gérer le système informatique de la Cour, de traducteurs, d'experts, etc. Le procureur peut faire travailler plusieurs équipes à la fois, ce qui est particulièrement intéressant pendant les audiences, puisqu'une de ces

⁵³ Voir section 2.3.2, ci-dessous.

⁵⁴ Voir section 2.8, ci-dessous.

équipes peut rester au bureau afin de faire les recherches, rédiger les conclusions demandées par l'équipe d'audience. Une autre équipe spécialisée s'occupe des appels. Tout ceci permet au procureur non seulement de constituer un dossier énorme de pièces étudiées à l'avance, mais également de faire face aux innombrables requêtes et conclusions que les parties doivent déposer ainsi qu'aux procédures d'appel pendantes parallèlement aux procédures de première instance.

La participation des victimes et la nouvelle nature du stade préliminaire font que la procédure devant la CPI ne peut en rien être comparée à celle devant les Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*. Le procureur dispose en plus d'un autre avantage non négligeable : celui du temps.

La jurisprudence devant les Tribunaux *ad hoc* est fixée dans ce sens que l'égalité des armes ne signifie pas l'égalité matérielle de disposer des mêmes ressources financières et/ou en personnel⁵⁵. Référence y est faite à l'affaire *le Procureur c. Tadic* pour retenir que l'égalité des armes oblige une juridiction à s'assurer qu'aucune partie ne soit mise dans une position désavantageuse quand elle présente son dossier⁵⁶.

Il est à nouveau fait référence à l'affaire *Tadic* pour avancer que le principe de l'égalité des armes ne s'applique pas aux « conditions en dehors du contrôle de la Cour » qui, par exemple, ont empêché la défense de s'assurer de la présence de certains témoins, ou résidant dans le fait de ne pas avoir été dans la possibilité de voyager ou d'aller sur le terrain. Nous estimons, en présence de cette jurisprudence, que, si les empêchements dont question sont dus au manque d'effectifs de la défense (comme c'était le cas dans l'affaire *Lubanga*) elle n'est pas applicable, puisque ces derniers éléments se trouvent bien sous le contrôle de la Cour.

Il faut, par ailleurs faire remarquer que, pour le moins et dans l'alternative, le procès équitable exigerait que la Chambre compétente décide d'une remise de l'affaire, sur demande de la défense. Car soit l'on n'accorde pas des effectifs suffisants mais alors cette situation exige que la défense dispose de plus de temps, soit on augmente les effectifs afin de pouvoir garantir un procès rapide.

Dans l'affaire *Lubanga*, la défense se trouvait exactement dans toutes ces situations (manque d'effectifs, manque de temps, impossibilité de voyager vu la situation prévalant à l'époque en RDC et, partant, impossibilité de rassembler des preuves et de contacter des témoins). Les droits de la Défense n'y ont donc pas été respectés. La défense avait dès lors, au début de l'audience de confirmation des charges, fait application de la règle 121.7 du *Règlement de procédure et de preuve* et demandé le report de l'audience en invoquant son droit de présenter des éléments de preuve à l'audience de confirmation des charges⁵⁷. Elle a également fait valoir qu'elle n'était pas prête, n'ayant pu prendre connaissance de l'entièreté du dossier, et a fait

⁵⁵ *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, ICTR-95-1-A, Jugement final (1 juin 2001) aux para. 63-71 (Tribunal pénal pour le Rwanda, Chambre d'appel).

⁵⁶ *Le Procureur c. Tadic*, IT-95-17/1-A, Arrêt (21 juillet 2000) au para. 48 (Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel).

⁵⁷ *Statut de Rome, supra* note 2, art. 61.6(c).

appel à l'article 67.1 (b) du *Statut de Rome*. La Chambre préliminaire I a, par décision orale du 10 novembre 2006, rejeté la demande de la défense⁵⁸.

Le *Statut de Rome*, quant à lui, n'est pas muet sur cette question, puisqu'il prévoit que le suspect doit disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense⁵⁹. Lus ensemble avec l'article 61.6(c), qui permet au suspect de présenter des éléments de preuve à l'audience de confirmation des charges, ces droits du prévenu supposaient que la remise lui soit accordée. Ceci était d'autant plus le cas que le système informatique, devant contenir les pièces dont a été fait communication par une des parties à la cause, ne fonctionnait pour la défense qu'après plusieurs mois depuis l'arrestation d'une part et que le procureur avait refusé de communiquer son dossier de la façon classique (copies) d'autre part. Le procureur en plus, quant à lui, reconnaissait le manque d'effectifs et de temps impartis à la défense.

2. ASSISTANCE D'UN ENQUÊTEUR

Cette assistance est indispensable à la défense pour plusieurs raisons. D'une part, afin de rassembler ses preuves et de constituer son dossier. Puisque la défense ne pourrait se fier au seul dossier du procureur, elle est dépendante d'un enquêteur qui doit se rendre sur le terrain. D'autre part, la défense a vite réalisé qu'elle aurait également besoin de cet enquêteur pour vérifier la teneur et la crédibilité des pièces présentées par le procureur. La défense était donc d'avis que la personne indiquée serait un confrère local en RDC, qui en plus parlerait la langue locale en Ituri (Kingwana) et disposerait ainsi plus de la confiance locale autant qu'il pourrait saisir toutes les nuances de cette langue. De plus, il/elle pourrait juger d'emblée des aspects juridiques de certaines preuves et les évaluer en fonction du procès et des audiences, ce qu'un enquêteur non juriste ne pourrait faire, évitant ainsi de nombreux déplacements sur le terrain du seul conseil, bloqué d'ailleurs à La Haye en vue des nombreuses audiences.

Le conseil a néanmoins dû se rendre sur le terrain puisque certains témoins ne voulaient parler qu'à celui-ci. Ceci ne s'est avéré possible que pendant quelques jours, trois semaines avant l'audience, ce qui était largement insuffisant et trop tard. Pendant son absence, des audiences ont été tenues où donc le prévenu se trouvait sans avocat, la défense n'étant assurée que par un assistant judiciaire qui ne devrait avoir aucun pouvoir de représentation à proprement parler, n'étant pas inscrit à la liste des conseils. La désignation du dit enquêteur s'est avérée très difficile au stade préliminaire, le Greffe invoquant qu'il n'y avait au total que 90 jours d'enquêtes disponibles pour les phases préliminaires et de procès cumulées. Ceci est largement insuffisant. La défense s'est vue obligée d'accepter que le budget engagé pour les enquêtes au stade préliminaire soit prélevé sur le budget prévu pour l'assistant judiciaire (P2) à la phase de procès, ce qu'elle contestait fortement. Tout ceci a fait

⁵⁸ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Procès-verbal d'audience (10 novembre 2006) aux para. 5-6 (Chambre préliminaire I).

⁵⁹ *Statut de Rome*, *supra* note 2, art. 67.1(b).

que l'enquêteur n'a commencé à travailler qu'un peu plus de deux mois avant l'audience de confirmation des charges, ce qui s'est révélé tout à fait insuffisant.

Il faut conclure de tout ceci que l'égalité des armes n'a certainement pas été respectée. La défense ne demandait pourtant nullement et de loin les mêmes effectifs et financements que le Bureau du procureur.

3. L'OFFICE DU CONSEIL PUBLIC DE LA DÉFENSE

Une autre nouveauté, qu'il faut fortement saluer, est la création de cet organe, institutionnel quant à lui. La norme 77 du *Règlement de la Cour* stipule :

1. Le Greffier constitue et développe un Bureau de conseil public pour la Défense chargée d'apporter l'assistance décrite aux dispositions 4 et 5.
2. Le Bureau du conseil public pour la Défense relève du Greffe uniquement sur le plan administratif et fonctionne comme un bureau totalement indépendant. Les conseils et les assistants qui en sont membres travaillent de manière indépendante.
3. Le Bureau du conseil public pour la Défense peut inclure un conseil qui répond aux qualifications définies à la règle 22 et à la norme 67. Il inclut également des assistants, tel que prévu à la norme 68.
4. Les conseils du Bureau du conseil public pour la Défense ont notamment pour tâche de représenter et de protéger les droits de la Défense au stade initial de l'enquête, en particulier en vue de l'application de l'alinéa d) du paragraphe 2 de l'article 56 et de la disposition 2 de la règle 47.
5. Le Bureau du conseil public pour la Défense fournit également aide et assistance aux conseils de la Défense et aux personnes habilitées à bénéficier de l'aide judiciaire, y compris, le cas échéant :
 - a) en effectuant des recherches et en donnant des avis juridiques, et
 - b) en comparaisant devant une chambre dans le cadre de questions spécifiques.

Il faut regretter que cet organe ne soit pas plus institutionnalisé en le mentionnant au *Statut de Rome* ou au *Règlement de procédure et de preuve*. Toutefois faut-il saluer cette création puisqu'il sera avant tout une mémoire collective pour la défense, qui a comme tâche principale d'assister les équipes de défense dans leur travail, en recherchant, par exemple, de la doctrine et de la jurisprudence. La section défense du Greffe comprend également l'office du Conseil public des victimes. Il faut regretter que ce dernier organe se soit vu rapidement octroyer par le Greffe des effectifs substantiellement plus importants que ceux de son pendant pour la défense. Il faut se demander pourquoi.

Pendant toute la phase préliminaire dans l'affaire *Lubanga* celui-ci était représenté par un juriste P2 à qui ont été adjoints après quelques mois deux stagiaires et une assistante administrative. Il faut souligner que ce juriste a été d'un soutien capital pour la défense dans l'affaire *Lubanga*, dès que la Chambre préliminaire lui avait ordonné d'assister le conseil de la défense, depuis le mois d'avril 2006. Entre temps les effectifs de ce Bureau ont été augmentés, notamment par la désignation d'un conseil public de la défense.

D. L'interrogatoire et le contre-interrogatoire de témoins

Les droits de l'accusé se retrouvent essentiellement groupés dans l'article 67 du *Statut de Rome*. Il y est notamment prévu que celui-ci aura le droit d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge et obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge⁶⁰. Le *Règlement de procédure et de preuve* prévoit que la défense a le droit d'interroger les témoins en dernier⁶¹.

Il faut saluer le fait que le *Statut de Rome* ait repris cette institution classique connue dans les pays de tradition *common law*. Celle-ci, en effet, est beaucoup plus apte à rechercher la vérité que les techniques généralement utilisées dans les pays de tradition romano-germanique. L'interrogatoire des témoins y est fait en premier lieu par le Juge. Le contre-interrogatoire, *a fortiori*, n'y existe donc pas et les questions des parties s'adressent au Juge qui les repose après au témoin. Il n'y est quasiment pas possible d'examiner la crédibilité du témoin, ni de lui poser une série de questions très précises concernant les faits repris dans son témoignage. Le témoin se trouve donc pour ainsi dire « sous la protection » du juge.

La première audience de la CPI étant présidée par le juge Claude Jorda, de nationalité française, la défense craignait fort que celui-ci organise le contre-interrogatoire dans l'esprit de sa propre tradition. Il n'en a rien été et le Président de Chambre a pleinement respecté l'esprit du contre-interrogatoire en *common law*. Il a laissé à la défense toute latitude notamment dans les questions concernant la crédibilité du témoin et a donc pleinement respecté les droits de la défense concernée, ce qu'il faut saluer.

Il est donc d'une importance capitale que les conseils pratiquant à la Cour, aient une expérience approfondie des techniques propres de l'interrogatoire et contre-interrogatoire, qui sont complexes.

E. Le droit au silence

Le prévenu a le droit de garder le silence sans que ce silence soit pris en considération pour déterminer sa culpabilité ou son innocence⁶². La défense a dû, à

⁶⁰ *Ibid.*, art. 67.1(e).

⁶¹ *Règlement de procédure et de preuve*, *supra* note 3, art. 140.2(d).

⁶² *Statut de Rome*, *supra* note 2, art. 67.1(g).

une reprise, rappeler ce droit au Président de Chambre, quand celui-ci posait certaines questions directement au prévenu.

F. Le droit à la traduction

Le prévenu a le droit de se faire assister gratuitement par un interprète compétent et de bénéficier des traductions nécessaires pour satisfaire aux exigences de l'équité, si la langue employée dans toute procédure suivie devant la Cour ou dans tout document présenté à la Cour n'est pas une langue qu'il comprend et parle parfaitement⁶³. Le respect de cet article s'est avéré particulièrement difficile, voire impossible.

1. QUANT AUX DECISIONS EN LANGUE ANGLAISE

La plupart des décisions sont rendues en texte original anglais et communiquées de la sorte aux parties. Les traductions parviennent aux parties longtemps après les délais d'appel, qui sont excessivement courts. La défense, ayant soulevé une exception à ce sujet, s'est vu adjoindre un interprète par la Chambre préliminaire I⁶⁴. Il va sans dire que cette solution ne convenait point, puisqu'on ne pouvait s'imaginer la présence d'un interprète aux entrevues conseil-client ni la situation où un interprète traduirait toutes les décisions oralement à l'accusé.

Par ailleurs, la Chambre, dans la même décision, avait fait référence à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pour dire pour droit que le droit de l'accusé ne va pas aussi loin que d'exiger la traduction de toute preuve écrite ou documents officiels dans la procédure. La même exception a été soulevée par la défense devant la Chambre de procès. Celle-ci, quant à elle, a décidé que les garanties repris à l'art. 67 du *Statut de Rome* doivent être considérées comme **minimales** de telle sorte que le Greffe a l'obligation de pourvoir en des procès-verbaux immédiats dans les deux langues de travail, si ceci est techniquement possible.

2. QUANT AUX LANGUES PARLEES EN ITURI ET AILLEURS EN RDC

Cette question a fait l'objet de débats très animés aux audiences de confirmation des charges. Il s'est avéré, en cours de procédure préliminaire, que le procureur et la Chambre préliminaire étaient d'avis qu'il n'existe qu'une sorte de swahili en Afrique. Or, ceci n'est pas le cas. Dans chaque partie de l'Afrique où le swahili est pratiqué, celui-ci s'est mélangé avec la langue locale, pour former un swahili différent, local.

⁶³ *Ibid.*, art. 67.1(f).

⁶⁴ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-268, Décision prise au sujet des demandes de la défense en date des 3 et 4 juillet 2006 (4 août 2006) à la p. 5 (Chambre préliminaire I).

Le swahili, qui était à l'origine une langue essentiellement commerçante qui s'est développée sur les côtes de l'Afrique de l'Est – avec même des influences arabes –, s'est donc vu transformé au fur et à mesure qu'il a été introduit à l'intérieur des pays. Il en a résulté en Ituri une langue propre, le kingwana. Pour ne donner que l'exemple du Congo, quand on sait qu'on y parle plus de quatre cents langues différentes, on comprendra aisément la complexité de la chose. Or, la langue et la traduction sont les ennemis de la Justice.

Il s'était avéré que le procureur, inconscient de ce problème ou mal conseillé concernant celui-ci, avait par exemple fait interroger des enfants en Ituri par un interprète kenyan. Les enfants pratiquant le kingwana alors que l'interprète parlait le swahili d'une certaine partie du Kenya, un dialogue de sourds s'est installé sur la bande vidéo concernée, puisque les enfants ne comprenaient souvent pas les questions, alors que l'interprète ne comprenait pas les réponses. Quand une traduction de tout cela était faite en anglais, on peut aisément deviner comment cette dernière était loin de ce que les enfants avaient dit. Ce problème se posait bien entendu pour toute traduction faite dans les nombreuses bandes vidéo utilisées par le procureur, mais se posait également dans les témoignages dont procès-verbal avait été dressé, de telle sorte que tout ceci constitue à notre sens une bombe sous le dossier du procureur, toute traduction étant défectueuse.

Quand la défense a soulevé ce problème à l'audience et demandé que soit désigné un expert, la Chambre a demandé au Greffe de donner son avis. Le Greffe était d'avis qu'il n'existe qu'une seule sorte de swahili. La Chambre préliminaire a donc accepté comme fiables des traductions qui ne l'étaient pas. En plus, il paraît difficilement acceptable que l'on demande au Greffe un avis d'expert dans une matière aussi complexe. De l'avis de la défense, le Greffe non seulement abandonnait de cette façon sa neutralité, mais également ne disposait pas de l'expertise nécessaire dans ce domaine.

G. Matériel de preuve utilisé par le procureur

Le procureur a fait usage notamment :

- d'articles de presse;
- de rapports de diverses ONG;
- de bandes vidéo;
- de « résumés » d'interrogatoire d'enfants.

Par ailleurs, la technique classique de procès-verbaux dressés par des enquêteurs officiels, comparables aux officiers de police judiciaire, n'était qu'exceptionnellement présente au dossier. Les dispositions concernant les enquêtes sont reprises dans les articles 53 et suivants du *Statut* ainsi que dans les règles 111 et suivantes du *Règlement de procédure et de preuve*. La disposition principale

concernant les interrogatoires à proprement parler se retrouve dans la règle 111.1 du *Règlement de procédure et de preuve*.

Il faut avant tout en retenir que la personne entendue a le droit d'être assistée d'un conseil, et d'obtenir copie de sa déclaration écrite⁶⁵ ainsi que, à la fin de l'interrogatoire, elle doit avoir la possibilité de corriger ou de compléter ses déclarations. Il faut également souligner qu'une personne arrêtée ou ayant comparu sur citation conformément à l'article 58 du *Statut* aura la possibilité de demander des actes d'instruction spécifiques pour aider à préparer sa défense⁶⁶.

Ces dispositions impliquent à notre sens que la personne concernée, ou son conseil, pourraient d'abord demander des actes d'instruction supplémentaire au procureur, ceci dans le cadre de son obligation d'enquête à décharge (qui peut le plus, peut le moins). Aucune réglementation n'est prévue quant au statut des enquêteurs, ni quant aux conditions requises pour le devenir, ce qui est regrettable. Le procureur a donc toute liberté aux fins du recrutement de ceux-ci.

L'emploi d'articles de presse est à l'évidence une pratique excessivement douteuse et dangereuse. Elle sert bien entendu à créer une « atmosphère » de suspicion à l'égard du prévenu, sans être à même de constituer une quelconque preuve que ce soit. Les conseils de la défense connaissent très bien le danger des « atmosphères » en procédure pénale. L'utilisation de rapports d'ONG est, à la même enseigne, néfaste. Les ONG, même les plus importantes et connues, ne sont pas indépendantes parce que financées par des acteurs ayant des intérêts considérables sur le terrain, comme des États. Comme on ne « mord pas dans la main de celui qui vous nourrit », ces ONG suivent une « politique » uniforme, d'une façon très inquiétante.

Le conseil de la défense a dû constater à Bunia (Ituri) que des témoins potentiels avaient été approchés à plusieurs reprises par certaines ONG, qui leur posaient des questions très précises sur les faits dans l'affaire *Lubanga*. Quand les témoins maintenaient leur version malgré l'insistance des ONG, ces dernières déclaraient ne pas pouvoir utiliser le témoignage, puisqu'il ne cadrerait pas dans la « politique » à suivre. Ce qui, dans tout cela, est le plus inquiétant est que ces ONG mènent des « enquêtes » propres qui sont par la suite utilisées par le procureur. Il faut donc constater qu'il s'est installé une pratique de coopération intense entre le Bureau du procureur et les ONG. Ces ONG, qui ne sont liées par aucune règle, font donc en « free-lance » fonction d'officiers de police judiciaire parallèles. Allons-nous assister à la « Justice des ONG », « procureurs » tous azimuts d'une Justice mondiale et nouvelle ? Ce serait une perspective bien sombre pour cette justice.

Les bandes vidéo ne répondent en général à aucune garantie d'authenticité. Le principe en *common law* de *chain of custody* ne s'y retrouve d'aucune façon. Il est possible que ces vidéos soient le résultat d'un montage fait par un inconnu. Leur origine n'est jamais divulguée et la Chambre préliminaire n'a prêté aucune attention aux remarques de la défense à ce sujet. Les « résumés » de procès-verbaux d'interrogatoire d'enfants ne trouvent pas leur place dans un procès d'une telle

⁶⁵ *Règlement de procédure et de preuve*, *supra* note 3, art. 112.3.

⁶⁶ *Statut de Rome*, *supra* note 2, art. 57.3(b); *Règlement de procédure et de preuve*, *ibid.*, art. 116.

importance. Ces « résumés » ne donnent aucune garantie quant à la reproduction fidèle (pour autant que possible) de l'interrogatoire ni de ses nuances. Un résumé reste un compte-rendu subjectif fortement influencé par la vision propre de celui qui le rédige quand il/elle choisit quelle est l'essence de l'interrogatoire. En plus il reste difficile à en comprendre la nécessité. La protection du témoin ne s'en trouve pas accrue puisque les mesures de protection se pratiquent aisément quant au texte complet où l'on retrouve de nombreux « caviardages », qui rendent même souvent certains témoignages illisibles pour la défense.

Les résumés ont toutefois été acceptés par la Chambre préliminaire I comme mesures de protection des témoins, plus spécifiquement de leurs identités⁶⁷. Le *Statut de Rome* pourtant prévoit que des mesures de protection ne doivent être ni préjudiciables ni contraires aux droits de la défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial⁶⁸. Faisant droit à un appel du prévenu, la Chambre d'appel a accepté que l'accusation puisse se fonder sur des éléments de preuve sous forme de résumés à l'audience de confirmation des charges, se référant à l'article 61.5 du *Statut*⁶⁹. La lecture de l'arrêt concerné rend toutefois clair que cette jurisprudence ne s'applique qu'au stade préliminaire et non au stade de procès.

H. Les enquêtes de la défense sur le terrain

Comme déjà exposé, ces enquêtes, nécessaires, n'ont pu débiter qu'à partir de deux mois avant le début des audiences de confirmation de charges, ce qui était largement insuffisant. En plus, comme il a été dit plus haut, le conseil de la défense n'a pu voyager en RDC que trois semaines avant le début des audiences. Sa demande, au départ de la RDC, de remise pour le dépôt de la liste de preuves lui a été refusée par la Chambre préliminaire.

A Kinshasa, le conseil s'est vu confronté à des conditions de travail excessivement difficiles. Il n'y bénéficiait pas d'un moyen de transport approprié ni de locaux aptes à recevoir des témoins potentiels en toute discrétion, le bureau de la Cour y ayant été supprimé, du moins temporairement. Il n'y disposait en plus d'aucun bureau, d'outil de travail (pc) ou de moyens de communication. Sa sécurité n'était garantie d'aucune façon. Cette situation se serait entre temps améliorée.

Force était de constater que les témoins de l'accusation bénéficiant de mesures de protection à outrance, ceux de la défense étaient, eux, fortement exposés. Les thèses de la défense à développer à l'égard du régime actuel au pouvoir en RDC étant très accusatrices, les risques encourus par ses témoins se voyaient décuplés en

⁶⁷ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-517, Decision concerning the prosecution proposed summary evidence (4 octobre 2006) (Chambre préliminaire I).

⁶⁸ *Statut de Rome*, supra note 2, art. 68.1.

⁶⁹ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, First Decision on the Prosecution Requests and Amended Requests for Redactions under Rule 8 (14 décembre 2006) (Chambre d'appel) [*Lubanga, Rule 8*].

RDC. Le manque de protection constituait donc une flagrante violation de l'égalité des armes ainsi que des dispositions claires du *Statut* à ce sujet⁷⁰.

A Bunia (Ituri), la situation était comparable, à cette différence près que la défense pouvait utiliser les bureaux occupés par l'Office du procureur, qui mettait à sa disposition également ses ordinateurs, aux fins de communication, ce que le conseil de la défense a refusé, pour des raisons évidentes. La sécurité du conseil y a été assurée, à la demande expresse du Greffe, mais ceci seulement après que le procureur avait averti qu'à sa connaissance le conseil de la défense faisait l'objet d'un « complot ». Le résultat a été que le conseil n'a eu à sa disposition qu'un téléphone satellite afin de communiquer, ce qui était totalement insuffisant.

Le contingent des Nations Unies (MONUC) présent en RDC (le plus important au monde) est un véritable État dans l'État. Toute personne travaillant dans le cadre de la CPI y est dépendante des facilités de transport mis à disposition par la MONUC. Le Bureau du procureur dispose d'un accord écrit à ce sujet avec la MONUC. Le Bureau du conseil public des victimes également.

Il est apparu que le Greffe n'avait pas négocié d'accord semblable pour la défense. Celle-ci dépendait donc du bon vouloir de troupes de la MONUC afin de soigner pour des moyens de transport, ce qui est inacceptable.

I. Les mesures de protection demandées pour les témoins du procureur

1. PROCEDURE

La procédure non contradictoire *ex parte* n'est nulle part prévue au *Statut de Rome*. La règle 87 du *Règlement de procédure et de preuve* **l'interdit** pour la demande de mesures de protection de victimes ou de témoins adressés aux Chambres. Uniquement à la règle 88 prévoit-on la possibilité d'une procédure à huis clos ou *ex parte* pour les demandes de mesures spéciales. Ces procédures doivent donc être l'exception et le contradictoire la règle.

Néanmoins, le procureur a systématiquement fait usage de la procédure *ex parte* pour toutes les mesures de protection demandées, ce que la Chambre préliminaire I a accepté. Il en résultait notamment que la Chambre avait étudié, avec le procureur et en l'absence de la défense, les pièces que l'accusation entendait utiliser aux audiences de confirmation des charges. La défense n'a en plus eu aucune connaissance de ce qui avait été dit à ces occasions. Le contradictoire avait totalement été éliminé, contrairement aux articles 21 et 67 du *Statut de Rome*.

2. MESURES

⁷⁰ *Statut de Rome*, supra note 2, art 68.1-2; *Règlement de procédure et de preuve*, supra note 3, art. 87-88.

Les mesures pratiquées par le procureur concernent surtout des « caviardages » cachant les parties d'un document ou témoignage qui pourraient révéler à la défense l'identité du témoin ou d'autres éléments le concernant. Il résulte de l'article 68.1 *in fine* déjà cité du *Statut* que les « mesures de protection » doivent être l'exception et ne peuvent être contraires aux droits de l'accusé et aux exigences d'un procès équitable. La défense avait en plus constamment soutenu que ces mesures servaient avant tout à protéger les témoins et leur identité du **public** et non de la défense.

Ceci résulte clairement du texte littéral de l'article 68.1 et est la seule interprétation possible dans le cadre du procès équitable. Comment en effet une défense pourrait-elle examiner la crédibilité d'un témoin, sans connaître son identité, les dates et lieux concernant les faits mentionnés dans son témoignage, sa profession, son domicile, etc. ?

La défense avait à plusieurs reprises donné comme exemple la pratique devant le TPIR de mettre à disposition de la défense des exemplaires non « expurgés » (non caviardés) de toutes les déclarations utilisées. Néanmoins, la Chambre préliminaire I avait, dans sa décision du 15 septembre 2006, même constaté que les expurgations pratiquées par le procureur n'offraient pas de protection suffisante aux témoins et avait ordonné au procureur de prévoir d'autres mesures plus sévères, suggérant, *inter alia*, des résumés. Saisie d'un appel de la défense, après autorisation par la Chambre préliminaire I, la Chambre d'appel a, dans son arrêt cité du 4 décembre 2006, infirmé la décision de la Chambre préliminaire.

La Chambre d'appel constate d'abord que la décision de la Chambre préliminaire n'est pas suffisamment motivée, alors que plusieurs dispositions du *Statut* et du *Règlement de procédure et de preuve* mettent l'accent sur l'importance de suffisamment motiver les décisions⁷¹. La nécessité d'indiquer dans ses motifs suffisamment le fondement d'une décision est également confirmée par la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans le cadre de l'exigence d'un procès équitable⁷². La Cour ajoute que ce n'est qu'ainsi qu'un accusé peut utilement exercer les recours existants. Le TPIY a également confirmé le droit à une décision suffisamment motivée dans le cadre du droit à un procès équitable⁷³.

La Chambre d'appel motive que n'est pas tenu compte des trois principaux éléments à prendre en considération pour autoriser la non communication de l'identité d'un témoin en application de la règle 81.4 du *Règlement de procédure et de preuve*, à savoir :

- Le risque que la communication de son identité mette en danger le témoin ou des membres de sa famille;
- La **nécessité** de prendre des mesures de protection;

⁷¹ *Lubanga, rule 8, supra* note 70 à la p. 11.

⁷² *Hadjianastassiou c. Grèce* (1992), 252 A Comm. Eur. D.H.D.R 18 au para. 32.

⁷³ *Le Procureur c. Momir Nikolic*, IT-02-60/1-A, Arrêt relatif à la sentence (8 mars 2006) au para. 96 (Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie) *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac et autres*, IT-96-23 et 23/1-A, Arrêt, (12 juin 2002) au para. 41 (Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel).

- Les raisons pour lesquelles la Chambre préliminaire a estimé que ces mesures ne seraient ni préjudiciables ni contraires aux droits de la Défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial.

La Chambre d'appel constate que la Chambre préliminaire ne motivait nullement pourquoi elle estimait que la sécurité des témoins ou de leur famille pourrait être mise en danger si l'identité des dits témoins venait à être révélée à l'appelant⁷⁴. Elle constate par ailleurs que la nature *ex parte* de la procédure ne justifie pas l'insuffisance des motifs exposés. Elle invite, dans son dispositif, à statuer à nouveau sur les requêtes qui ont donné lieu à la décision contestée, en tenant compte des conclusions du même arrêt.

À notre connaissance, la Chambre préliminaire I n'a pas encore rendu de nouvelle décision. Sa décision de confirmer les charges du 29 janvier 2007 était pourtant nécessairement pour le moins partiellement basée sur ces documents expurgés et sur les résumés. Nous estimons que la Chambre préliminaire I aurait dû ordonner une réouverture des débats, afin de d'abord régler cette question, avant de statuer sur la confirmation ou non des charges.

Finissons par dire que les implications sont de taille pour la défense. Il y va non seulement de la possibilité d'examiner la crédibilité des témoins mais également de la possibilité de prendre connaissance du contenu des documents concernés. Les « caviardages » sont tels qu'il devient impossible de lire le document dans son ensemble et dans ses détails. Les droits de la défense et au procès équitable s'en voient, par définition, violés.

J. Appels

La personne déclarée coupable, ou le procureur au nom de cette personne, peut interjeter appel pour l'un des motifs suivants :

- a) vice de procédure;
- b) erreur de fait;
- c) erreur de droit;
- d) tout autre motif de nature à compromettre l'équité ou la régularité de la procédure ou de la décision;⁷⁵;

Les appels concernant la peine prononcée et l'acquittement ainsi que leurs conséquences quant à la détention sont réglés dans le même article du *Statut*. L'une

⁷⁴ *Lubanga, rule 8, supra* note 69 au para. 21.

⁷⁵ *Statut de Rome, supra* note 2, art. 81.1(b).

ou l'autre partie peut faire appel conformément au *Règlement de procédure et de preuve*, de l'une des décisions ci-après :

- e) décision sur la compétence ou la recevabilité;
- f) décision accordant ou refusant la mise en liberté de la personne faisant l'objet d'une enquête ou de poursuites;
- g) décision de la Chambre préliminaire d'agir de sa propre initiative en vertu de l'article 56, paragraphe 3;
- h) décision soulevant une question de nature à affecter de manière appréciable le déroulement équitable et rapide de la procédure ou l'issue du procès, et dont le règlement immédiat par la Chambre d'appel pourrait, de l'avis de la Chambre préliminaire ou de la Chambre de première Instance, faire sensiblement progresser la procédure.

La décision de la Chambre préliminaire visée à l'article 57(3)(d), est susceptible d'appel de la part de l'État concerné ou du procureur, après autorisation de la Chambre préliminaire. Cet appel est examiné selon une procédure accélérée.

L'appel n'a d'effet suspensif que si la Chambre d'appel l'ordonne sur requête présentée conformément au *Règlement de procédure et de preuve*. Le représentant légal des victimes, la personne condamnée ou le propriétaire de bonne foi d'un bien affecté par une ordonnance rendue en vertu de l'article 75 peut faire appel de cette ordonnance conformément au *Règlement de procédure et de preuve*.

Les pouvoirs – très larges – de la Chambre d'appel sont prévus à l'article 83 du *Statut*.

L'article 84 du *Statut* règle le cas, où la Chambre d'appel peut être saisie en cas de découverte d'un nouveau fait ou lorsqu'un élément de preuve, ayant été décisif, était faux, contrefait ou falsifié. Le cas où un juge, ayant participé à la décision sur la culpabilité ou sur la confirmation des charges, a commis une faute lourde ou un manquement grave à ses devoirs, suffisant pour le relever de ses fonctions en application de l'article 46 du *Statut*, y est également prévu.

Le délai d'appel est de 30 jours en ce qui concerne les décisions portant acquittement ou condamnation, rendues en vertu de l'article 74 du *Statut*, en ce qui concerne les peines prononcées en vertu de l'article 74 ou 76 ou des ordonnances de réparation rendues en vertu de l'article 75. La Chambre d'appel peut proroger ce délai, pour un motif valable à la demande de l'appelant⁷⁶.

Certains autres appels ne nécessitent pas l'autorisation préliminaire de la Chambre, notamment :

⁷⁶ *Règlement de procédure et de preuve*, supra note 3, art. 150.1-2.

- Appel d'une décision ordonnant le maintien de la détention de l'accusé pendant la procédure d'appel en cas d'acquiescement, le principe étant (article 81.3 c du *Statut*) la mise en liberté immédiate⁷⁷;
- Appel d'une décision sur la compétence ou la recevabilité;
- Appel d'une décision accordant ou refusant la mise en liberté de la personne faisant l'objet d'une enquête ou de poursuites.

Le délai d'appel dans ces cas est **de cinq jours**. Mais pour faire appel d'une décision de la Chambre préliminaire d'agir de sa propre initiative en vertu de l'article 56.3 du *Statut*, le délai est de **deux jours**.

Dans le cas d'un appel d'une décision visée à l'art.82.1 (d) du *Statut*⁷⁸ ou au paragraphe 2 de cet article, la partie concernée doit présenter à la Chambre, qui a rendu cette décision, une requête écrite exposant les motifs pour lesquels elle sollicite l'autorisation d'interjeter appel.

Les autres appels des décisions visées à l'alinéa d) du par. 1 ou du par. 2 de l'article 82 du *Statut* sont soumis à l'**autorisation préalable** de la Chambre qui a rendu la décision. Il faut regretter cette disposition. À l'évidence une Chambre sera très réticente à autoriser un appel de sa propre décision.

Le calcul des délais aux fins de toute procédure devant la Cour s'effectue comme suit :

- les jours indiqués s'entendent au sens de jours calendaires. Lorsque le dernier jour du délai correspond à un samedi, un dimanche ou un jour férié de la Cour, le jour ouvrable suivant est considéré comme le dernier jour,
- les jours indiqués s'entendent au sens de jours entiers, le jour de la notification du document ou le jour du dépôt d'une réponse ou d'une réplique par un participant n'étant pas comptabilisé dans le calcul du délai considéré pour le dépôt du document⁷⁹.

Les documents sont déposés au Greffe entre 9 heures et 16 heures, heure de La Haye ou de tout autre lieu choisi par le greffier.

Il n'est pas prévu de définition de ce qui doit être considéré comme la « notification d'un document ». La pratique, jusqu'à ce jour, est que l'envoi électronique à la défense vaut notification. Il s'est avéré toutefois, au moins à une reprise, que cet envoi a été défectueux. La défense ayant, en conséquence, « raté » l'appel, la Chambre préliminaire n'y a voulu prêter attention quand la défense a demandé d'ordonner la « resignification » de l'envoi.

⁷⁷ *Ibid.*, art. 154.1.

⁷⁸ Voir section 2.10, ci-dessus.

⁷⁹ *Règlement de la Cour*, *supra* note 50, art. 33.

L'expérience de la défense au stade préliminaire de l'affaire *Lubanga* a été que le délai de cinq jours est excessivement court. Le délai de cinq jours pour la demande d'autorisation de faire appel est inacceptable et impraticable vu la motivation nécessaire de la demande. Cette motivation s'avère être complexe vu les exigences de l'article 82.1 (d) du *Statut de Rome*.

Il en va autrement en ce qui concerne les appels directs, puisque l'acte d'appel ne doit pas être motivé et qu'un mémoire d'appel contenant les motifs peut être déposé⁸⁰, dans les vingt-et-un jours⁸¹.

Il faudrait clarifier devant la Cour l'existence ou non de « vacances judiciaires » et leurs conséquences. Pendant la période qualifiée comme telle par le Greffe en 2006, des décisions ont été rendues. Le court délai d'appel a fait qu'aucune demande d'autorisation d'appel n'a été déposée, quant à ces décisions.

Il faut veiller, le cas échéant, à demander que l'appel ait un effet suspensif, ceci dans l'acte d'appel, conformément à l'article 82.3 du *Statut*⁸².

* * *

Le plus grand danger menaçant cette nouvelle Justice est, à notre sens, qu'elle soit utilisée à des fins de politique internationale. Le fait que les grands responsables des massacres au Congo ne sont pour l'instant pas inquiétés pourrait aller dans cette direction. L'exploitation des richesses de la région joue, à l'évidence, un rôle majeur dans cette question.

Les pouvoirs du Conseil de sécurité (pouvoir d'initiative et d'intervention dans le cours judiciaire) sont à regretter fortement, d'autant plus que celui-ci, organe politique, est constitué notamment d'États qui sont membres permanents mais qui n'ont pas accédé aux nouvelles institutions judiciaires. Ceci doit donc être considéré comme une forte contradiction en même temps qu'une motion de méfiance continuelle allant de pair avec toute menace que pourraient constituer d'éventuelles poursuites qui nuiraient à leurs intérêts, qui sont nombreux sur le plan mondial. La doctrine éprouvée de la séparation des pouvoirs de Montesquieu s'y voit en plus violée puisque l'exécutif intervient dans le judiciaire. Il appartiendra au procureur de se comporter en organe strictement indépendant ainsi que d'essayer de neutraliser les dangers que comporte le *Statut* dans cette matière délicate. Pour l'instant toutefois, il faut constater qu'il n'y a aucune garantie à ce sujet.

Un deuxième danger menaçant la Cour sur le plan institutionnel est que l'Assemblée des États parties, qui doit être considérée comme législateur international, en même temps qu'elle constitue également le « pouvoir

⁸⁰ *Ibid.*, art. 58.

⁸¹ *Ibid.*, art. 64.2.

⁸² *Règlement de procédure et de preuve, supra* note 3, art. 156.5.

exécutif » direct quant à la Cour, se fatigue de financer une institution qui coûtera de plus en plus d'argent à fur et à mesure que les besoins de son budget augmenteront.

La note optimiste doit toutefois être que la création de cette Cour en soi est à considérer comme un pas immense dans l'histoire de l'humanité, certainement à une époque moderne où rien n'est acquis sur le plan des droits de l'homme, dont on parle tellement, pendant que, partout au monde, des guerres excessivement sanglantes sont menées, souvent commanditées ou entretenues par des « intérêts supérieurs internationaux » sans aucun égard pour les populations. Nous ne pouvons qu'espérer que le XXI^e siècle ne versera pas autant de sang que le XX^e siècle meurtrier, mais la première décennie en aura été tout aussi meurtrière, si non davantage. Les signes ne sont donc pas propices, et le « phénix », oiseau mythique, qui, dans l'ancienne civilisation égyptienne, annonçait une longue période de paix et de prospérité, n'est certainement pas encore revenu sur terre.

Par ailleurs un des dangers majeurs menaçant notre monde globalisé dans sa totalité est sans aucun doute la croissance énorme de pouvoirs économiques mondiaux et gigantesques, qui ne répondent à aucune règle ni loi, ne sont soumis à aucune juridiction et dictent leur loi, même aux États.

Quant aux droits de la défense, il faut constater que ceux-ci sont encore les enfants pauvres de la CPI. Il faudra que la Cour en comprenne une fois pour toutes l'importance, afin d'obtenir une Justice bien équilibrée et des procès équitables. Aussi longtemps que le Greffe ne financera pas substantiellement cette défense, l'on ne pourra parler d'égalité des armes. Il est marquant de constater que le Greffe a, par ailleurs, substantiellement financé le côté victimes.

Il faut dès lors se poser des questions quant à ce déséquilibre existant même au sein de la section défense, puisque les victimes dépendent de la même administration que la défense, ce qu'il faut à notre sens également regretter, vu le conflit d'intérêts évident ainsi que le danger encouru de ce fait pour la confidentialité.

Il faut en plus espérer que l'Assemblée des États parties comprenne rapidement la nécessité d'institutionnaliser un organisme comme le BPI ou un organe similaire afin de disposer d'un troisième pilier à la même enseigne que le Bureau du procureur.

Le rôle du conseil de la défense est immense et lourd à porter dans un climat qui voit encore toujours la défense comme un intrus, qu'il faut garder « petit », avec le manque de financement que ceci constitue comme conséquence.

Il faut, également, regretter que la Cour n'ait pas de compétence envers les personnes morales. L'article 25 du *Statut de Rome* limite sa compétence aux personnes physiques. Le principe de la responsabilité pénale des personnes morales, introduit dans bon nombre de législations nationales, pourrait constituer un outil majeur dans la lutte internationale contre les crimes les plus graves.

Il faut en effet constater que les responsabilités les plus importantes, bien plus importantes que celles des individus, se situent au niveau, souvent anonyme et secret, multinational même, de sociétés, faisant souvent partie de conglomerats plus

importants et même étatiques, vendant et mettant à disposition de milices et autres, les armes servant à la perpétration du crime d'agression, de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité, de génocide. Certaines banques financent souvent secrètement ce genre de transactions. Ces transactions secrètes, par ailleurs, servent souvent des intérêts très importants d'États, voulant préserver leur influence et présence économique dans les régions concernées et pratiquant au travers de leurs services secrets et des dites sociétés une politique sordide d'après l'ancien adage *divide et impera*.

Il va sans dire que, si la compétence de la Cour était complète et pouvait même toucher des États, ceux-ci ainsi que les personnes morales concernées y réfléchiraient à deux fois avant de s'engager dans de telles actions. La Cour, de surcroît, pourrait exercer un contrôle non négligeable dans la conduite politique et économique de certaines relations internationales. La stigmatisation que constitueraient des poursuites internationales serait, d'autre part, d'une puissance non négligeable. Les victimes enfin y retrouveraient un moyen bien plus important de réclamer et surtout d'obtenir utilement des dommages, notamment au travers de saisies et du gel des avoirs ordonnés par la Cour.

L'on doit, finalement, regretter l'absence de définition légale au *Statut de Rome* du crime international le plus important, qu'est le crime d'agression. Le crime concerné en tant que tel, toutefois, est repris à l'article 5.1(d) du *Statut*. Il faut aussi constater que les Tribunaux de Nuremberg et de Tokyo avaient juridiction quant au crime d'agression, alors qualifié de « crime contre la paix ». Les procès de Nuremberg ont introduit une responsabilité individuelle dans le cadre du crime d'agression, qui doit être considéré comme résultant d'une décision étatique et donc politique.

Les États n'ont pu se mettre d'accord quant à la détermination des éléments constitutifs de ce crime, existant en droit international coutumier, et ce malgré le fait que les Nations unies ont, dans la résolution 3314, telle qu'approuvée par l'Assemblée générale, qualifié sept catégories d'actes comme constitutifs du crime d'agression. Il faut donc espérer que les États parties réussiront dans un futur proche à se mettre d'accord quant à la définition du crime concerné, d'après une des procédures définies aux articles 121 à 123 du *Statut de Rome* concernant les amendements et la révision du *Statut*.