



Original: français

No : ICC-01/04-01/10

Date: 02/04/2012

LA CHAMBRE D'APPEL

Devant:

M. le juge Erkki KOURULA, juge président

M. le juge Sang-Hyun SONG

Mme. la juge Akua KUENYEHIA

Mme. la juge Anita USACKA

Mme. la juge Silvia FERNANDEZ DE GURMENDI

SITUATION EN RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO

AFFAIRE

LE PROCUREUR C. CALLIXTE MBARUSHIMANA

DOCUMENT PUBLIC

Réponse de la Défense au document à l'appui de l'appel du Procureur

Origine: La Défense de Monsieur Callixte MBARUSHIMANA

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

Le Bureau du Procureur

Mme. Fatou BENSOUDA, Procureur adjoint
M. Fabricio GUARIGLIA

Le conseil de la Défense

Me. Arthur VERCKEN
Me. Yael Vias GVIRSMAN
Me. Philippe LAROCHELLE

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

Le Bureau du conseil public pour la Défense

Les représentants des États

L'amicus curiae

REGISTRY

Le Greffier

Mme. Silvana ARBIA

La Section de Soutien à la Défense

Le greffier adjoint

L'Unité d'aide aux victimes et aux témoins

La Section de la détention

La Section de la participation des victimes et des réparations

Autres

Sur la première question

1. La première question sur laquelle le Procureur a été autorisé à interjeter appel est la suivante :

« Le seuil de la preuve défini à l'article 61 du Statut autorisait-t-il la Chambre à refuser de confirmer des charges qui lui étaient soumises par le Procureur en relevant que les éléments présentés contenaient des incohérences, ambiguïtés ou contradictions, ce constat ayant eu pour effet de priver le Procureur de la possibilité de mener son affaire jusqu'à un procès au fond ? »

2. Selon la Défense, la formulation même de cette question révèle son incohérence.

3. En effet, l'objet même de l'audience sur les charges consiste à éventuellement priver le Procureur de la possibilité de mener son affaire jusqu'à un procès sur le fond...

4. Or, cette hypothèse se trouvera réalisée lorsque le Procureur ne sera pas parvenu à « étayer chacune des charges avec des éléments de preuve suffisants pour établir des motifs substantiels de croire que la personne a commis le crime qui lui est imputé » (article 61-5).

5. Il découle donc clairement du Statut que le travail du Procureur en vue de l'audience sur les charges consiste à « étayer ses charges »¹.

¹ Sur les devoirs du Procureur au stade la confirmation, voir par exemple, la 'Décision relative aux charges' de la Chambre préliminaire dans l'affaire LUBANGA, ICC-01/04-01/06-803, par. 39 « Ainsi, la Chambre considère que la charge de la preuve qui pèse sur l'Accusation oblige cette dernière à apporter des éléments de preuve concrets et tangibles, montrant une direction claire dans le raisonnement supportant ses allégations spécifiques... »

6. Or, jusqu'à preuve du contraire, le travail intellectuel des magistrats qui examinent des charges qu'on leur présente consistera à vérifier si elles présentent ou non des « *incohérences, ambiguïtés ou contradictions* ». C'est l'essence même du travail judiciaire pénal².

7. Dès lors, le seul argument qui puisse encore être avancé par le Procureur consiste à prétendre que le travail qui consiste à rechercher des « *incohérences, ambiguïtés ou contradictions* » ne correspond pas à un travail permettant de rechercher « *des motifs substantiels de croire que la personne a commis le crime qui lui est imputé* »³.

8. Cela est bien évidemment absurde car une telle théorie vide totalement de son sens l'étape de l'audience sur les charges devant la Chambre préliminaire⁴.

9. Il n'existe pas d'autres moyens que la recherche des « *incohérences, ambiguïtés ou contradictions* » pour effectuer le travail judiciaire dont il s'agit ici.

² Sur le travail judiciaire et l'analyse de la preuve, voir aussi l'article 69-4 du statut qui prévoit que la Chambre préliminaire peut : « *se prononcer sur la pertinence et l'admissibilité de tout élément de preuve conformément au Règlement de procédure et de preuve, en tenant compte notamment de la valeur probante de cet élément de preuve et de la possibilité qu'il nuise à l'équité du procès ou à une évaluation équitable de la déposition d'un témoin.* ». En effet, bien que cet article se trouve sous la partie Statut relative au « procès », la règle 63(1) du Règlement de procédure et de preuve établit que « *Les règles d'administration de la preuve énoncées dans le présent chapitre ainsi qu'à l'article 69 s'appliquent aux procédures devant toutes les Chambres* ». Voir dans ce sens, la jurisprudence dans l'affaire *ABU GARDA*, ICC-02/05-02/09-267-tFRA, aux paragraphes 7 : « *Qui plus est, les dispositions générales relatives à la preuve sont énoncées à la règle 63, au chapitre 4 du Règlement intitulé « Dispositions applicables aux diverses phases de la procédure ». La règle 63 - 1 dispose que « [I]es règles d'administration de la preuve énoncées dans le présent chapitre ainsi qu'à l'article 69 s'appliquent aux procédures devant toutes les chambres », ce qui inclut donc la procédure de confirmation des charges devant une chambre préliminaire. En outre, la règle 63 - 2 du Règlement prévoit qu'en vertu de son pouvoir discrétionnaire, la Chambre peut évaluer librement tous les moyens de preuve présentés* » ; Voir dans la jurisprudence constante, sur ce point, et notamment les Décisions relatives aux charges des Chambres préliminaires dans les affaires *BEMBA*, ICC-01/05-01/08-424-tFR, *KATANGA et NDGUJOLO*, ICC-01/04-01/07-717-tFRA, aux paragraphes 71 à 224, *LUBANGA*, ICC-01/04-01/06-803, notamment au paragraphe 61.

³ Or la jurisprudence affirme le contraire, voir par exemple ICC-02/05-02/09-243-Red-tFRA, par 43 : « *La Chambre est d'avis que si les éléments de preuve sont incohérents, ambigus ou contradictoires, elle peut être amenée à décider de ne pas confirmer les charges. Une telle issue ne serait toutefois pas due à l'application du principe in dubio pro reo à l'appréciation de la valeur probante des éléments de preuve présentés par l'Accusation à ce stade mais à la conclusion que des preuves de cette nature ne sont pas suffisantes pour donner des motifs substantiels de croire que le suspect a commis les crimes qui lui sont reprochés et que, par conséquent, le critère établi à l'article 61-7 du Statut n'est pas rempli.* »

⁴ Sur le travail judiciaire et la liberté d'examen de la preuve par la Chambre préliminaire, voir la Décision de la Chambre préliminaire dans l'affaire *ABU GARDA* rejetant une requête d'autorisation d'appel contre la Décision infirmant les charges, ICC-02/05-02/09-267-tFRA, par. 8 « *...La libre évaluation des éléments de preuve produits par une partie constituée, selon le Statut, un élément essentiel de l'action judiciaire, tant au stade préliminaire d'une affaire que lors du procès.* »

10. En réalité, toute l'ambiguïté de l'argumentaire du Procureur est tirée du fait que les textes applicables devant la CPI prévoient une montée en puissance progressive du seuil de crédibilité des charges qu'il doit présenter aux magistrats pour passer à l'étape suivante.

11. Ainsi, au stade de la requête sur le mandat d'arrêt, les juges doivent constater que les éléments fournis par l'Accusation suscitent des « *motifs raisonnables de croire* », puis lors de l'audience sur les charges ils doivent provoquer des « *motifs substantiels de croire* ». Enfin, à l'issue du procès, auront dû pouvoir y puiser une « *culpabilité au delà de tout doute raisonnable* ».

12. Or, il est évident que chaque seuil fixé lors de ces trois étapes-clés d'une procédure devant la CPI entraîne un même travail d'analyse des magistrats sur les éléments qui leurs sont présentés par le Procureur. Ce qui change, c'est le format des éléments⁵.

13. Par essence, un « *motif substantiel* » concerne le contenu, la substance d'une preuve et en ce sens, la recherche de ce type de motif doit forcément entraîner une analyse. De plus, un motif « *substantiel* » est forcément opposé à un motif superficiel, léger, *prima facie*, sans analyse.

14. Pourtant, la question d'appel n°1 du Procureur ne porte pas sur le format des éléments à charge qu'il a présentés mais uniquement sur le travail intellectuel d'analyse qu'ont réalisé les magistrats.

⁵ Ibid. *l'affaire ABU GARDA*, ICC-02/05-02/09-267-tFRA, par. 9 : « *La différence entre les divers stades de la procédure réside plutôt dans la norme de preuve à respecter à chacun des stades ; pour que la Chambre préliminaire confirme les charges, il faut qu'il existe « des preuves suffisantes donnant des motifs substantiels de croire que la personne a commis chacun des crimes qui lui sont imputés », tandis que, pour que l'accusé soit condamné, la Chambre de première instance doit être « convaincue de sa culpabilité au-delà de tout doute raisonnable »* »

15. En résumé, le Procureur demande à la Chambre d'appel qu'elle interdise aux magistrats de la Chambre préliminaire d'utiliser la plénitude de leurs capacités intellectuelles lors de l'audience sur les charges.

16. **Les trois arguments** avancés par le Procureur pour tenter de convaincre la Chambre d'appel de se livrer à une telle castration intellectuelle sont les suivants.

17. **Le premier argument** du Procureur consiste à prétendre que la preuve du fait que les juges de la Chambre préliminaire ne devraient pas trop réfléchir au dossier présenté par l'Accusation, réside dans la possibilité offerte au Procureur par le Statut de présenter ses éléments à charge sous un format qu'il estime réduit. Cette possibilité résulte de la 2ème partie de l'article 61-5 : « *Il (le Procureur) peut se fonder sur des éléments de preuve sous forme de documents ou de résumés et il n'est pas tenu de faire comparaître les témoins qui doivent déposer au procès* ».

18. Tout d'abord, il doit être noté que ce passage du Statut ne traite que des éléments de preuve que présente le Procureur pour soutenir ses charges (et non plus des charges elles-mêmes). Cette distinction peut avoir son importance car, dans la présente affaire, une partie du dossier du Procureur reposait non pas sur des éléments de preuve classiques mais sur un raisonnement, sur des déductions faites par l'Accusation. Or, la lecture de la Décision attaquée en date du 16 décembre 2011 permet de constater que ce ne sont pas seulement les preuves présentées par l'Accusation qui ont été considérées comme contenant des « *incohérences, ambiguïtés ou contradictions* » mais également son raisonnement.

19. Pour en revenir à cette 2ème partie de l'article 61-5 sur les éléments de preuve, il convient de s'en tenir au texte pour constater qu'il ne fait qu'offrir une possibilité. Nulle part, il n'est écrit que le Procureur peut toujours se contenter de fonder sa présentation « *sur des éléments de preuve sous forme de documents ou de résumés* » et/ou qu'il lui est interdit de présenter des témoins à la barre.

20. Le texte critiqué est donc forcément à envisager dans sa globalité, dans son esprit.

21. Or, il est évident que contrairement à l'audience sur la demande du Procureur qu'un mandat d'arrêt soit délivré, audience qui n'est, par essence, pas contradictoire, la phase de l'étape sur les charges est envisagée par les textes comme une véritable étape de débat judiciaire et contradictoire.

22. Ainsi, l'article 61 prévoit que la Défense est présente, qu'elle reçoit notification des charges et des éléments qui les soutiennent avant l'audience, qu'elle peut contester ces charges, contester les éléments de preuve et même en présenter d'autres à décharge. Il ne s'agit donc pas d'une simple audience d'enregistrement de la thèse du Procureur mais d'un débat judiciaire. En fait, cette étape de la procédure a un objectif très simple : éviter que des personnes soient retenues indûment en détention jusqu'à un procès ultérieur et que des dossiers incomplets et défaillants viennent encombrer l'agenda de la CPI⁶.

23. On voit donc ici qu'à partir d'une simple possibilité, le Procureur cherche à se fabriquer le droit d'être « *incohérent, ambigu et contradictoire* » et d'obtenir, quelque soit la faiblesse de ses preuves l'encombrement d'une affaire supplémentaire sur le rôle de la CPI.

24. Il va pourtant de soi que le texte laisse toute sa liberté au Procureur pour décider de la meilleure manière d'étayer son dossier dans l'objectif de convaincre la Chambre préliminaire qu'il existe bien des motifs substantiels de croire que la personne a commis les crimes qui lui sont imputés. De même, le choix du Procureur

⁶ Sur les poursuites abusives et l'économie judiciaire, voir par exemple la Décision de la Chambre préliminaire dans l'affaire BEMBA, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, au paragraphe 28 : « [...] Plus exigeante que celle fixée pour décerner un mandat d'arrêt ou une citation à comparaître, cette norme permet de protéger le suspect contre des poursuites abusives et de réaliser une économie des moyens judiciaires en distinguant les affaires qui doivent être renvoyées en jugement de celles qui ne devraient pas l'être. », voir dans le même sens, 'Décision relative aux charges' dans l'affaire KENYA I, ICC-01/09-01/11-373, par. 40

n'affecte pas la liberté de la Chambre préliminaire d'exercer ses prérogatives judiciaires⁷.

25. **Le deuxième argument** du Procureur pour inciter la Chambre d'appel à déformer les textes n'est pas véritablement éloigné du premier même s'il est cette fois revêtu d'un habit juridique. En fait, l'on pourrait même dire que ce deuxième argument est la conséquence du premier. Ainsi, pour renforcer la déformation textuelle à laquelle se livre le Procureur, celui-ci affirme ensuite que les éléments de preuve qu'il présente lors de l'audience sur les charges bénéficient d'une "présomption de crédibilité"⁸. Jamais le Procureur n'indique d'où émanerait une telle présomption qui entre pourtant en conflit avec tous les principes fondamentaux de la procédure pénale, et il faut donc considérer que, pour lui, elle émane tout simplement encore et toujours de cette possibilité qui lui est offerte par l'article 61-5 de ne pas forcément présenter toute sa preuve à la Chambre préliminaire. Une fois encore, le Procureur oublie qu'il est le maître de son dossier et qu'il est le seul responsable de la question de savoir si le format dans lequel il décidera de présenter sa preuve à l'audience sur les charges suffira à convaincre les magistrats de l'existence de « *motifs substantiels de croire* ».

⁷ Voir par exemple, 'Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins d'autorisation d'interjeter appel de la Décision relative à la confirmation des charges', dans *l'affaire ABU GARDA*, ICC-02/05-02/09-267-tFRA, paragraphe 8 : « *Bien que le Statut autorise l'Accusation, au stade préliminaire de l'affaire, à se fonder sur des éléments de preuve sous forme de documents ou de résumés, sans devoir citer à comparaître les témoins dont il est prévu qu'ils déposent au procès, ni le Statut ni le Règlement, contrairement à ce qu'affirme l'Accusation, n'établit de distinction quant à la manière dont les éléments de preuve doivent être évalués selon qu'ils sont produits devant une chambre de première instance ou une chambre préliminaire. La libre évaluation des éléments de preuve produits par une partie constituée, selon le Statut, un élément essentiel de l'action judiciaire, tant au stade préliminaire d'une affaire que lors du procès* »

⁸ Une jurisprudence rejette une telle présomption, voir 'Décision relative aux charges' dans notre affaire, ICC-01/04-01/10-465-tFRA aux paragraphes 45 et 46 ; voir aussi, dans *l'affaire ABU GARDA*, 'Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins d'autorisation d'interjeter appel de la Décision relative à la confirmation des charges', ICC-02/05-02/09-267-tFRA aux paragraphes 1 à 12 où le Procureur demande à ce que ses preuves soient examinées au stade préliminaire « *sous l'angle le plus favorable* » et où la Chambre préliminaire rejette sa demande en réaffirmant le pouvoir discrétionnaire de la Chambre préliminaire d'examiner les preuves présentées par les Parties lors de la confirmation des charges ; voir aussi dans *l'affaire BEMBA*, au paragraphe 59 « [...] *la Chambre accorde aux éléments de preuve le poids qu'elle juge approprié. Elle n'est par conséquent pas liée par la manière dont les parties présentent les Eléments de preuve communiqués mais procède à sa propre évaluation [...].* »

26. On a déjà répondu supra à cette théorie sans fondement légal : elle ressort évidemment d'une distorsion de la procédure et de son esprit.

27. Dans sa Décision du 1^{er} mars 2012 autorisant l'appel du Procureur, la Chambre préliminaire a considéré que l'appel sur cette première question pouvait être autorisé puisqu'il serait intéressant de recueillir l'avis de la Chambre d'appel sur le fait de savoir si elle avait outrepassé son pouvoir d'examen des charges en appliquant un standard de filtrage trop sévère. En cela, la Chambre préliminaire a autorisé l'appel car elle a estimé que cette question pourrait coïncider avec les exigences de l'article 82-1-d. Au paragraphe 9 de sa Décision autorisant l'appel, la Chambre préliminaire a même déterminé trois points qui, selon elle, pourraient être affectés par la réponse à cette question (Le Suspect était-il informé des crimes commis au Congo ? La preuve soumise était-elle suffisante pour démontrer l'existence d'un ordre de provoquer une catastrophe humanitaire ? Par son action, le Suspect a-t-il encouragé les troupes basées au Congo ?).

28. Pourtant, dans son acte d'appel, le Procureur ne traite pas ces trois points soulignés par la Chambre préliminaire. Jamais il n'explique à quel passage de la décision attaquée les magistrats auraient dépassé le standard de filtrage prévu par les textes.

29. Selon la Défense, ce silence a deux causes. D'abord, comme on l'a dit plus haut, une partie du dossier du Procureur reposait non pas sur des éléments de preuve classiques mais sur un raisonnement, sur des déductions faites par l'Accusation. Or, la lecture de la Décision attaquée en date du 16 décembre 2011 permet de constater que ce ne sont pas seulement les preuves présentées qui ont été considérées comme contenant des « *incohérences, ambiguïtés ou contradictions* » mais également le raisonnement du Procureur. Selon la Défense, cette situation explique que le Procureur ait inutilement consacré toute la 1^{ère} partie de son acte d'appel à

répéter sa thèse contre Monsieur MBARUSHIMANA alors que ce développement est hors sujet.

30. Ensuite, le silence du Procureur sur les trois points soulignés par la Chambre préliminaire est dû au fait que les éléments de preuve qui ont permis à la Chambre préliminaire d'y répondre étaient principalement des éléments documentaires insusceptibles de changer lors d'un éventuel futur procès (éléments informatiques et documents saisis chez Monsieur MBARUSHIMANA, articles de presse, communiqués de presse). Or, il est évident que le contenu d'un communiqué de presse sera le même devant la Chambre préliminaire et devant les juges du fond. De même, les « *incohérences, ambiguïtés ou contradictions* » qui apparaissent dans une déposition écrite de témoin, peuvent d'ores et déjà servir de fondement pour établir la faiblesse substantielle d'un témoignage. Il ne s'agit pas forcément de la crédibilité du témoin mais par exemple ici du fait que son témoignage ne couvre pas les faits précis soutenus par le Procureur.

31. Cette situation et le travail de très grande qualité fourni par les juges de la Chambre préliminaire a pour conséquence que le Procureur n'a pas d'autre choix que de chercher à obtenir de la Chambre d'appel qu'elle décide que le seuil de réflexion des juges lors de l'audience sur la confirmation des charges sera le même que celui, pourtant inférieur, fixé pour l'audience sur le mandat d'arrêt. Ainsi, quelle que soit la piètre qualité du dossier du Procureur, ce dernier sera assuré de le mener au procès sans examen intelligent de sa preuve et de son raisonnement. Une exigence aussi saugrenue sera bien évidemment rejetée.

32. **Le troisième argument** mis en avant par le Procureur est relatif à l'existence d'une opinion dissidente. Le Procureur voudrait croire que sa thèse s'en trouve validée. C'est faux. C'est même très exactement le contraire. Sans rentrer dans le détail de l'opinion dissidente de la Juge MONAGENG, il suffit de lire cette opinion pour constater que jamais ce magistrat ne critique le travail de la Majorité pour

affirmer que l'infirmité décidée résulterait de l'utilisation d'un niveau de filtrage trop élaboré. De fait, et même si elle parvient à une conclusion différente de la Majorité, le Juge MONAGENG effectue le même type de travail d'analyse que celui mené par les deux autres magistrats qui composaient la Chambre préliminaire.

33. Cet argument est donc invalide. Il est d'ailleurs à rapprocher du fait que, dans 5 des 25 incidents allégués par l'Accusation, la Chambre préliminaire a conclu à la Majorité que des crimes de guerre avaient été commis par les FDLR.

34. Étrangement, le Procureur ne se plaint pas de cet aspect de la Décision attaquée. Pourtant, le fait que sur la base de preuves documentaires et de résumés de dépositions, 5 des incidents allégués aient été acceptés par la Chambre préliminaire comme constituant des crimes de guerre démontre qu'il est possible de parvenir à une confirmation à partir des formats de preuve autorisés par 61-5. Cela démontre plutôt qu'il est parfaitement justifié que cet article autorise le Procureur à se contenter « *d'éléments de preuve sous forme de documents ou de résumés* » et « *sans être tenu de faire comparaître les témoins* » dès lors qu'il estime qu'ils suffiront à atteindre le seuil requis (« *motifs substantiels de croire* »). Il s'agit d'un principe de bonne administration de la Justice et certainement pas d'une présomption de crédibilité qui dispenserait le Procureur d'étayer ses charges.

35. Plus encore et contrairement à ce qu'affirme le Procureur au paragraphe 5 de son acte d'appel, toute faiblesse du dossier devra profiter à la Défense et ce principe s'applique aussi bien au procès qu'au stade préliminaire⁹.

36. De plus, dans la décision critiquée, la Chambre préliminaire utilise fréquemment des arguments uniquement logiques pour décider si les attaques

⁹ Voir 'Décision relative aux charges' dans l'affaire BEMBA, ICC-01/05-01/08-424-tFRA au paragraphe 31 :« *Enfin, la Chambre souhaite souligner que pour se déterminer, elle s'appuiera sur le principe in dubio pro reo, composante de la présomption d'innocence et principe général de procédure pénale qui s'applique, mutatis mutandis, à tous les stades de ladite procédure, y compris au stade préliminaire.* »

qu'elle étudie avaient été menées dans le cadre d'une vaste campagne organisée (voir par exemple §265). Ce type de raisonnement mené par la Chambre préliminaire n'avait rien à voir avec la qualité et le format de la preuve présentée par le Procureur, il relevait du bon sens et il est tout à l'honneur de la Chambre préliminaire d'y avoir recouru plutôt que d'avoir validé sans contrôle la thèse du Procureur comme celui-ci le réclame.

37. En fait, la réflexion de la Chambre préliminaire dans sa Décision du 16 décembre 2011 ne porte pas seulement sur ce qui est démontré ou non par des preuves mais aussi sur la question de savoir si, par ses activités prouvées, Monsieur MBARUSHIMANA aurait contribué ou non aux crimes retenus dans 5 des 25 incidents allégués par le Procureur.

38. Tout ceci explique encore une fois pourquoi, à aucun moment de son acte d'appel, le Procureur ne rentre dans le vif du sujet. Jamais il ne donne le moindre exemple de passages de la Décision sur les charges qui auraient appliqué un seuil de filtrage trop sévère aux preuves fournies. Jamais il ne détaille quelle conclusion aurait dû être tirée de ses preuves rejetées et pourquoi.

39. En définitive, l'appel du Procureur est bien évidemment à rapprocher de sa tentative du 19 décembre 2011 d'interjeter directement appel de la Décision sur les charges sans passer par le filtre de l'appel interlocutoire. En vérité, le combat mené par le Procureur est clairement une protestation, une volonté de changer ou de contourner les règles applicables devant la CPI, pas un débat de fond. Il consiste purement et simplement à nier l'utilité de la procédure de confirmation des charges mise en place par le Statut.

40. La lecture de la Décision du 16 décembre 2011 illustre la prudence utilisée par la Chambre dans son raisonnement. Elle n'a pas dépassé la norme mise en place par les textes et le Procureur ne démontre jamais le contraire.

41. Sur cette première question, il sera donc répondu au Procureur que la Chambre préliminaire a correctement utilisé les pouvoirs qui sont les siens.

Sur la deuxième question

42. La 2ème question sur laquelle le Procureur a été autorisé à interjeter appel est la suivante :

« Une interprétation correcte de l'objet et de la nature de l'audience de confirmation telle que définie par l'article 61 autorisait-elle la Chambre préliminaire à évaluer la crédibilité des entretiens, résumés et dépositions de témoins sans saisir l'opportunité d'entendre le témoin comme il aurait été possible lors du procès ? »

43. Même si elle porte sur un aspect plus restreint de l'audience sur les charges, cette question rejoint forcément la première question.

44. La Défense reprend donc ici à son compte l'argumentaire qu'elle a énoncé plus haut lorsqu'elle répondait au Procureur à la question de savoir si la 2ème phrase de l'article 61-5 entraînait la protection de sa preuve par une présomption de crédibilité.

45. Ca n'est pas parce que l'article 61-5 autorise le Procureur à étayer ses charges avec des « éléments de preuve sous forme de documents ou de résumés » et « sans être tenu de faire comparaître les témoins », que la juridiction qui ose infirmer les charges présentées par le Procureur encourt automatiquement une sanction de la Chambre d'appel dès lors que le Procureur aura utilisé la possibilité qui lui était offerte de tenter d'étayer ses charges à l'aide de documents ou de résumés et sans faire comparaître de témoins¹⁰. Interpréter les textes dans le sens réclamé par le Procureur reviendrait à les vider de portée et à les rendre totalement inutiles. Si l'on faisait droit à la demande du Procureur, il lui suffirait désormais d'étayer ses charges sous le

¹⁰ *Le Procureur c. ABU GARDA*, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins d'autorisation d'interjeter appel de la Décision relative à la confirmation des charges, ICC-02/05-02/09-267-tFRA, par. 8 : « Bien que le Statut autorise l'Accusation, au stade préliminaire de l'affaire, à se fonder sur des éléments de preuve sous forme de documents ou de résumés, sans devoir citer à comparaître les témoins dont il est prévu qu'ils déposent au procès, ni le Statut ni le Règlement, contrairement à ce qu'affirme l'Accusation, n'établit de distinction quant à la manière dont les éléments de preuve doivent être évalués selon qu'ils sont produits devant une chambre de première instance ou une chambre préliminaire. »

format le plus réduit possible pour être certain d'accéder à l'étape du procès. Le préjudice pour la Justice internationale serait incommensurable.

46. Non seulement, le Procureur aurait pu décider de faire comparaître certains témoins clés pour certains aspects particulièrement faibles de son dossier, mais encore, l'analyse qu'a effectuée la Chambre préliminaire dans sa décision du 16 décembre 2011 n'a pas consisté à déformer le contenu des éléments proposés par le Procureur lui-même (quel que soit leur format) mais à les analyser en vertu de la norme ! Du côté de la Défense, on se demande toujours sur quel texte se fonde le Procureur pour que ce travail judiciaire soit interdit aux magistrats agissant dans le cadre légal du Statut de la CPI.

47. En outre, la Défense relève qu'il existe une jurisprudence constante qui a pour fonction d'avertir le Procureur de la responsabilité qui est la sienne dans le choix du format des éléments qu'il présente à la Chambre préliminaire¹¹.

48. Ici encore, il sera répondu au Procureur que la Chambre préliminaire a correctement utilisé ses prérogatives.

¹¹ Tout en admettant la liberté du Procureur quant au choix du format de sa preuve, une jurisprudence constante de la Chambre préliminaire accorde une valeur probante amoindrie à certaines preuves, notamment, aux résumés des déclarations de témoins et aux témoins anonymes. Voir dans l'affaire *ABU GARDA, Abu Garda*, ICC-02/05-02/09-243-Red-tFRA aux paragraphes 50 à 52: « *La Chambre considère que l'Accusation ne devrait pas être pénalisée par le fait qu'elle ait recouru à une forme de preuve expressément autorisée par les textes qui régissent la Cour. Toutefois, le droit que l'article 61-5 du Statut confère à l'Accusation de se fonder sur des éléments de preuve sous forme de résumés doit être mis en balance avec le droit qu'a la Défense, en vertu de l'article 61-6, de contester les éléments de preuve produits par l'Accusation. 51. En conséquence, la Chambre « peut [...] décider que ces éléments de preuve auront une valeur probante moindre si la Défense ne connaît pas l'identité des témoins concernés et si seul le résumé des déclarations en question, et non leur intégralité, peut être contesté ou examiné.* » ; voir aussi, sur ce point, l'affaire *KATANGA*, ICC-01/04-01/07-717-tFRA, aux paragraphes 118, 120, 159 et 160 ; l'affaire *Bemba*, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, au paragraphe 50 ; l'affaire *KENYA II*, ICC-01/09-02/11-382-RED, au paragraphe 90.

Sur la troisième question

49. La 3ème question sur laquelle le Procureur a été autorisé à interjeter appel est la suivante :

« Le mode de commission d'une infraction prévu à l'article 25-3-d nécessite-t-il qu'il soit démontré que la personne poursuivie a contribué de façon importante (en anglais : "significant") à la commission ou à la tentative de commettre ce crime ? »

50. Le texte de l'article 25-3-d est le suivant :

« 3. Aux termes du présent Statut, une personne est pénalement responsable et peut être punie pour un crime relevant de la compétence de la Cour si :

(...)

d. Elle contribue de toute autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime par un groupe de personnes agissant de concert. Cette contribution doit être intentionnelle et, selon le cas :

i) Viser à faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe, si cette activité ou ce dessein comporte l'exécution d'un crime relevant de la compétence de la Cour ; ou

ii) Etre faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime ;"

51. Selon le Procureur, en écrivant que la contribution de Callixte MBARUSHIMANA n'était pas « importante », la Chambre préliminaire a appliqué un standard trop élevé à des éléments qui, si le standard inférieur (c'est-à-dire l'absence

totale de standard !) leur avait été appliqué, auraient permis au Procureur d'aller jusqu'au procès.

52. Selon le Procureur, il n'existe pas de seuil de contribution que pourrait appliquer une Chambre préliminaire pour jauger les éléments que lui présente l'Accusation. Toute contribution quelle qu'elle soit doit être poursuivie.

53. Il estime que l'article 25-3-d est très précisément un article qui englobe toutes les contributions qui n'auraient pas été prévues par les autres textes (25-3-a, 25-3-b, 25-3-c) afin de « *mettre fin à l'impunité* » et de s'assurer que « *les crimes les plus sérieux concernant la communauté internationale dans son ensemble ne resteraient pas impunis* » (paragraphe 53 de son acte d'appel). En ce sens, le Procureur estime que la Chambre préliminaire a mis une condition à un article qui n'en contenait pas¹².

54. Cette question du Procureur est débattue aux paragraphes 34 à 43 de la décision du 1^{er} mars 2012 autorisant l'appel. La Chambre préliminaire y rejette l'argument de la Défense qui soutenait que cette question était purement académique dès lors qu'au paragraphe 292 de la décision sur les charges, la Majorité concluait que « *le Suspect n'a apporté aucune contribution, et encore moins une contribution importante, à la commission des crimes* ». Ce résumé de l'opinion de la Chambre est d'ailleurs repris au paragraphe 103 de l'opinion dissidente du Juge MONAGENG qui écrit que « *la Majorité en est venue à conclure que le Suspect n'avait apporté aucune contribution aux crimes commis* ».

¹² La Défense note que dans son acte d'appel, le Procureur s'appuie sur les écrits du Professeur Kai AMBOS, notamment sur les travaux préparatoires de l'article 25-3-d, voir note de bas de pages 111 et 112, qu'il reconnaît donc comme une référence en la matière. La Défense rappelle qu'à l'audience sur les charges du 16 au 21 septembre 2012, ICC-01/04-01/10-T-8-CONF-FRA ET 20-09-2011 4/79 lignes 10 à 13, le Professeur AMBOS avait affirmé : « *« j'ai examiné le document de notification des charges présenté par l'Accusation. Et après l'avoir lu, j'en suis arrivé à la conclusion que l'Accusation est partie d'une interprétation erronée du mode de responsabilité qui est à l'origine de cette affaire, notamment l'article 25-3-d du Statut de Rome. »*

55. Pourtant, au paragraphe 38 de sa décision du 1er mars 2012 autorisant l'appel, la Chambre préliminaire revient sur cette conclusion en indiquant qu'une lecture attentive des paragraphes 303, 315 et 339 de sa décision du 16 décembre 2011 révélerait qu'elle avait trouvé dans la preuve du Procureur quelques contributions sans importance, c'est-à-dire insignifiantes (en anglais : "*insignificant*"). La Chambre semble ici interpréter sa propre décision sur les charges.

56. Même si elle est opérée par la Chambre qui a rendu cette décision du 16 décembre 2011, la Défense conteste toute possibilité d'interprétation a posteriori¹³. La Défense soutient que la question autorisée est sans influence sur la solution du procès dès lors que dans les paragraphes visés, soit aucun acte pouvant constituer une contribution n'a été prouvé, soit aucun lien de causalité entre un acte et le résultat commun n'a été prouvé. Dès lors, la question du seuil de la contribution est accessoire. C'est une discussion purement académique à laquelle s'est livrée la Chambre préliminaire et que le Procureur souhaite désormais faire monter jusqu'à la Chambre d'appel.

57. En effet, une « contribution » se définit comme le concours qui est apporté à un ouvrage collectif. Or, à l'article 303 de la décision attaquée, c'est le « rôle » joué par Monsieur MBARUSHIMANA qui est déclaré comme insignifiant ou sans importance. Dès lors, ce que dit la Chambre à ce paragraphe c'est que ce rôle ne constitue pas une contribution, il n'est pas un concours à un ouvrage collectif, il n'entre pas dans le champ de 25-3-d, il n'y a pas de lien de causalité entre le rôle et la prétendue œuvre collective. Quelques soient les termes utilisés par la Chambre pour

¹³ Dans l'*affaire LUBANGA*, la Chambre d'appel constate **l'illégalité d'une telle pratique**, modifiant la substance d'une Décision attaquée par une décision ultérieure, voir 'Arrêt relatif aux appels interjetés par Thomas Lubanga Dyilo et par le Procureur contre la Décision informant les parties et les participants que la qualification juridique des faits peut être modifiée conformément à la norme 55-2 du Règlement de la Cour ICC-01/04-01/06-2205-tFRA au paragraphe 92 où la Chambre préliminaire modifie le contenu de sa Décision par 'un éclaircissement' : « *À cet égard, la Chambre d'appel observe que les Éclaircissements ont modifié la Décision attaquée sur le fond. Elle désapprouve le recours à ce type d'éclaircissements pour modifier ou étoffer le fond d'une décision ; leur légalité est douteuse et il convient de les éviter, car elles mettent à mal le caractère définitif des décisions judiciaires.* »

tenter d'apporter sa contribution à l'élaboration de la jurisprudence (« *contribution importante* »), ils sont ici sans conséquence sur le contenu et l'issue de sa réflexion et donc sur le procès. Ils doivent être considérés comme situés en dehors du champ de 82-1-d.

58. Il en va de même avec le paragraphe 315 de la décision attaquée. Certes, la Chambre préliminaire y utilise le terme de « *contribution importante* » mais la lecture de l'entier paragraphe permet immédiatement de comprendre que cette expression y est sans conséquence puisque la Chambre commence par écrire que « *les éléments de preuve présentés par l'Accusation ne suffisent pas pour établir qu'il existe des motifs substantiels de croire que le Suspect a nié les crimes commis par les FDLR alors qu'il en avait connaissance et ce, dans la poursuite d'une politique de l'organisation* ». C'est donc ici très clairement l'article 25-3-d dans sa partie qui conditionne la constitution d'une infraction à l'existence d'une intention, mais également les conditions évoquées dans sa section ii), qui ne sont pas rassemblées. C'est cela qui provoque le rejet de cette charge. S'il n'y a pas d'intention et si les conditions de 25-3-d-ii ne sont pas constituées, il n'y a pas de preuve de contribution du tout, peu importe que la Chambre écrive qu'il n'y a pas de contribution « importante ». Dès lors que : 1 - le Procureur n'a jamais contesté en appel la nécessité d'une intention pour que soit constituée une infraction, 2 - il n'a pas non plus contesté les exigences posées par l'article 25-3-d-ii et, 3 - que la question d'appel n°3 ne porte pas sur ces points, alors la mention du mot « *contribution importante* » est sans conséquence sur le raisonnement de la Chambre et le débat ne réunit pas les conditions de 82-1-d.

59. Avant de parler du paragraphe 339, on évoquera le paragraphe 326 de la décision attaquée puisque, pour le Procureur, il fait aussi partie des paragraphes dans lesquels la Chambre aurait utilisé le seuil critiqué de « *contribution importante* » (voir la NBP n°94 de son acte d'appel).

60. Au paragraphe 326, la Chambre examine les conséquences qu'elle peut tirer des déclarations du témoin 587. Elle constate que ce témoin prétendait se souvenir d'une intervention de Monsieur MBARUSHIMANA sur la BBC au cours de laquelle il aurait déclaré que l'on ignorait si des civils avaient été tués à Busurungi. Toutefois, ailleurs, le même témoin affirmait qu'il n'avait jamais entendu MBARUSHIMANA parler à la radio et que les troupes n'étaient pas encouragées à écouter la radio. Plus important encore, ce témoin déclarait que MBARUSHIMANA n'était pas tenu informé des événements par celui qui était sur place (MUDACUMURA) car ce dernier rendait compte à MURWANASHYAKA. Ici encore, même si en fin de paragraphe la Chambre fait référence à l'absence d'une « contribution importante », la lecture de l'entier paragraphe permet de constater que la Chambre n'a trouvé aucune preuve de contribution de Monsieur MBARUSHIMANA. En effet, même l'intervention radiophonique qui pourrait constituer ladite contribution n'est pas établie par le témoignage examiné.

61. Reste enfin l'article 339 de la décision du 16 décembre 2011. Il s'agit de l'avant-dernier paragraphe de la décision de la Majorité avant son « Par Ces Motifs ». Ce paragraphe n'étudie aucun élément de preuve en particulier. Il se contente de rappeler que la Majorité n'a pas trouvé de preuves de motifs substantiels de croire que le Suspect avait renforcé le moral des troupes et qu'en conséquence, les faits allégués n'étant pas prouvés il ne pouvait pas y avoir de contribution. Encore une fois, la Chambre utilise le terme de « contribution importante » qu'elle avait défini aux paragraphes 276 à 285 de sa décision mais aucun acte positif de Monsieur MBARUSHIMANA et aucune intention n'étant démontrée, l'utilisation de ce terme est sans conséquence sur le raisonnement de la Chambre. Même si elle n'avait pas utilisé ce terme, les éléments de preuve n'auraient pas changés et la Chambre aurait dû rendre la même décision.

62. Dès lors, contrairement à ce qu'a écrit la Chambre préliminaire dans sa décision autorisant l'appel en date du 1er mars 2012, la réponse à la question autorisée n'affectera pas l'issue du procès au sens de l'article 82-1-d.

63. En conclusion, ce que le Procureur doit faire, au niveau de la confirmation des charges, c'est non seulement démontrer l'existence de motifs substantiels de croire à la commission de certains actes mais aussi démontrer un lien de causalité entre ces actes et le crime. Le Procureur ne conteste pas cette exigence. (voir paragraphes 55 et 56 de l'acte d'appel du 12 mars 2012)

64. Or, il ressort de l'analyse du travail de la Majorité que c'est précisément ce qu'elle a fait. Elle a cherché en vain la preuve d'actes puis, parfois un lien causal entre les actes de Monsieur MBARUSHIMANA et les crimes commis par les FDLR sur le terrain. Elle n'a trouvé ni l'un ni l'autre. Elle a donc logiquement infirmé les charges.

65. Le Procureur, dans son mémoire, évite encore le débat de fond : jamais il ne propose d'exemple de situation dans laquelle un acte considéré comme non prouvé aurait dû être retenu, pas plus qu'il ne le fait pour des liens de causalité.

66. Son argumentation reste volontairement académique.

67. Son mutisme est éloquent.

68. Son appel sera totalement rejeté.



Arthur Vercken
Conseil de Monsieur Callixte Mbarushimana

Fait le lundi 2 avril 2012,
À Paris (France)