Cour
Pénale
Internationale

International
Criminal
Court

Original : **français**

N° **: ICC-01/14-01/21**
Date : **22 mars 2022**

LA CHAMBRE D'APPEL

Composée comme suit : M. le juge Gocha Lordkipanidze, juge président
M. le juge Piotr Hofmański
Mme la juge Luz del Carmen Ibáñez Carranza
M. le juge Marc Perrin de Brichambaut
Mme la juge Solomy Balungi Bossa

SITUATION EN REPUBLIQUE CENTRAFRICAINE II
AFFAIRE
LE PROCUREUR c. MAHAMAT SAID ABDEL KANI

Public

Version publique expurgée du « Mémoire de la Défense relatif à l'appel interjeté à l'encontre de la « Decision on the Defence Application for Interim Release of Mahamat Said Abdel Kani and Contact Restrictions » (ICC-01/14-01/21-247-Conf) de la Chambre de première instance VI décidant du maintien en détention de Monsieur Said et du maintien des mesures de restrictions à ses communications » (ICC-01/14-01/21-265-Conf) déposé le 21 mars 2022.

Origine : Équipe de la Défense de Mahamat Said Abdel Kani

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

Le Bureau du Procureur
Mr Karim A. A. Khan
Ms Helen Brady
Mr Eric MacDonald

Le conseil de la Défense
Ms Jennifer Naouri
Mr Dov Jacobs

Les représentants légaux des victimes

Les représentants légaux des demandeurs

Les victimes non représentées

Les demandeurs non représentés (participation/réparation)

Le Bureau du conseil public pour les victimes
Ms Sarah Pellet

Le Bureau du conseil public pour la Défense

Les représentants des États

L'*amicus curiae*

GREFFE

Le Greffier
Mr Peter Lewis

La Section d'appui aux conseils

L'Unité d'aide aux victimes et aux témoins

La Section de la détention
Mr Harry Tjonk

La Section de la participation des victimes et des réparations

Autres

Sur la classification :

1. Le présent mémoire est déposé à titre confidentiel, en vertu de la Norme 23*bis*(2) puisqu'il fait référence à des écritures et des informations confidentielles.

I. Rappel de la procédure.

2. Le 25 janvier 2022, la Défense déposait une « demande de mise en liberté provisoire de Mahamat Said Abdel Kani »[1].

3. Le 28 janvier 2022 avait lieu une audience portant sur la détention de Monsieur Said au cours de laquelle l'Accusation indiquait [EXPURGÉ][2].

4. Le même jour, lors de l'audience, la Chambre indiquait aux Parties qu'elles pouvaient déposer des soumissions écrites[3], le 4 février 2022 au plus tard pour l'Accusation et le 11 février 2022 au plus tard pour la Défense et le BCPV[4].

5. Le 4 février 2022, l'Accusation déposait des « additional submissions related to the detention and contact restrictions of Mahamat Said Abdel Kani »[5].

6. Le 11 février 2022, la Défense déposait sa réponse « à la demande de maintien en détention de Monsieur Said et en maintien des mesures de restrictions aux communications de Monsieur Said formulée à l'oral lors de l'audience du 28 janvier 2022 (ICC-01/14-01/21-T-007-CONF-FRA ET) et dans les « additional submissions related to the detention and contact restrictions of Mahamat Said Abdel Kani » (ICC-01/14-01/21-236-Conf) déposées le 4 février 2022 »[6].

7. Le 3 mars 2022, la Chambre de première instance rendait une « Decision on the Defence Application for Interim Release of Mahamat Said Abdel Kani and Contact Restrictions » (la décision attaquée) dans laquelle elle décidait de maintenir Monsieur Said en détention et de maintenir les mesures de restrictions tout en les allégeant.

[1] ICC-01/14-01/21-233-Conf.
[2] ICC-01/14-01/21-T-007-CONF-FRA, p. 67.
[3] ICC-01/14-01/21-T-007-CONF-FRA, p. 67, l.1-11.
[4] ICC-01/14-01/21-T-007-CONF-FRA, p. 84 l. 26-28.
[5] ICC-01/14-01/21-236-Conf.
[6] ICC-01/14/01/21-239-Conf-Exp.

8. Le 9 mars 2022, la Défense de Monsieur Said déposait l'acte d'appel « relatif à la « Decision on the Defence Application for Interim Release of Mahamat Said Abdel Kani and Contact Restrictions » (ICC-01/14-01/21-247-Conf) de la Chambre de première instance VI décidant du maintien en détention de Monsieur Said et du maintien des mesures de restrictions à ses communications » [7].

9. Le 11 mars 2022, la Chambre d'appel rendait une ordonnance dans laquelle elle indiquait que la procédure serait conduite de manière écrite. Elle ordonnait à la Défense de déposer son mémoire d'appel le 21 mars 2022 au plus tard et indiquait que l'Accusation et le BCPV pouvaient déposer leurs mémoires en réponse le 31 mars 2022, au plus tard[8].

II. Droit applicable : en principe, la liberté est la règle et la détention, l'exception.

1. Les standards internationaux.

10. En application de l'article 21(3) du Statut de Rome, l'ensemble du Statut doit être interprété et appliqué en conformité avec les droits de l'homme internationalement reconnus, notamment les normes concernant la détention provisoire[9]. Ces règles constituent le cadre général de cette requête et doivent être prises en compte afin d'interpréter correctement les dispositions du Statut.

11. En droit international, la privation de liberté bénéficie d'un régime très encadré eu égard à la gravité de cette mesure. Le moindre écart équivaut à une détention arbitraire, contraire au droit international. Cela est d'autant plus crucial que, dans le cas d'une détention provisoire, la personne bénéficie de la présomption d'innocence.

12. Le droit à la liberté est un droit fondamental inhérent à la personne humaine, garanti par le droit international des droits de l'Homme[10]. La détention quant à elle est une exception à

[7] ICC-01/14/01/21-252.
[8] ICC-01/14/01/21-254.
[9] Article 21 du Statut de Rome ; ICC-01/04-01/07-OA-4, par. 15.
[10] Déclaration Universelle des droits de l'Homme, 10 décembre 1948, article 3; Pacte International relatif aux droits civils et politiques, article 9; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, article 6; Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des droits fondamentaux, article 5; Convention américaine relatives aux droits de l'homme, article 7; « Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement », adopté par l'assemblée générale des nations unies, Résolution A/RES/43/173, 9 décembre 1988, Principe 2.

ce principe. En tant que telle et afin d'assurer l'effectivité du droit à la liberté, elle est encadrée par des critères légaux strictement définis et limitativement énumérés. Pour reprendre les termes du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, « La détention de personnes qui attendent de passer en jugement ne doit pas être de règle » [11]. Cela a été rappelé à de nombreuses reprises par diverses juridictions et organes de droits de l'homme[12] qui qualifient la détention de la manière suivante « an exceptional departure from the right to liberty and one that is only permissible in exhaustively enumerated and strictly defined cases » [13] .

13. Ce principe a été réaffirmé par les Juges de la CPI à de nombreuses reprises, qui ont ainsi pu convenir sans ambiguïté que « lorsque l'on traite de la question du droit à la liberté, il faut garder à l'esprit le principe fondamental selon lequel la privation de liberté doit être une exception et non pas la règle » [14] .

2. La présomption d'innocence.

14. La présomption d'innocence se trouve au centre de la notion de procès équitable[15]. L'article 66 du Statut reprend ce principe et dispose que toute personne est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie devant la Cour conformément au droit applicable. La liberté étant le principe corollaire de cette présomption, le respect de ce droit fondamental doit guider le juge dans son appréciation de la nécessité de maintenir Monsieur Said en détention.

3. L'obligation de motivation.

15. L'obligation de motivation des décisions de justice est au cœur de tout système juridique moderne et démocratique. Il permet aux Parties de savoir ce sur quoi est fondée une décision, de pouvoir identifier les soubassements juridiques et factuels d'une décision, et, par conséquent de pouvoir déterminer si cette décision est fondée en droit et en fait, par exemple dans l'optique d'un éventuel appel. La motivation est une protection fondamentale contre

[11] Pacte International relatifs aux droits civils et politiques, article 9(3).
[12] CEDH *Al-Jeda c. Royaume Uni*, requête N. 27021/08, 07/07/2011, par. 99 ; Commission interaméricaine des Droits de l'Homme, *Lysias Fleury et sa famille c./ République d'Haïti*, Affaire N. 12.549, 5/08/2009, par. 42.
[13] CEDH, *Ilijkov c. Bulgarie*, Requête N. 33977/96, 26 juillet 2001, par. 85.
[14] ICC-01/05-01/08-403-tFRA, par. 36 ; ICC-01/04-01/07-426, p. 6 ; ICC-01/05-01/08-475, par. 36.
[15] CEDH., Art. 6(2); Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Art. 14(2); Convention africaine des droits de l'Homme et des peuples., Art. 7(b); Convention américaine des droits de l'Homme, Art. 8(2).

l'arbitraire (ou la perception d'arbitraire) qui serait la conséquence inévitable de décisions rendues sans explication.

16. La motivation des décisions de justice a aussi une fonction sociale plus large en permettant à la communauté dans son ensemble de prendre connaissance de ce qui fonde une décision, contribuant ainsi à l'acceptation de l'institution et à sa légitimité. De ce point de vue, la motivation ne constitue pas seulement le soubassement d'une décision particulière, elle sert aussi à réaffirmer et à conforter les principes intangibles qui structurent toute société.

17. L'obligation de motivation, comme le rappelait la Juge Ušacka, « est au cœur d'une décision judiciaire ; elle constitue un aspect important du droit au procès équitable […] La motivation est une exigence du procès équitable qui contribue à l'acceptation de la décision par les parties et à la préservation des droits de la défense. Cette exigence implique que les juridictions indiquent avec une clarté suffisante les motifs sur lesquels elles fondent leurs décisions. Si elles ne sont pas tenues de donner une réponse détaillée à chaque argument soulevé, elles doivent toutefois fonder l'exposé de leurs motifs sur des arguments objectifs et il doit clairement ressortir de la décision que les questions essentielles ont été traitées. De plus, et c'est important, c'est sur la base des motifs exposés que tout recours est exercé contre la décision et que l'organe saisi du recours procède au réexamen »[16].

18. L'obligation de raisonner, c'est-à-dire de démontrer, est rappelée par toutes les institutions internationales compétentes en matière de droits de l'homme. La Cour européenne des droits de l'homme a rappelé à plusieurs reprises que l'obligation qu'ont les Juges de motiver leurs décisions figure au nombre des garanties relatives au droit à un procès équitable consacré à l'article 6 de la CEDH[17]. Dans l'affaire, *Hadjianastassiou c. Grèce*[18], La CEDH a précisé que les Juges doivent « indiquer avec une clarté suffisante les motifs sur lesquels ils se fondent ».

19. La Défense relève plus particulièrement que, lorsqu'il s'agit de refuser la liberté provisoire à une personne poursuivie, la CEDH exige un haut degré de précision et de spécificité en matière de motivation portant sur les risques qui existeraient si une liberté provisoire était accordée à la personne accusée. Par exemple, concernant le risque allégué que

[16] ICC-02/11-01/11-278-Red-tFRA, opinion dissidente, par. 8-9.
[17] CEDH *Higgins et autres c. France*, 19 février 1998 (134/1996/753/952).
[18] CEDH, Hadjianastassiou c. Grèce, par. 33.

la mise en liberté d'un accusé ferait courir à des témoins, la CEDH indique que « it did not suffice merely to refer to an abstract risk unsupported by any evidence »[19]. Dans le même sens, concernant le risque d'obstruction pour les enquêtes que pourrait représenter une mise en liberté provisoire, la CEDH affirme que : « The danger of the accused's hindering the proper conduct of the proceedings cannot be relied upon *in abstracto*; it has to be supported by factual evidence »[20]. La Juge Usacka résumait cette jurisprudence de la manière suivante : « En résumé, la CEDH a invariablement conclu que la motivation des décisions internes sur les questions de détention n'était ni pertinente ni suffisante lorsque le juge interne se contentait de reprendre des motifs abstraits ou stéréotypés plutôt que d'expliquer en quoi il considérait que ces déclarations abstraites étaient bien fondées dans le cas d'espèce qui lui était soumis »[21].

20. Cette jurisprudence est évidemment pertinente tant dans le cadre d'un débat portant tant sur le maintien en détention d'une personne que sur les mesures de restrictions qui peuvent être imposées aux communications d'une personne détenue avec le monde extérieur. En effet, c'est l'existence des mêmes risques qui permettent de justifier le refus d'une mise en liberté provisoire et les restrictions aux communications d'un accusé (par exemple le risque pour les enquêtes en cours de l'Accusation). Par conséquent, il n'existe pas de raison de ne pas appliquer le même standard de détermination de l'existence de ces risques afin de respecter les droits fondamentaux de la personne détenue.

21. La Chambre d'appel du TPIY a affirmé que le droit à une décision motivée faisait partie du droit à un procès équitable et qu'il ne pouvait être valablement discuté que de décisions motivées[22] ; considérant notamment que « la Chambre de première instance […] doit à tout le moins motiver ses conclusions concernant [les éléments pertinents] dont elle a tenu compte dans sa décision »[23]. Il est de jurisprudence constante à la Cour pénale internationale, dans la lignée des jurisprudences en matière de droits humains et des tribunaux *ad hoc,* que les Chambres ont l'obligation de motiver les décisions de justice[24].

[19] CEDH, Grishin v Russia, par. 148.
[20] CEDH, Piruzyan v Arménie, par. 96.
[21] ICC-02/11-01/11-278-Red-tFRA, opinion dissidente, par. 12.
[22] *Nikolić,* 8 mars 2006, n°IT-02-60/1-A, par.96 ; *Kunarac* 12 juin 2002, n°IT-96-23 et 23/1-A, par.41.
[23] *Milutinović* n°IT-05-87-AR65.1, par.11.
[24] ICC-01/04-01/06-773-tFR, par. 20.

III. Discussion.

Introduction

22. Puisque la liberté est la règle et la détention l'exception, conformément à tous les standards internationaux relatifs aux droits humains, c'est à l'Accusation de démontrer, sur la base de faits étayés, la nécessité du maintien en détention. Si une Chambre constate que l'Accusation n'a pas apporté d'éléments au soutien de sa demande, elle doit prononcer la mise en liberté de l'Accusé. L'article 60(2) qui traite de la liberté provisoire renvoie à l'article 58(1) pour déterminer si les conditions qui justifient du maintien en détention sont remplies ou non. Si la détention ne peut pas être justifiée au regard de cette disposition, la Chambre est tenue de prononcer la mise en liberté provisoire. En effet, cette décision de maintien ou non en détention ne relève pas d'un pouvoir discrétionnaire des Juges de la Chambre, comme l'a précisé la Chambre d'appel dans l'Affaire *Lubanga*[25], mais de la simple application des critères déterminés dans le Statut. La Chambre doit donc évaluer les éléments concrets que lui présente l'Accusation et ne peut aller au-delà des éléments qui lui sont présentés au soutien d'une demande de maintien en détention. En d'autres termes, la Chambre doit fonder le maintien en détention sur ces éléments concrets ou en constater l'absence si l'Accusation ne présente pas d'éléments tangibles au soutien de sa demande et prononcer la liberté. Il convient de noter que dans la Décision attaquée, la Chambre a pris le soin d'analyser les éléments présentés par l'Accusation et d'en tirer des conclusions quant à leur pertinence pour justifier du maintien en détention. La Chambre explique dans la Décision attaquée pourquoi les éléments ne sont pas pertinents sans en tirer les conséquences. En effet, pour combler les manquements de l'Accusation, la Chambre, dans la Décision attaquée, tire de la demande de l'Accusation des hypothèses théoriques ou des postulats génériques qui présenteraient alors les fondements d'un maintien en détention.

23. Une telle démarche crée une inversion de la charge de la preuve au détriment de l'Accusé, parce que ce serait à lui d'apporter la preuve que l'hypothèse théorique sur laquelle s'est fondée la Chambre ne pourrait se réaliser. D'ailleurs, cette preuve est par définition impossible, puisque l'hypothèse théorique et générique n'est pas susceptible à la contradiction, n'étant fondée sur aucun élément tangible susceptible d'être contredit.

[25] ICC-01/04-01/06-824-tFR, par. 134 ; ICC-01/04-01/06-824-tFR.

24. Dans le même sens, la prise en compte dans la Décision attaquée de « facteurs » génériques, tels que la « gravité » des charges, la peine encourue, le fait que les charges ont été confirmées ou que l'Accusé a pu prendre connaissance du dossier de l'Accusé renforce la création d'une présomption de maintien en détention des personnes poursuivies.

25. En définitive, l'accumulation de la prise en compte de « facteurs » génériques, sans application aux circonstances de l'espèce, crée une présomption irréfragable de maintien en détention de personnes poursuivies à la Cour pénale internationale, en violation de la présomption d'innocence et du droit à la liberté.

26. Dans un système où la Chambre d'appel est à la fois le second et le dernier degré de juridiction pour se prononcer sur des questions ayant trait aux libertés fondamentales contrairement à tous les systèmes de droit modernes et démocratiques où un Accusé peut avoir accès à une juridiction encore plus élevée (comme une cour suprême ou une cour de cassation) et/ou des juridictions spécialisées en matière de respect des droits fondamentaux (comme la CEDH), la responsabilité qui incombe aux Juges d'appel est d'autant plus importante puisqu'elle est le garant d'une Justice exemplaire qui adhère aux plus hauts standards internationaux en matière de protection des droits fondamentaux, en premier lieu, comme en l'espèce, le droit fondamental à la liberté et le respect de la présomption d'innocence.

27. C'est pourquoi la Défense demande respectueusement à la Chambre d'appel de renverser la Décision attaquée et de la renvoyer à la Chambre pour qu'une nouvelle décision soit rendue qui respecte strictement les droits fondamentaux de Monsieur Said.

1. Les moyens d'appel.

1.1. Premier moyen d'appel : les erreurs de droit qui découlent d'une décision fondée sur des hypothèses factuelles théoriques.

1.1.1. Premier sous-moyen d'appel : le renversement de la charge de la preuve qu'opère la Chambre constitue une erreur de droit.

28. Il convient de constater que la Décision attaquée fonde le maintien en détention sur des

hypothèses factuelles théoriques, non étayées par des éléments de preuve concrets et objectifs. Il s'agit des hypothèses suivantes :

29. Au paragraphe 27 de la décision attaquée, la Chambre, tout en reconnaissant que l'Accusation n'a apporté aucun élément au soutien de l'affirmation selon laquelle Monsieur Said aurait un quelconque rôle dans une organisation depuis son transfert à la Cour, affirme que « there is also no indication that Mr Said has broken ranks with the FPRC or has fallen out with its current leadership, former colleagues or subordinates ».

30. Toujours au paragraphe 27, la Chambre affirme que : «It is therefore reasonable to conclude that Mr Said can still count on the support of former comrades, some of whom still occupy senior positions »[26]. Au soutien de cette conclusion la Chambre renvoie en note de bas de page à deux éléments de preuve qui ne permettent pas de la soutenir : la pièce CAR-OTP-2001-5739 est un rapport d'ONG daté de novembre 2014 qui traite de la crise en RCA à ce moment-là, soit il y a presque 8 ans ; ce rapport ne permet donc pas d'établir des faits qui existeraient en 2022. Dans le même sens, la pièce CAR-OTP-2130-2018 serait une déclaration de la CPC, datant d'il y a un an et demi, non signée, qui se contente d'acter la création de la CPC afin d'œuvrer pour la réconciliation nationale. Ce document ne mentionne pas du tout Monsieur Said, étant rappelé d'ailleurs que, dans la Décision attaquée, la Chambre a conclu à l'absence de lien entre Monsieur Said et la CPC[27]. La Défense note en outre à propos de cette pièce que l'Accusation n'a communiqué ni à la Chambre ni aux Parties la moindre information relative à l'origine et à l'authenticité de cette pièce puisque [EXPURGÉ] sans autre indication sur la source qui permettrait d'en vérifier l'origine, et qu'il n'apparaît pas, sur la base des éléments dont dispose la Défense, que l'Accusation ait procédé à la moindre enquête pour authentifier ou vérifier l'origine de cette déclaration. A l'analyse, il apparaît donc que cette conclusion est hypothétique puisque rien de tangible permet de la soutenir.

31. Au paragraphe 28 de la Décision attaquée, la Chambre, tout en précisant que « the Chamber is aware of the Registry's report of 24 January 2022, which suggests that no evidence has been found indicating that the FPRC has, so far, done anything to interfere with the current proceedings », affirme néanmoins que « However, this does not show that it

[26] Nous soulignons.
[27] ICC-01/14-01/21-247-Conf, par. 31.

would not do so if given the opportunity. Moreover, the Chamber is not only concerned about the possibility that the FPRC as an organisation might offer assistance to Mr Said, but equally that individual members may do so in their private capacity ».

32. Aux paragraphes 32-35 de la décision attaquée, la Chambre, tout en notant qu'elle ne dispose d'aucun élément matériel pour affirmer que Monsieur Said aurait un quelconque lien avec des incidents allégués avec des témoins – incidents qui, d'après la Chambre elle-même, « are based on uncorroborated hearsay evidence and raise a lot of questions »[28] – ou pour affirmer que Monsieur Said aurait la moindre intention d'interférer avec la procédure, conclut pourtant que Monsieur Said « may have a strong motive to influence the Prosecution's witnesses before the start of the trial »[29].

33. Il ressort donc de la Décision attaquée que la Chambre s'est fondée sur l'identification de risques théoriques et abstraits pour maintenir Monsieur Said en détention, sans qu'il n'y ait d'éléments concrets au soutien de l'existence des risques allégués.

34. Une telle approche a pour conséquence d'inverser la charge de la preuve, puisqu'il appartiendrait alors à la Défense d'apporter la preuve – par définition impossible – de l'absence de risque. Cette inversion de la charge de la preuve constitue une erreur de droit qui invalide la Décision attaquée.

35. Une telle approche crée aussi une présomption de maintien en détention pour toute personne poursuivie dans le cadre d'une procédure devant la CPI puisqu'il sera toujours possible, pour justifier de la détention, d'affirmer, sans preuve, qu'il pourrait exister quelqu'un qui pourrait avoir la volonté d'interférer avec la procédure ou que l'Accusé lui-même, toujours sans preuve concrète, pourrait avoir cette volonté. Cette présomption de maintien en détention, qui viole le principe selon lequel « la liberté est le principe et la détention l'exception », constitue aussi une erreur de droit qui invalide la Décision attaquée.

1.1.2. Deuxième sous-moyen d'appel : l'absence de motivation.

36. Pour la Défense, la conséquence d'avoir justifié la détention de Monsieur Said sur la base d'hypothèses non fondées et non étayées par des éléments de preuve – et donc sur des

[28] ICC-01/14-01/21-247-Conf, par. 32.
[29] ICC-01/14-01/21-247-Conf, par. 35. Nous soulignons.

hypothèses théoriques – est non seulement un renversement de la charge de la preuve au détriment de la Défense mais aussi une absence de motivation de la Décision attaquée.

37. En effet, comme rappelé précédemment, la CEDH a consacré le fait que « it did not suffice merely to refer to an abstract risk unsupported by any evidence »[30] pour justifier du maintien en détention d'une personne présumée innocente. Or, c'est exactement, le cas de figure de l'espèce, puisque la Chambre émet des hypothèses de risque qui sont « unsupported by any evidence », comme le relève systématiquement la Chambre elle-même (cf. *supra*). Un tel procédé empêche toute motivation puisqu'en se référant à des risques non fondés sur des éléments de preuve pour justifier du maintien en détention, il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence de risques et donc pour la Chambre de motiver ses conclusions.

38. Il convient de relever l'importance ici d'exiger une motivation précise lorsqu'il s'agit de la première évaluation *de novo* de la Chambre de l'existence de risques listés à l'Article 58(1)(b), conformément à l'Article 60(2). En effet, à la suite de la première décision sur la demande de maintien en détention de l'Accusation, les Parties s'inscriront sur le terrain de l'Article 60(3) pour discuter de la question de la détention de Monsieur Said, Article 60(3) qui pose le cadre de la discussion sur le plan du « changement de circonstances ». Or, comment le Procureur – puisque c'est sur lui que reposera encore la charge de la preuve – pourrait-il démontrer que les circonstances n'ont pas changées et comment la Défense pourrait-elle ensuite démontrer le contraire, si la décision attaquée est fondée sur des hypothèses théoriques et que, par conséquent, les Parties ne savent pas en réalité quelles « circonstances » factuelles ont servi de base à la décision ? A partir du moment où les conclusions de la Chambre sur le risque d'entrave à l'enquête ou le risque de fuite ne reposent sur aucun élément concret, mais seulement sur des postulats abstraits et des hypothèses théoriques, il pourrait se révéler difficile pour la Défense de démontrer un changement de circonstances. Le procédé qu'a suivi la Chambre conduit à placer la Défense dans une situation où elle devrait prouver l'impossible : que des circonstances factuelles jamais définies par la Chambre ont changé.

39. Une décision portant sur la détention privée de motivation interdit donc à la Défense de pleinement contester la Décision en appel, et surtout la prive des moyens factuels de pouvoir la contester à l'avenir.

[30] CEDH, Grishin v Russia, par. 148.

1.2. Deuxième moyen d'appel : l'erreur de droit et l'erreur de fait qui découlent de la non-définition et de la mauvaise application dans la Décision attaquée de la notion de gravité.

1.2.1. L'erreur de droit de ne pas avoir défini la « gravité » des charges susceptible de justifier du maintien en détention d'une personne poursuivie.

40. Au paragraphe 26 de la Décision attaquée, la Chambre indique qu' « Although Mr Said still benefits from the presumption of innocence, the Chamber agrees that the knowledge of the risk of incurring a lengthy sentence may motivate the accused to abscond if given the opportunity »[31]. La Chambre renvoie en note de bas de page à une décision dans l'affaire *Al Hassan* au soutien de son affirmation. La Défense note que dans l'affaire *Al Hassan*, les Juges avaient – même succinctement – présenté une analyse de la teneur des charges alléguées contre M. Al Hassan qui incluaient : « 13 different counts of war crimes and crimes against humanity, including torture, passing of sentences without due process, rape, sexual slavery, forced marriage, attacks against protected objects and persecution »[32] concluant que : « the charges are numerous and of such gravity that they might result in a lengthy overall sentence, which creates an incentive for Mr Al Hassan to abscond »[33]. Les juges dans l'affaire *Al Hassan* avaient donc procéder à une analyse de la gravité des charges dans le dossier *Al Hassan*, analyse à laquelle n'a pas procédé la Chambre dans la Décision attaquée.

41. Toujours au paragraphe 26, la Chambre indique que « The Chamber recalls, in this regard, that it has been consistently held that the confirmation of charges increases the risk that an accused may abscond »[34]. La Chambre renvoie en note de bas de page à la jurisprudence dans d'autres affaires : *Bemba, Ntaganda, Gbagbo, Katanga et Lubanga*.

42. La Défense note que dans la décision *Lubanga* à laquelle il est renvoyé le Juge unique avait estimé que le fait que les charges ont été confirmées augmenterait le risque de fuite[35], sans note de bas de page et sans motiver sa conclusion. La situation est identique en ce qui concerne l'affaire *Katanga*, où les Juges n'avaient pas plus expliqué les fondements de leurs

[31] ICC-01/14-01/21-247-Conf, par. 26.
[32] ICC-01/12-01/18-786-Red, par. 58.
[33] ICC-01/12-01/18-786-Red, par. 58.
[34] ICC-01/14-01/21-247-Conf, par. 26.
[35] ICC-01/04-01/06-826, p. 6.

conclusions (aucune note de bas de page et aucune motivation)[36]. Dans le même sens, dans l'affaire *Gbagbo*, le Juge unique avait rendu la même conclusion, en s'appuyant uniquement sur la jurisprudence précédente – dont nous venons de voir qu'elle est elle-même non justifiée et non motivée – sans aucune autre motivation[37]. Enfin, la situation est similaire – conclusion sur la base de la jurisprudence antérieure non motivée – dans l'affaire *Ntaganda* à laquelle renvoie la décision attaquée[38].

43. Enfin, dans le seul jugement d'appel auquel renvoie la Chambre dans la décision attaquée, jugement d'appel rendu dans l'affaire *Bemba*, le raisonnement soulève des questions juridiques, puisque la Chambre d'appel affirmait que : « In the Impugned Decision at paragraph 59, the Pre-Trial Chamber acknowledges that the charges now confirmed against Mr Bemba "may still result in a conviction leading to an overall lengthy sentence". However, the Chamber in assessing this factor merely stated that it "could constitute an incentive" to abscond but alone could not justify long periods of pre-trial detention. The Appeals Chamber finds merit in the arguments of the Appellant in this regard. Whilst the confirmation of charges in itself constitutes a "changed circumstance" the finding by the Pre-Trial Chamber that there were substantial grounds to believe that Mr Bemba committed the crimes charged, increased the likelihood that he might abscond. In addition, the length of sentence that Mr Bemba is likely to serve if convicted on these charges is a further incentive for him to abscond. In the view of the Appeals Chamber, the Pre-Trial Chamber misappreciated the weight to be attached to this factor to which it had previously attached much importance »[39].

44. Il est tout d'abord intéressant de relever que dans l'affaire *Bemba*, la Chambre d'appel avait renversé la décision du Juge unique de prononcer la mise en liberté provisoire de M. Bemba, au motif que le Juge unique aurait mal apprécié le poids à accorder au fait que les charges avaient été confirmées contre M. Bemba. Les Juges d'appel ont donc agi dans cette affaire comme des Juges de première instance alors que le droit applicable en appel prévoit clairement que la Chambre d'appel doit accorder aux Juges de première instance une certaine marge d'appréciation dans leur évaluation des faits présentés et du poids à accorder aux facteurs à prendre en compte dans une décision de maintien en détention[40]. Or, les Juges

[36] ICC-01/04-01/07-794, par. 10.
[37] ICC-02/11-01/11-668, par. 41.
[38] ICC-01/04-02/06-335, par. 34.
[39] ICC-01/05-01/08-631-Red, par. 69-70.
[40] Voir par exemple, ICC-02/05-01/20-279-Red, par. 13.

d'appel se sont substitués aux Juges de première instance pour modifier, sans explication ou motivation, la conclusion du Juge de première instance considérant qu'il convenait de donner un poids plus important au fait que les charges avaient été confirmées. Il est intéressant de relever aussi que l'unique fois où la Chambre d'appel est intervenue pour substituer sa propre évaluation du risque à celle d'une Chambre inférieure est un cas où une liberté provisoire avait été prononcée par l'échelon inférieur.

45. En d'autres termes, la jurisprudence de la Cour prise dans son ensemble crée une présomption de maintien en détention pour un accusé dont les charges ont été confirmées, puisque si un juge de première instance devait estimer que la confirmation des charges ne suffisait pas à maintenir une personne en détention, sa décision se verrait renversée par la Chambre d'appel – comme ce fut le cas dans l'affaire Bemba – alors que la décision d'un juge de première instance qui s'appuie sur le critère de la confirmation des charges de manière générique pour maintenir une personne en détention ne serait, quant à elle, jamais renversée et ce sans que la jurisprudence de la Cour ne présente d'explication ou de motivation permettant de justifier une telle conclusion.

46. Autrement dit encore, la situation actuelle devant la CPI, en application de la jurisprudence, est la suivante : si les charges sont confirmées, la personne poursuivie qui se trouve en détention sera nécessairement maintenue en détention et ne dispose plus de voie procédurale pour obtenir une liberté provisoire. Une telle position, devant une juridiction qui se doit d'être exemplaire, n'est pas tenable au regard du respect des droits fondamentaux d'une personne poursuivie (présomption d'innocence et la « liberté est le principe et la détention l'exception ») et constitue une violation du droit à un procès équitable.

47. Dans ces conditions, en ne définissant pas la notion de « gravité » la Chambre a commis une erreur de droit qui invalide la Décision attaquée. En effet, puisque, par définition, tous les crimes relevant de la compétence de la Cour sont « graves », ne pas définir la notion de gravité spécifiquement dans le contexte de la liberté provisoire crée une présomption de maintien en détention pour toute personne accusée de crimes relevant de la compétence la Cour et viderait de son sens l'Article 60(2) du Statut, puisque qu'aucun Accusé ne pourrait jamais obtenir de liberté provisoire.

48. Le même raisonnement s'applique en substance à la question de la peine : comme l'a

souligné le TPIY, « the expectation of a lengthy sentence cannot be held against an accused in abstracto because all accused before this Tribunal, if convicted, are likely to face heavy sentences[41] » ; par conséquent la peine encourue n'est pas un facteur à prendre en compte pour déterminer la gravité sauf à considérer que toute personne poursuivie devant la CPI et détenue doit être maintenue en détention du simple fait de qu'elle est poursuivie et donc encourt une peine.

49. Par ailleurs, le Statut de la CPI ne prévoit pas d'échelle ou de grille de peines. En effet, devant la CPI, il n'est indiqué qu'une fourchette très large des peines encourues par les personnes poursuivies qui peut aller de 0 à 30 ans, voire la perpétuité en cas d'« extrême gravité du crime »[42]. Dans un tel contexte procédural, les Juges ne peuvent pas procéder à des estimations de la peine encourue sous peine de violer la présomption d'innocence puisqu'à partir du moment où un Juge se prononce, sans avoir décidé de la culpabilité de l'accusé, sur une peine raisonnablement encourue cela revient à se prononcer d'ores et déjà sur une lecture de l'affaire portée devant les Juges de première instance. A partir du moment que le droit applicable ne prévoit pas d'échelle ou de grille de peine, se prononcer sur une échelle de peine potentielle reviendrait à émettre une opinion, donc un jugement, sur la nature même de l'affaire et donc constituerait un pré-jugement avant la fin du processus judiciaire.

1.2.2. L'erreur de fait de ne pas avoir procédé à une analyse de la « gravité » dans le cas d'espèce.

50. La Chambre, en n'expliquant pas en quoi les charges alléguées contre Monsieur Said seraient graves a commis une erreur de fait qui invalide la décision attaquée. En l'espèce, il était d'autant plus important d'expliquer pourquoi les faits reprochés à Monsieur Said atteindraient le standard de gravité dans le cadre d'une demande de mise en liberté que la Défense avait démontré, dans sa demande de mise en liberté, que les charges limitées alléguées contre Monsieur Said n'atteignaient pas le seuil de gravité[43].

51. En effet, à la lumière de la décision de confirmation des charges, il convient de constater qu'en l'état actuel du dossier, les charges alléguées contre Monsieur Said sont limitées tant

[41] *Procureur c. Haradinaj et consorts*, IT-04-84-PT, *Decision on Ramush Haradinaj's Motion for Provisional Release*, 5 juin 2005, par. 24.
[42] Article 77 du Statut.
[43] ICC-01/14-01/21-233-Conf, par. 47-49.

dans le temps que dans l'espace, en particulier en comparaison avec d'autres affaires de la Cour. Il s'agissait ici pour la Chambre d'évaluer les charges explicitement formulées contre Monsieur Said : la décision de confirmation des charges ne confirme qu'un nombre limité d'incidents qui portent sur une période de quelques mois et ne confirme pas, à l'encontre de monsieur Said, des accusations de meurtre ou de violences sexuelles.

52. Par ailleurs, le nombre de victimes est un facteur pertinent à prendre en compte dans l'évaluation générale de la gravité. Sur ce point, le Greffe indique qu'il n'existe pas aujourd'hui, à la suite de la décision de confirmation des charges qui a écarté la moitié des allégations de l'Accusation, de victimes participantes dans la présente procédure. En effet, le Greffe explique avoir revu toutes les demandes de participation à l'aune de la décision de confirmation des charges[44] et conclut que : « Following its assessment, the Registry submits that the status of all participating victims to date is negatively impacted by the Confirmation Decision's findings since these victims all reported to have suffered harm as a result of crimes committed at the CEDAD, but not at the OCRB »[45].

53. Depuis ce rapport du Greffe du 21 janvier 2022, il est ressorti des discussions en préparation du procès que tant le Greffe que le BCPV n'anticipent qu'un nombre limité de nouvelles demandes de participation, au plus entre 40 et 50[46] et qu'au stade actuel seules 13 demandes ont été déposées auprès de la SPVR[47]. L'on peut donc raisonnablement anticiper qu'il y aura peu de victimes participantes dans la présente procédure.

1.3. Troisième moyen d'appel : la prise en considération d'incidents allégués concernant des témoins de l'Accusation pour maintenir Monsieur Said en détention sans établir le moindre lien entre ces incidents et Monsieur Said constitue une erreur de droit.

54. Dans la décision attaquée, il est affirmé que : «The Chamber has also taken note of the Prosecution's argument that a number of witnesses have already faced security threats in the CAR, even though the Prosecution does not claim that these incidents can be attributed to Mr Said. […] Although these allegations are based on uncorroborated hearsay evidence and raise a lot of questions, the Chamber is aware of its duties and is deeply concerned by these incidents, which took place after Mr Said was surrendered to the Court. Indeed, if there are

[44] ICC-01/14-01/21-229-AnxII-Red, par. 5.
[45] ICC-01/14-01/21-229-AnxII-Red, par. 6.
[46] ICC-01/14-01/21-T-007-CONF-FRA ET, p.48, l.17-18 et p.48, l.23.
[47] ICC-01/14-01/21-263, par. 12.

apparently individuals in the CAR who are able to make attempts to intimidate witnesses in this case with impunity, this clearly shows how fragile the security situation is for ICC witnesses residing inside the CAR »[48].

55. Tout d'abord, la Défense relève que la Chambre a pris en compte ces incidents allégués alors qu'elle estime elle-même qu'ils sont « based on uncorroborated hearsay evidence and raise a lot of questions ». Dans ces conditions, il eut été nécessaire que la Chambre tire les conclusions de son propre constat et donc ne s'appuie pas sur ces incidents dans la Décision attaquée.

56. Surtout, il ressort de la décision attaquée que la Chambre a justifié le maintien en détention de Monsieur Said sur la base d'incidents allégués qui n'ont aucun rapport avec Monsieur Said. En d'autres termes, le maintien en détention de Monsieur Said est fondé sur l'analyse que fait la Chambre de la situation sécuritaire générale à laquelle feraient face les témoins de l'Accusation, sans qu'un quelconque lien avec Monsieur Said n'ait été établi.

57. Cette approche est contraire au principe selon lequel il incombe à l'Accusation de démontrer spécifiquement que les risques allégués pour les enquêtes émaneraient de l'Accusé. Cette obligation ressort du texte même de l'Article 58(1)(b)(ii) qui prévoit que la Chambre doit évaluer « que l'arrestation de cette personne apparaît nécessaire pour garantir […] Qu'elle [donc la personne] ne fera pas obstacle à l'enquête ou à la procédure devant la Cour, ni n'en compromettra le déroulement ». Il s'agit donc bien de déterminer qu'il existerait un risque lié à la personne poursuivie, et non un risque général et générique pour les témoins. C'est ce qu'a reconnu de la manière la plus claire possible la Chambre d'appel de la Cour : « The Appeals Chamber would like to highlight that article 58 (1) (b) (ii) of the Statute stipulates that detention must be necessary "to ensure that *the person* does not obstract or endanger the investigation or the court proceedings" (emphasis added). This indicates that there must be a link between the detained person and the risk of witness interference »[49].

58. La Chambre, n'a pas pris en compte cette jurisprudence et estime que : « However, the Chamber cannot simply disregard the existing dire security situation because Mr Said did not create it. Moreover, it is incorrect to suggest that a person can only be detained on the basis of

[48] ICC-01/14-01/21-247-Conf, par. 32.
[49] ICC-01/05-01/08-1937-Red2, par. 67.

Article 58(1)(b)(ii) of the Statute when there are already concrete indications that the detained person has in the past made attempts to influence witnesses or has specific plans to do so in the future. »[50]. La Défense relève que la Chambre, même s'il n'y a aucune référence aux soumissions de la Défense en note de bas de page, semble attribuer ici (« it is incorrect to suggest ») un argument à la Défense qu'elle n'a jamais avancé : la Défense n'a jamais argumenté qu'il faudrait démontrer que la personne poursuivie doit avoir déjà, dans le passé, essayé d'influencer les témoins. Elle a simplement demandé que soit respecté l'obligation de démontrer, conformément à l'Article 58(1)(b)(ii) et la jurisprudence, un lien entre les risques allégués et la personne poursuivie pour justifier du maintien en détention[51], ce qui n'a pas été fait dans le cas d'espèce.

1.4. Quatrième moyen d'appel : avoir fondé la décision de maintien en détention sur un rapport du Greffe qui n'a pas été communiqué à la Défense constitue une erreur de droit en raison de la violation du principe du contradictoire.

59. La Chambre, pour décider du maintien en détention, s'est fondée sur un rapport du Greffe qui n'a jamais été communiqué à la Défense[52]. Une telle approche constitue une erreur de droit qui invalide la Décision, puisque la Défense n'a pas été mise en position de pouvoir discuter ou contester la teneur de ce rapport, ce qui viole le principe du contradictoire. Il était d'autant plus important que la Défense dispose de ce rapport qu'aucun élément au dossier de l'affaire ne permettait de fonder le maintien en détention de Monsieur Said (cf. *Supra*).

60. Par ailleurs, ce rapport semble contredire d'autres informations communiquées par le Greffe. En effet, selon la Chambre, le rapport *ex parte* du Greffe indiquerait « [EXPURGÉ] »[53], alors même que dans l'écriture du Greffe auquel ce rapport était annexé il était clairement indiqué que «[EXPURGÉ]»[54].

61. Face à ces contradictions, et en raison du caractère apparemment vague des affirmations du Greffe, il était crucial que la Défense soit mise en position de prendre connaissance du rapport du Greffe pour pouvoir en contester contradictoirement les conclusions.

[50] ICC-01/14-01/21-247-Conf, par. 33.
[51] ICC-01/14-01/21-233-Conf, par. 51.
[52] ICC-01/14-01/21-247-Conf, par. 33.
[53] ICC-01/14-01/21-247-Conf, par. 33.
[54] ICC-01/14-01/21-232-Conf, par. 16-17.

1.5. Cinquième moyen d'appel : avoir fondé le maintien en détention sur la divulgation à la Défense de Monsieur Said d'éléments relatifs au dossier de l'Accusation constitue une erreur de droit.

62. La Chambre, pour décider du maintien en détention, s'est fondée sur le fait que « the disclosure process has reached an advanced stage and that Mr Said is now in possession of a lot of confidential information, including the identities of a large number of witnesses »[55]. Une telle approche constitue une erreur de droit qui invalide la Décision attaquée, puisqu'elle met l'Accusé dans la position impossible de devoir choisir entre deux de ses droits fondamentaux : le droit d'être informé des charges et le droit de jouir de sa liberté.

63. La Chambre renvoie en note de bas de page à certaines jurisprudences de la Cour, notamment à un jugement d'appel dans l'affaire *Gbagbo* dans lequel il était indiqué que : « Disclosure enhances the detainee's knowledge of the Prosecutor's investigation. Therefore under article 58 (1) (b) (ii) of the Statute it may be a relevant factor. Accordingly, the Appeals Chamber considers that the Pre-Trial Chamber did not have to explain the specific circumstances relating to the disclosure of evidence and how they amplified the risk. The Appeals Chamber emphasises, however, that this does not mean that the fact that evidence is disclosed means that the detainee cannot be released. The disclosure of evidence is but one factor that the Pre-Trial Chamber may take into account when determining whether continued detention appears necessary under article 58 (1)(b)(ii) of the Statute »[56].

64. La Défense note que la Chambre d'appel a clairement indiqué que la divulgation d'éléments de preuve à l'Accusé ne veut pas nécessairement dire que « the detainee cannot be released ». Or, en décidant que « the Pre-Trial Chamber did not have to explain the specific circumstances relating to the disclosure of evidence and how they amplified the risk », la Chambre d'appel libère les Juges de première instance de leur obligation de justifier, au cas par cas, de la nécessité du maintien en détention en raison de la divulgation d'élément de preuve et leur permet de s'appuyer sur un critère générique qui aura toujours pour conséquence de justifier du maintien en détention. En d'autres termes, le fait que la Chambre d'appel prend la peine de préciser que les divulgations ne sont qu'un des facteurs à prendre

[55] ICC-01/14-01/21-247-Conf, par. 35.
[56] ICC-02/11-01/11-278-Red, par. 65.

en compte ne change rien au fait que permettre aux Juges de prendre en compte un facteur générique sans avoir à l'adapter au cas d'espèce crée une présomption de maintien en détention. Ce qui revient donc à rendre automatique le maintien en détention de la personne poursuivie si elle choisit d'exercer tous ses droits.

65. Dans ces conditions, il appartient à la Chambre d'appel de réaffirmer les principes fondamentaux sous-tendant une décision de maintien en détention et d'exiger des Juges de première instance qu'ils justifient de l'existence de risques dans le cas d'espèce, plutôt que de s'appuyer sur des facteurs génériques.

2. L'impact matériel sur la décision attaquée des erreurs de droit et de fait invoquées.

66. Les erreurs de droit et de fait telles qu'identifiées par la Défense dans le présent mémoire d'appel ont à l'évidence matériellement affecté la décision attaquée. En effet, en l'absence de ces erreurs, la Chambre n'aurait pu se reposer sur aucun fondement factuel ou juridique pour justifier de l'existence des risques tels que prévus à l'Article 58(1)(b) et donc pour justifier du maintien en détention de Monsieur Said.

67. Par ailleurs, dans la mesure où la Chambre, pour décider du maintien des restrictions des communications de Monsieur Said, s'est fondée sur les mêmes conclusions que pour le maintien en détention[57], ces erreurs alléguées ont pour conséquence d'invalider la décision rejetant la demande de la Défense visant à ce que soient levées les restrictions aux communications de Monsieur Said.

[57] ICC-01/14-01/21-247-Conf, par. 42.

PAR CES MOTIFS, PLAISE A LA CHAMBRE D'APPEL, DE :

- **Constater** que la Décision attaquée est entachée des erreurs de droit et de fait telles que présentées dans le présent mémoire d'appel ;
- **Constater** que ces erreurs ont matériellement affecté la décision attaquée ;

Par conséquent :

- **Annuler**, en toutes ses dispositions, pour absence de base légale et en raison des erreurs de fait et de droit commises, la Décision de la Chambre de première instance VI rejetant la demande de mise en liberté de Monsieur Said (ICC-01/14-01/21-247-Conf);
- **Annuler**, en toutes ses dispositions, pour absence de base légale et en raison des erreurs de fait et de droit commises, la Décision de la Chambre de première instance VI rejetant la demande de levée des mesures de restrictions aux communications de Monsieur Said (ICC-01/14-01/21-247-Conf);

Et,

- **Renvoyer** la question devant la Chambre de première instance VI et lui **ordonner** de se prononcer à nouveau sur l'existence ou la non-existence, en fonction des normes en vigueur, 1) des conditions de l'article 58(1)(b) du Statut de Rome et 2) des conditions de la Norme 101(2) du Règlement de la Cour.

Jennifer Naouri
Conseil Principal de Mahamat Said Abdel Kani
Fait le 22 mars 2022 à La Haye, Pays-Bas.