



Original : français

N° : ICC-01/04-01/06
Date : 3 décembre 2012

LA CHAMBRE D'APPEL

Composée comme suit : M. le juge Erkki Kourula, juge Président
M. le juge Sang-Hyun Song
Mme la juge Sanji Mmasenono Monageng
Mme la juge Anita Ušacka
Mme la juge Ekaterina Trendafilova

**SITUATION EN RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO
AFFAIRE
LE PROCUREUR
c/Thomas LUBANGA DYILO**

PUBLIC

**Mémoire de la Défense de M. Thomas Lubanga relatif à l'appel à l'encontre de la
«*Décision relative à la peine, rendue en application de l'article 76 du Statut* » rendue
par la Chambre de première instance I le 10 juillet 2012**

Origine : Équipe de la Défense de M. Thomas Lubanga Dyilo

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

Le Bureau du Procureur

Mme Fatou Bensouda
M. Fabricio Guariglia

Le conseil de la Défense

Me Catherine Mabilie
Me Jean-Marie Biju-Duval
Me Marc Desalliers
Me Caroline Buteau

Les représentants légaux des victimes

M. Luc Walley
M. Franck Mulenda
Mme Carine Bapita Buyangandu
M. Paul Kabongo Tshibangu
M. Joseph Keta

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

GREFFE

Le Greffier

Mme Silvana Arbia

L'Unité d'aide aux victimes et aux témoins

La Section d'appui à la Défense

La Section de la détention

La Section de la participation des victimes et des réparations

1. Dans le cadre de son « *Mémoire relatif à l'appel à l'encontre du Jugement rendu en application de l'Article 74* »¹ déposé ce jour, la Défense demande à la Cour d'annuler la condamnation de l'appelant et de prononcer son acquittement ; subsidiairement, la Défense entend soumettre les moyens d'appel suivants à l'encontre de la Décision relative à la peine, rendue en application de l'Article 76 du Statut le 10 juillet 2012².

PREMIER MOYEN D'APPEL : ERREURS DE DROIT ET DE FAIT DANS L'APPRÉCIATION RETENUE DES CRIMES POURSUIVIS

1- Erreur de droit

2. La Chambre conclut que la peine fixée reflète la conclusion de la Chambre selon laquelle le recrutement et la participation « des enfants » au sein des FPLC étaient généralisés³.
3. Bien que la Chambre ne définisse à aucun moment la catégorie des « enfants » à laquelle elle se réfère pour conclure que les crimes poursuivis ont été commis « sur une grande échelle et de manière généralisée », il ressort clairement de la décision contestée que la catégorie d'individus visée par la Chambre inclut non seulement les recrues âgées de moins de 15 ans mais également des « jeunes gens »⁴ d'un âge supérieur.
4. Ce faisant, pour établir le caractère généralisé des crimes poursuivis, la Chambre retient au préjudice de l'appelant des faits d'enrôlement dépourvus de tout caractère criminel en ce qu'ils concernent des individus âgés de 15 ans et plus ; elle procède ainsi à une extension abusive du champ des incriminations retenues contre l'appelant.
5. En incluant ainsi dans le champ des incriminations des faits dépourvus de tout caractère criminel, la Chambre a commis une évidente erreur de droit.

¹ ICC-01/04-01/06-2948-Conf.

² ICC-01/04-01/06-2901-tFRA.

³ ICC-01/04-01/06-2901-tFRA, par.49-50.

⁴ ICC-01/04-01/06-2842-tFRA(ci-après, « Jugement »), par.49.

6. Cette erreur est de nature à affecter le quantum de la peine prononcée dès lors qu'elle a conduit la Chambre à retenir au préjudice de l'appelant le fait que les crimes poursuivis avaient été commis « sur une grande échelle et de manière généralisée ».

2- Erreurs de fait

7. La Chambre se référant aux paragraphes 857, 911 et 915 de son Jugement⁵ retient que l'UPC/FPLC a procédé au recrutement généralisé de jeunes gens, dont des enfants de moins de 15 ans ; qu'un nombre important d'enfants ont été utilisés comme gardes militaires et comme soldats d'escorte ou gardes du corps pour les membres de l'état-major général ; que l'UPC/FPLC a utilisé des enfants de moins de 15 ans pour les faire participer à des hostilités.
8. La Cour constatera, d'une part, qu'aucune des conclusions factuelles retenues par la Chambre ne permet de conclure au caractère généralisé des crimes poursuivis, et d'autre part, que la preuve présentée au procès démontre au contraire le caractère marginal de l'enrôlement de mineurs au sein des FPLC.

2.1 Sur les conclusions factuelles de la Chambre

9. Comme le souligne la Chambre elle-même⁶, l'analyse des éléments de preuve n'établit pas au-delà de tout doute raisonnable le caractère généralisé du recrutement et de la participation des enfants de moins de 15 ans au sein de l'UPC/FPLC entre le 1^{er} septembre 2002 et le 13 août 2003.
10. La Chambre souligne que « [l]e nombre ou la proportion exacts de recrues âgées de moins de 15 ans n'a fait l'objet d'aucune conclusion tirée au-delà de tout doute raisonnable »⁷, confirmant ainsi qu'il n'existe en réalité aucun élément objectif permettant d'évaluer parmi les « jeunes gens » recrutés la proportion d'enfants de moins de 15 ans.

⁵ ICC-01/04-01/06-2901-tFRA, note 84.

⁶ ICC-01/04-01/06-2901-tFRA, par. 50.

⁷ ICC-01/04-01/06-2901-tFRA, par. 50.

11. Il s'ensuit que la Chambre, constatant l'impossibilité d'évaluer même approximativement le nombre ou la proportion de recrues âgées de moins de 15 ans, ne pouvait sans contradiction retenir à l'encontre de l'appelant le caractère généralisé des crimes poursuivis.

2.2 Sur la preuve présentée au procès

12. Dans le cadre de son appel du Jugement rendu en vertu de l'Article 74, la Défense conteste devant la Cour les conclusions de la Chambre selon lesquelles il a été démontré hors de tout doute raisonnable que, entre le 1^{er} septembre 2002 et le 13 août 2003, des enfants de moins de 15 ans auraient effectivement été recrutés au sein de l'UPC/FPLC et qu'ils auraient participé aux hostilités.
13. C'est pourquoi, sans avoir à reproduire dans le présent mémoire le détail de son argumentation, la Défense sollicite de la Cour qu'elle examine, *mutatis mutandis*, l'ensemble des faits et arguments présentés et développés par elle à la Deuxième partie de son « *Mémoire relatif à l'appel à l'encontre du Jugement rendu en application de l'Article 74* » déposé ce jour.
14. La Défense entend dans le présent mémoire souligner spécifiquement les erreurs de fait suivantes :
15. En premier lieu, la Cour constatera que des circonstances spécifiques ont conduit à une évaluation erronée et excessive du nombre des mineurs enrôlés, notamment en raison du fait que l'évaluation du nombre d'enfants de moins de 15 ans au sein des FPLC repose exclusivement d'une part sur l'appréciation par des témoins de l'âge d'individus qu'ils auraient aperçus il y a plus de 6 ans, et d'autre part sur l'appréciation par la Chambre d'images vidéo présentées lors du procès.
16. La Défense se réfère sur cette question à la Deuxième partie de son « *Mémoire relatif à l'appel à l'encontre du Jugement rendu en application de l'Article 74* ».

17. En second lieu, la Cour constatera que la Chambre a commis de graves erreurs de fait dans son appréciation des éléments factuels présentés au soutien de la démonstration de l'utilisation d'enfants de moins de 15 ans par les FPLC. La Chambre ne pouvait raisonnablement conclure que des enfants de moins de 15 ans étaient utilisés de manière généralisée par les FPLC a) pour participer aux combats ; b) comme gardes militaires ; c) comme gardes du corps de chefs militaires et autres hauts responsables de l'UPC/FPLC ; et d) comme gardes du corps de Thomas Lubanga.
18. La Défense se réfère sur ce point à sa démonstration comprise aux paragraphes 252 à 325 de son « *Mémoire relatif à l'appel à l'encontre du Jugement rendu en application de l'Article 74* ».
19. Par ailleurs, aucun élément de preuve retenu par la Chambre dans son Jugement rendu en application de l'Article 74 ne permet de confirmer ses conclusions à l'effet que l'enrôlement, la conscription et la participation d'enfants de moins de 15 ans au sein des FPLC étaient généralisés.
20. Au contraire, les seuls éléments relevés par la Chambre pour conclure qu'un nombre « significatif » ou « important » d'enfants de moins de 15 ans ont pu se trouver enrôlés dans les FPLC, loin de caractériser le recrutement et l'utilisation à grande échelle d'enfants de moins de 15 ans, tendent à relativiser l'importance d'un tel phénomène.
21. Les seuls éléments de preuve donnant des indications sur le nombre d'enfants de moins de 15 ans au sein des FPLC pendant la période des charges, même s'ils étaient tenus pour avérés, tendent à démontrer leur faible proportion au regard de l'ensemble des militaires des FPLC⁸ :
- P-0017 a estimé à environ 45 le nombre d'enfants soldats dans les rangs des FPLC qui auraient été regroupés au printemps 2003 dans « l'unité

⁸ La Défense conteste la fiabilité de ces informations, voir ICC-01/04-01/06-2773-Conf, par.426-428, 441-444, et 638-652.

des kadogo »⁹. Or, outre que la proportion d'enfants de moins de 15 ans au sein de cette unité n'a pas été établie, P-0017 précise que cette unité de 45 kadogos regroupait la « majorité des enfants soldats »¹⁰ ;

- P-0046 a déclaré que 71 enfants rencontrés en mai 2004 auraient prétendu avoir été recrutés ou utilisés entre la mi-mai et la mi-2003¹¹. Contrairement aux conclusions de la Chambre, le témoin, après avoir vérifié ses notes personnelles à la demande du Procureur¹², a précisé que 26 enfants de moins de 15 ans auraient affirmé avoir participé aux hostilités¹³ et qu'elle n'avait pas d'information sur le nombre d'enfants qui auraient fait partie de l'UPC sans participer à des combats¹⁴ ;
- P-0046 déclare avoir parlé avec environ 6 enfants soldats de moins de 15 ans de l'UPC en mars 2003 à Rwampara¹⁵ .

22. Bien plus, certains témoignages présentés par l'Accusation et dont la crédibilité a été retenue par la Chambre font état du fait que la vaste majorité des recrues étaient âgées de plus de 15 ans¹⁶ et confirment l'absence de recrutement systématique¹⁷. À titre d'exemple, P-0041 indique que « *la majorité des soldats servant dans l'UPC avaient plus de 22 ans* »¹⁸. P-0055 déclare qu'au

⁹ Jugement, par.877.

¹⁰ T-158-CONF-FRA-CT, p.43, ligne 23.

¹¹ Jugement, par.766.

¹² T-206-CONF-FRA, p.3, lignes 19-21.

¹³ T-207-CONF-FRA, p.13, lignes 1 ss. : « R. J'ai noté au moins 26 enfants qui participaient à des combats dans cette période.

Q. Et en plus de ceci... en plus de ces 26 enfants qui avaient participé à des combats, y avait-il d'autres enfants dans ce groupe de 167 enfants qui faisaient partie de l'UPC, même s'ils n'avaient pas participé à des combats ?

R. Oui, tout à fait. Y a des enfants qui nous ont dit ne pas avoir participé à des combats et d'autres qui n'ont pas donné de détails sur la façon dont ils avaient été associés à ce groupe armé et je n'ai pas les chiffres. »

¹⁴ T-207-CONF-FRA, p.13, lignes 3-8.

¹⁵ Jugement, par.796. La Défense soumet que la Chambre de première instance a commis une erreur en prenant en considération ces éléments. Voir ICC-01/04-01/06-2773-Conf, par.649-650.

¹⁶ P-0017: Jugement, par.783 et 817. P-0055: Jugement, par.794 « très peu de Kadogo » ; P-0041: Jugement, par.849.

¹⁷ P-0041: Jugement, par.780-781 et T-125-CONF-FRA-CT, p.68 lignes 20-22 ; P-0016 : T-189-CONF-FRA-CT, p.78 lignes 2-3.

¹⁸ P-0041: Jugement, par.849.

camp de formation de Rwampara « *les adultes étaient beaucoup plus nombreux* »¹⁹.

23. Une incertitude plus grande encore affecte le nombre d'enfants de moins de 15 ans supposés avoir été victimes de conscription ; il convient de souligner sur ce point que tous les témoins s'étant prétendus victimes de ce crime ont été écartés par la Chambre pour défaut de fiabilité ; le reste des éléments de preuve produits sur ce point apparaît extrêmement fragile et ne permet en aucune façon d'évaluer, même approximativement, le nombre d'enfants concernés²⁰.
24. Enfin, la Chambre utilise à tort de manière indifférenciée l'expression « enfants de moins de 15 ans » et d'autres termes qui ne désignent pas nécessairement des enfants de moins de 15 ans tels que « enfants », « jeunes », « kadogo » ou « PMF » pour conclure à l'existence du crime²¹.
25. Ces multiples erreurs dans l'appréciation des éléments de fait relatifs au caractère généralisé des crimes visés à l'Article 8-2-e-vii sont de nature à invalider la décision contestée dès lors qu'elles ont largement contribué à la détermination de la peine prononcée par la Chambre.

¹⁹ P-0055: T-175-CONF-FRA-CT,p.75 ligne 13-14 ; Jugement,par.794.

²⁰ Jugement,par.775, 911.

²¹ Comme le reconnaît la Chambre: Jugement, par.636-640.

DEUXIÈME MOYEN D'APPEL - SUR LE REFUS DE PRENDRE EN COMPTE LA VIOLATION DES DROITS DE L'APPELANT DANS LA DÉTERMINATION DE LA PEINE

26. La Chambre estime que les nombreuses violations des droits fondamentaux de M. Lubanga ne justifient pas une réduction de la peine prononcée à son encontre, car toute période passée en détention à raison des mêmes crimes, y compris pendant le procès, sera déduite de la peine prononcée²².
27. Cette conclusion de la Chambre procède d'une interprétation erronée des principes applicables en matière d'indemnisation des personnes accusées pour tout préjudice résultant de la violation de leurs droits fondamentaux, et d'une appréciation erronée de la gravité de la violation des droits fondamentaux de l'appelant.

1- Erreurs de droit

28. En premier lieu, la Chambre commet une erreur de droit en retenant que, compte tenu du fait que la période passée en détention provisoire par l'appelant sera déduite de la peine prononcée, ce dernier n'est pas fondé à recevoir réparation des nombreuses violations de ses droits fondamentaux.
29. Or, il est constant que toute violation des droits fondamentaux de l'accusé doit entraîner une réparation effective²³. La Chambre d'appel du TPIR et TPIY a confirmé que l'accusé dont les droits ont été violés a droit à une réparation financière en cas d'acquiescement ou à une réduction de sa sentence en cas de condamnation²⁴, notamment dans une affaire où le Procureur avait porté atteinte aux droits de l'accusé en manquant à son obligation de divulgation²⁵.

²² ICC-01/04-01/06-2901-tFRA, par.90.

²³ TPIR, *Le Procureur c. Barayagwiza*, No. ICTR-97-19-AR72, Décision, 3 novembre 1999, par.108 ; TPIR, *Le Procureur c. Semanza*, No. ICTR-97-20-A, Décision, 31 mai 2000, par.125.

²⁴ TPIR, *Le Procureur c. Semanza*, No. ICTR-97-20-A, Décision, 31 mai 2000, dispositif ; *Le Procureur c. Barayagwiza*, No. ICTR-97-19-AR72, Arrêt (Demande du Procureur en révision ou réexamen), 31 mars 2000, dispositif.

²⁵ TPIR, *Le Procureur c. Nindiliyima*, Affaire n° ICTR-00-56-T, Décision sur l'obligation de divulgation du Procureur, 22 septembre 2008, par .59 et *Jugement*, 17 mai 2011, par. 2192-93.

30. Cette réduction de sentence accordée à titre de réparation à une personne condamnée pour la violation de ses droits fondamentaux s'ajoute à la déduction de la période déjà passée en détention provisoire²⁶, qui doit obligatoirement être déduite de la peine prononcée²⁷.
31. De plus, la condamnation d'un individu ne saurait justifier le refus de réparer le préjudice qui lui a été causé dans le cadre de la procédure judiciaire ayant mené à sa condamnation.
32. À titre d'exemple, dans l'affaire *Semanza*, bien que l'accusé ait été reconnu responsable sur la base de 6 chefs d'accusation, le tribunal lui a accordé une réduction de peine de 6 mois en raison de la violation de son droit à être informé des charges qui pèsent contre lui et de son droit à contester la légalité de sa détention²⁸. De même, dans l'affaire *Barayagwiza*, l'accusé reconnu responsable au titre de 5 chefs d'accusation a vu sa peine réduite de la perpétuité à 35 ans d'emprisonnement, et ce en raison de violations similaires²⁹.
33. Il s'ensuit que la réparation du préjudice causé à la personne condamnée doit mener à une réduction réelle de la peine prononcée.
34. En second lieu, la Chambre commet une erreur de droit en concluant que le rejet par la Chambre de la Requête de la Défense aux fins d'arrêt définitif des

²⁶ À titre d'exemple, voir TPIR, *Le Procureur c. Semanza*, No. ICTR-97-20-A, Arrêt, 20 mai 2005, dispositif, p.130 « CONDAMNE l'appelant, le juge Pocar ayant émis une opinion dissidente, à une peine de 35 ans d'emprisonnement, réduite de la durée de la période passée en détention provisoire en application de l'article 101 D) du Règlement de procédure et de preuve, et d'une période supplémentaire de six mois suivant l'ordonnance de la Chambre de première instance pour tenir compte de la violation des droits fondamentaux de l'appelant avant le procès ». (Nous soulignons)

²⁷ Article 78-2.

²⁸ TPIR, *Le Procureur c. Semanza*, Affaire n°97-20-T, Jugement et sentence, 15 mai 2003, par.580.

²⁹ TPIR, *Le Procureur c. Barayagwiza*, Affaire n°ICTR-97-19-AR72, Décision sur la demande du Procureur en révision ou réexamen, 31 mars 2000, par.54 et 62 ; et Jugement et sentence, 3 décembre 2003, par.1107.

procédures³⁰ a une incidence sur le droit de l'appelant de demander réparation pour les atteintes à ses droits fondamentaux³¹.

35. D'une part, la violation du droit fondamental de l'accusé à être jugé dans un délai raisonnable a été invoquée pour la première fois par la Défense dans le cadre de ses Observations sur la peine³². Aucune décision ayant autorité de la chose jugée ne peut être opposée à l'appelant sur cette question.
36. D'autre part, la Cour constatera que dans sa « *Decision on the "Defence Confidential Application Seeking a Permanent Stay of Proceedings"* » du 23 février 2011, la Chambre de première instance n'arrive à aucune conclusion sur l'existence des violations avancées par la Défense dans ses conclusions sur la peine, ni sur leur ampleur. La Chambre conclut uniquement qu'« *il n'est pas nécessaire à ce stade de se prononcer sur les divers points de fait soulevés concernant cet aspect de la requête ; même dans la pire hypothèse, la Chambre ne juge pas ici qu'une suspension de la procédure s'impose. Les manquements allégués de l'Accusation peuvent être examinés dans le cadre du procès en cours.* »³³.
37. En tout état de cause, la Chambre ne pouvait raisonnablement conclure que le seuil de gravité à atteindre pour mener à l'arrêt définitif des procédures serait identique à celui donnant droit à la réparation du préjudice subi par l'accusé pour la violation de ses droits fondamentaux.

2- Erreurs de fait

38. La Décision contestée retient que « *la Chambre a déjà examiné, et rejeté, une requête en abus de procédure déposée par la Défense par suite de plusieurs des problèmes susmentionnés et en tout état de cause, elle estime que de tels éléments ne justifient pas une réduction de la peine à appliquer à Thomas Lubanga.* »³⁴

³⁰ ICC-01/04-01/06-2657.

³¹ ICC-01/04-01/06-2901-tFRA, par.90.

³² ICC-01/04-01/06-2891.

³³ ICC-01/04-01/06-2690, par.213.

³⁴ ICC-01/04-01/06-2901-tFRA, par.90(Nous soulignons).

39. La Cour constatera que, contrairement aux conclusions de la Chambre, plusieurs droits fondamentaux de l'appelant ont été violés par le Procureur, entraînant de la sorte l'ouverture du droit de celui-ci à une réparation effective sous forme de réduction de la peine prononcée à son encontre.
40. Les droits fondamentaux suivants de l'appelant ont été violés :
- Le droit de bénéficier de tous les éléments nécessaires à la préparation de sa défense ;
 - Le droit à être jugé dans un délai raisonnable garanti à l'Article 67-1-c ;
 - Le droit de faire l'objet d'un traitement loyal.

2.1 La préparation de la défense a été gravement affectée

41. Le Procureur, par ses manquements à ses obligations d'enquêtes et de divulgation, a privé l'appelant des moyens dont il devait disposer pour préparer et mettre en œuvre sa défense.
42. La décision contestée retient que le Procureur a délibérément négligé de remplir ses obligations en matière d'enquêtes³⁵.
43. Or, dans sa mission d'« établir la vérité »³⁶, le Procureur a l'obligation d'enquêter « à charge et à décharge »³⁷ et doit s'assurer scrupuleusement de la fiabilité des éléments qu'il entend présenter au procès.
44. Cette obligation d'enquêter à décharge procède du principe selon lequel le Procureur n'est pas une simple partie au procès, mais est investi du mandat d'agir impartialement dans la recherche de la vérité pour le compte de la Cour et de l'ensemble des parties et participants³⁸. Elle a pour corollaire nécessaire

³⁵ Jugement, par.482.

³⁶ Article 54-1-a.

³⁷ *Idem*.

³⁸ Voir notamment: A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones, *The Rome statute of the International Criminal Court: a commentary*, Oxford University Press, 2002, Vol. 2, pp.1164-1165. TPIY, *Le Procureur c.*

l'obligation d'impartialité du Procureur souvent rappelée par les tribunaux *ad hoc*.³⁹

45. Un des fondements de cette obligation est que la Défense ne dispose ni des ressources, ni de l'autorité, ni des soutiens institutionnels dont bénéficie le Procureur pour mener ses enquêtes. En raison de l'ampleur et de la difficulté des investigations nécessaires, qui excèdent les capacités de la Défense, cette obligation d'enquêter à décharge efficacement et impartialement constitue une condition essentielle de l'équité du procès⁴⁰.
46. Conformément à l'Article 67-2, cette obligation s'étend à la recherche de tous les éléments qui « *disculpent l'accusé ou tendent à le disculper ou à atténuer sa culpabilité, ou sont de nature à entamer la crédibilité des éléments de preuve à charge* ». D'une manière générale, cette obligation vise l'ensemble des éléments de preuve dont l'examen peut contribuer à résoudre une question de fait en faveur de l'accusé⁴¹.
47. Les droits de la Défense, tant lors de l'audition des témoins de l'Accusation qu'en ce qui concerne la présentation de la preuve à décharge, ne peuvent effectivement et efficacement s'exercer que si l'ensemble de ces éléments de preuve ont été activement recherchés par le Procureur puis divulgués à la Défense en temps utile.
48. En l'espèce, le Procureur a gravement manqué à son obligation d'enquêter « *à charge et à décharge* », notamment en négligeant délibérément de vérifier

Kupreskic, Affaire n° IT-95-16-T, Décision relative à la communication entre les parties et leurs témoins, 21/09/1998, p.3 par ii) ; Voir également TPIR, *Le Procureur c. Barayagwiza*, Affaire n°ICTR-97-19-AR72, Arrêt, CA, 31/03/2000, opinion séparée du Juge Shahabuddeen, par. 68 ; TSL, *Order regarding the detention of persons detained in Lebanon in connection with the case of the attack against prime minister Rafiq Hariri and others*, Affaire n°CH/PTJ/2009/06, Juge préliminaire, 29/04/2009, par.25 .

³⁹ TPIY, *Le Procureur c. Zoran Kupreškić et consorts*, Décision relative à la communication entre les parties et leurs témoins, Affaire No IT-95-16-T, le 21 septembre 1998, p.3.

⁴⁰ ICC-01/09-02/11-382-Red (Affaire *Muthaura, Kenyatta et Ali*), *Opinion dissidente du juge Hans-Peter Kaul*, par.50-51.

⁴¹ ICC-01/04-01/06-1311-Conf-Anx1, par.94: « *S'il est réellement possible que ces éléments de preuve puissent contribuer au règlement au bénéfice de l'accusé de questions de fait essentielles en l'espèce, il faut les lui fournir, une fois prises les éventuelles mesures de protection nécessaires* ».

l'identité et l'état civil des témoins cités à comparaître et la crédibilité de leurs déclarations⁴² et en utilisant des documents dépourvus de garanties de fiabilité remis par des intermédiaires⁴³.

- *La Défense a dû consacrer l'essentiel de ses ressources pour démontrer les manœuvres frauduleuses des intermédiaires du Bureau du Procureur*

49. La décision contestée retient que le Procureur a été particulièrement négligent dans l'exercice de son devoir d'enquête, notamment en omettant de vérifier et d'examiner les éléments de preuve avant d'en demander le versement au dossier⁴⁴.
50. La Chambre constate que le défaut du Procureur de superviser ses intermédiaires et l'absence de vérification des éléments de preuve à charge ont conduit le Procureur à présenter devant la Chambre des témoignages qui ne sauraient servir de base fiable au jugement, en raison des risques de manœuvres frauduleuses de la part de ses intermédiaires⁴⁵.
51. La Chambre souligne notamment qu'en ce qui concerne les témoins présentés comme d'anciens enfants soldats, le Procureur n'a pas consulté les archives de l'état civil ou de la Commission électorale indépendante⁴⁶, il n'a pas vérifié le parcours scolaire de ces témoins⁴⁷ et il n'a pas cherché à entrer en contact avec

⁴² Comme l'a souligné la Chambre le Procureur n'a pas fait de recherche dans la banque de données de la Commission électorale indépendante ayant pris pour acquis que les enfants n'étaient pas inscrits sur les listes électorales : Voir transcription de déposition recueillie le 18/11/2010, ICC-01/04-01/06-Rule68Deposition-Red2-ENG, p.21 lignes 18-19; et Jugement, par.175; par ailleurs les enquêteurs n'ont pas cherché à se procurer les dossiers scolaires des prétendus enfants soldats pour vérifier leur âge ou leur inscription (Voir Jugement, par.161,173,174) ; en outre P-0582 n'a pas non plus cherché à se rendre dans les écoles où les intéressés avaient déclaré avoir été inscrits (Voir Jugement, par.174).

⁴³ Sur ce point la Défense renvoie à ses développements de sa requête aux fins d'arrêt définitif des procédures : ICC-01/04-01/06-2657-Conf. par.245-247.

⁴⁴ Jugement, par.482.

⁴⁵ La Chambre note que l'absence de réelle supervision du travail des intermédiaires leur a laissé la possibilité d'abuser de la situation des témoins avec lesquels ils se mettaient en rapport. Jugement, par.482-483.

⁴⁶ Voir *Supra*, note 42.

⁴⁷ *Idem*.

les membres de leur famille⁴⁸ ou de leur communauté⁴⁹ pour vérifier les informations fournies par ces témoins. La Chambre retient également que le Bureau du Procureur n'a pas pris les mesures nécessaires pour établir l'âge des enfants au moyen d'éléments de preuve objectifs⁵⁰.

52. La Chambre conclut ainsi que l'absence de vérification par le Procureur sur le passé des prétendus enfants soldats a sérieusement amoindri la valeur de certains éléments de preuve produits par l'Accusation⁵¹. Elle conclut par ailleurs que « *le fait que l'Accusation ait négligé de vérifier et d'examiner comme il se doit les éléments de preuve en question avant d'en demander le versement au dossier a occasionné d'importantes dépenses pour la Cour.* »⁵²
53. Bien que la Chambre note que la présentation de ces éléments de preuve a occasionné d'importantes dépenses pour la Cour⁵³, elle ne pouvait raisonnablement ignorer que cette présentation a aussi eu pour conséquence de mobiliser la majeure partie des ressources extrêmement limitées de la Défense.
54. En effet, pour démontrer le caractère mensonger ou frauduleux de ces témoignages, et le comportement frauduleux des intermédiaires du Bureau du Procureur⁵⁴, la Défense a fait témoigner 16 témoins (sur 24) et a présenté environ 910 (sur 992) éléments de preuve. Elle a en outre préparé l'interrogatoire de 5 intermédiaires et enquêteurs de l'Accusation. La Défense a notamment présenté environ 41 éléments de preuve et 4 témoins pour

⁴⁸ Jugement, par.160. Il est aussi noté que les enquêteurs n'ont pas parlé aux familles pour organiser les entretiens avec ces enfants (Jugement, par.172).

⁴⁹ Jugement, par.173.

⁵⁰ Jugement, par.170-171.

⁵¹ Jugement, par.175.

⁵² Jugement, par.482.

⁵³ Jugement, par.482.

⁵⁴ Visant les intermédiaires P-0143, P-0316, P-0321, P-0031 et les témoins P-0089, P-0007, P-0008, P-0010, P-0011, P-0157, P-0213, P-0293, P-0294, P-0297, P-0298, P-0299.

démontrer le caractère frauduleux des témoignages des 3 victimes ayant été appelées à témoigner dans la présente affaire⁵⁵.

55. Ainsi, 20/24 témoins (83%) et environ 950/992 (97%) éléments de preuve présentés par la Défense ont servi exclusivement à la démonstration du caractère mensonger ou frauduleux de nombreux témoins du Procureur, ainsi que des manœuvres frauduleuses des intermédiaires du Bureau du Procureur, et des 3 victimes participantes.
56. La Défense fut ainsi contrainte d'utiliser l'essentiel de ses ressources pour compenser l'absence d'enquête du Procureur.
57. Or la Défense n'aurait jamais été mise dans une telle situation si le Procureur avait procédé à des enquêtes rigoureuses. En effet, des investigations approfondies l'auraient soit conduit à ne pas présenter ces témoins, soit à récolter en tout état de cause des éléments à décharge qui une fois divulgués auraient permis à la Défense de démontrer le caractère mensonger de leurs déclarations, sans avoir à y consacrer la majeure partie de ses ressources.
- *La divulgation tardive par le Procureur d'éléments à décharge ou d'éléments nécessaires à la préparation de la défense de l'appelant a causé un préjudice irréparable à la Défense*
58. Le droit de l'accusé de recevoir communication des éléments potentiellement à décharge est absolu et constitue une condition majeure du procès équitable⁵⁶. La Chambre a jugé que l'Accusation est tenue de communiquer dès que possible, pendant toute la durée du procès, tout élément potentiellement à décharge, comme l'impose l'Article 67-2 du Statut⁵⁷, ainsi que toute pièce visée à la Règle 77, c'est-à-dire tous les éléments pertinents pour préparer la défense⁵⁸, qu'il s'agisse de communications internes du Bureau du Procureur,

⁵⁵ Il s'agit des victimes a/0225/06, a/0229/06 et a/0270/07. Les conclusions sur cette question : Jugement, par.502.

⁵⁶ ICC-01/04-01/06-1311-Anx1-tFRA, par.94; ICC-01/04-01/06-1401-tFRA, par.77.

⁵⁷ ICC-01/04-01/06-1019-tFRA, par.28 ; ICC-01/04-01/06-1486, par.42.

⁵⁸ ICC-01/04-01/06-1433-tFRA, par.2, 77, 79-81.

de notes d'enquêteur ou de tout autre type de documents⁵⁹. Le Procureur doit s'acquitter de ses obligations de divulgation tout au long du procès et ce, de manière expéditive⁶⁰.

59. La Chambre a eu l'occasion d'indiquer à plusieurs reprises que le Procureur avait accumulé d'importants retards dans l'exécution de ses obligations statutaires de divulgation dans la présente affaire⁶¹.
60. Le 5 février 2010 et le 9 mars 2010, la Défense a transmis à la Chambre un récapitulatif des divulgations pour la période du 30 octobre 2009 au 5 février 2010, en expliquant les raisons pour lesquelles elle considérait ces divulgations comme tardives, ainsi que le préjudice qui en résultait pour l'accusé⁶².
61. De plus, il fut démontré à maintes occasions que le Bureau du Procureur avait une conception erronée de son obligation de divulgation. Loin de s'estimer tenu de communiquer à la Défense les éléments à décharge en sa possession, son comportement a révélé tout au long du procès et jusqu'à ce jour qu'il appréciait discrétionnairement l'opportunité de procéder à ce type de divulgation⁶³.
62. Trois exemples illustrent de façon significative la conception erronée de ses obligations de divulgation du Bureau du Procureur :

⁵⁹ T-334-CONF-FRA-ET,p.73,lignes 8-19.

⁶⁰ ICC-01/04-01/06-2624,par.20.

⁶¹ T-99-FRA-ET,p.4,lignes 9-25; T-104-FRA-ET,p.12, lignes 2-16 et T-239-CONF-FRA-CT2,p.6, lignes 2-18.

⁶² Courriels (et annexes) de la Défense adressés à la Chambre les 5 février 2010 à 16h27 et 9 mars 2010 à 15h57. Depuis février 2010, la Défense a reçu divulgation d'un nombre considérable de documents qui auraient dû, selon la Défense, être communiqués beaucoup plus tôt par le Bureau du Procureur. Étant donné l'importance quantitative de ces divulgations, la Défense ne peut en dresser une liste exhaustive, mais soumet à la Chambre quelques exemples représentatifs. Voir : Annexe 3 du « Mémoire de la Défense de M. Thomas Lubanga relatif à l'appel à l'encontre du « Jugement rendu en application de l'Article 74 du Statut » rendu le 14 mars 2012 ».

⁶³ Voir notamment DRC-D01-0003-5985. Courriel du Bureau du Procureur adressé à la Défense en date du 25 octobre 2012 qui justifie la communication d'un document potentiellement à décharge par « courtoisie ». La Défense a demandé l'autorisation de présenter cet élément au stade de l'appel : ICC-01/04-01/06-2942-Conf, Annexe 8, p.DRC-D01-0003-5987.

63. Le premier concernait la divulgation d'informations relatives à un témoin se présentant comme un ancien garde du corps de l'accusé. Alors que la Défense avait commencé la présentation de sa preuve le 27 janvier 2010, le compte rendu de l'entretien du 13 septembre 2006 de l'Accusation avec ce témoin ne lui a été communiqué que le 21 octobre 2010. La Défense renvoie sur ce point à ses observations développées dans sa Requête aux fins d'arrêt définitif des procédures et au moyen d'appel développé dans son « *Mémoire relatif à l'appel à l'encontre du Jugement rendu en application de l'Article 74* » déposé ce jour⁶⁴.
64. Le second concerne une liste exhaustive des militaires des FPLC datée du 11 décembre 2004 signée par le chef d'état-major⁶⁵. Ce document revêt une importance considérable dans la présente affaire, d'une part parce qu'il constitue en apparence le seul élément de ce genre au dossier, d'autre part pour avoir été rédigé par l'un des co-auteurs allégués de l'appelant.
65. Or, bien que le Procureur soit en possession de cette liste depuis le 10 février 2006⁶⁶, elle n'a été divulguée à la Défense que le 29 octobre 2012, soit bien après la conclusion du procès et plus de 6 ans après qu'elle ait été obtenue par le Procureur, et uniquement en raison du fait que la Défense en a spécifiquement fait la demande.
66. Cette liste aurait pourtant été essentielle pour la préparation de la Défense de l'appelant. Elle aurait pu être utilisée par la Défense dans le cadre de son contre-interrogatoire de certains témoins de l'Accusation ayant déclaré avoir fait partie des FPLC au moins jusqu'en décembre 2004. Cette liste corrobore par ailleurs le témoignage de certains témoins de la Défense en confirmant leur présence dans les FPLC au mois de décembre 2004⁶⁷. La Défense a de plus

⁶⁴ ICC-01/04-01/06-2657-Conf, par.279-281 et « *Mémoire relatif à l'appel à l'encontre du Jugement rendu en application de l'Article 74* », par. 70-75.

⁶⁵ DRC-OTP-0141-0009. La Défense a demandé l'autorisation de présenter cet élément au stade de l'appel : ICC-01/04-01/06-2942-Conf, par.29-41 et Annexe 7.

⁶⁶ Voir données relatives (*metadata*) à DRC-OTP-0141-0009.

⁶⁷ Notamment les témoins D-0037 (dont le nom figure à la page DRC-OTP-0141-0009, ligne 7 de la liste) et D-0006 (dont le nom figure à la page DRC-OTP-0141-0110, ligne 24 de la liste).

été privée d'interroger D-0037 sur les circonstances exactes ayant entouré la préparation de cette liste, ce dernier ayant agi à titre de secrétaire particulier de son signataire⁶⁸. Cette liste aurait également constitué un élément de première importance dans le cadre des enquêtes de la Défense, notamment en l'assistant dans sa recherche d'anciens militaires des FPLC.

67. Enfin, comme l'identité de l'intermédiaire P-0143 ne fut divulguée qu'à un stade avancé de la présentation de la preuve de la Défense, cette dernière n'a pas été en mesure d'effectuer des enquêtes à son sujet, notamment sur les liens qu'il entretenait avec d'autres témoins et intermédiaires qui ont été au final jugés crédibles par la Chambre (ex. P-0030).
68. Il ressort ainsi de tout ce qui précède que la conduite du Bureau du Procureur a gravement affecté la capacité de l'appelant à faire face aux accusations portées contre lui. Le préjudice né de la perte du temps et des ressources dont l'Accusé doit en principe bénéficier pour préparer et soutenir sa défense est un préjudice irrémédiable, qui ne peut trouver réparation en cas de condamnation qu'au moyen de sa prise en compte effective au stade de la fixation de la peine.

2.2 La violation du droit de l'accusé à être jugé dans un délai raisonnable garanti par l'Article 67-1-c

69. La présente affaire s'est particulièrement singularisée par le grand nombre de retards et d'interruptions qui l'ont affectée. La majeure partie s'est produite en raison des manquements importants du Procureur à l'égard de ses obligations statutaires d'enquêtes et de divulgation, constatés par la Chambre.
70. La violation par le Procureur de ses obligations a conduit la Chambre de première instance à suspendre à deux reprises les procédures, entraînant des délais considérables dans la procédure, totalisant 252 jours :

⁶⁸ T-349-FRA-ET, p.7, lignes 25-27; p.8, lignes 8-12.

- La Chambre de première instance a suspendu la procédure en juin 2009, pendant 5 mois (159 jours), après avoir constaté que le Procureur a fait un usage abusif de l'Article 54-3-e qui a entraîné la violation de plusieurs de ses obligations⁶⁹ ;
- Un second arrêt des procédures a été ordonné par la Chambre le 8 juillet 2010 en raison du non-respect avéré des ordonnances de divulgation de la Chambre par le Procureur⁷⁰. La procédure a repris à la suite de l'Arrêt de la Chambre d'appel après 3 mois de suspension (93 j.)⁷¹.

71. Pendant ces périodes de suspension, M. Lubanga est demeuré en détention bien qu'il ait été initialement libéré par ordonnances de la Chambre de première instance I⁷².
72. Même si ces arrêts des procédures ont été ordonnés sur le fondement de la protection des droits de l'accusé⁷³, on ne peut cependant ignorer que pareille situation a conduit à prolonger considérablement la durée du procès. Ainsi, les deux arrêts des procédures ont incontestablement eu pour effet d'accroître le préjudice subi par l'appelant au regard de son droit à être jugé dans un délai raisonnable.
73. La Chambre confirmait par ailleurs que les retards de communication des éléments à décharge et de ceux relevant de la Règle 77 par le Procureur ont été considérables tout au long de la procédure⁷⁴. En effet, de nombreux délais, imputables au Procureur, se sont accumulés au cours de la procédure, notamment : 1) le Procureur a sollicité de manière tardive la mise en œuvre de

⁶⁹ ICC-01/04-01/06-1401-tFRA, par.92.

⁷⁰ ICC-01/04-01/06-2517-Conf-tFRA, par.31.

⁷¹ ICC-01/04-01/06-2582 OA18.

⁷² ICC-01/04-01/06-1418 et T-314-FRA-FRA-ET, p.20, ligne 2 ss. L'exécution de ces deux décisions a été suspendue par la Chambre d'appel dans l'attente du règlement de l'appel sur ces deux décisions. Voir : ICC-01/04-01/06-2536 et ICC-01/04-01/06-1423 OA12.

⁷³ ICC-01/04-01/06-2517-Conf-tFRA, par.31 et ICC-01/04-01/06-1401-tFRA, par.91-92.

⁷⁴ ICC-01/04-01/06-2433-tFRA, par.43.

mesures de protection à l'égard de témoins⁷⁵, entraînant le report de l'ouverture du procès du 31 mars 2008 au 23 juin 2008⁷⁶ causant un retard de 84 jours ; et 2) la tardiveté des démarches par lesquelles le Procureur s'est adressé à ses sources afin de lever les restrictions prévues par les ententes de confidentialité a entraîné des retards importants⁷⁷.

74. Enfin, la Chambre souligne que la négligence du Procureur l'a conduite à « consacrer un temps considérable »⁷⁸ à l'étude de propos mensongers d'un grand nombre de témoins de l'Accusation.
75. En effet, le manque de rigueur dans les enquêtes du Procureur a à la fois conduit à la comparution de 9 prétendus enfants soldats⁷⁹ et leurs parents (P-0007, P-0008, P-0010, P-0011, P-0157, P-0213, P-0293, P-0294, P-0297, P-0298, P-299), de 4 intermédiaires dont le comportement ou les liens avec les auteurs de témoignages mensongers ont été jugés suspects (P-0143, P-0316, P-0321, P-0031)⁸⁰, et de 3 autres témoins dépourvus de toute crédibilité (P-0089, P-0015, P-0038).⁸¹ À leurs témoignages s'ajoute également la comparution de 16 témoins de la Défense D-0002, D-0003, D-0004, D-0005, D-0006, D-0009, D-0012, D-00014, D-0015, D-0016, D-0023, D-0024, D-0025, D-0026, D-0029 et D-0036) et 3 enquêteurs du Bureau du Procureur (P-0581, P-0582 et P-0583) dont

⁷⁵ « (...) the process for the outstanding 24 witnesses was commenced significantly and unjustifiably late.³⁷ This delay must similarly not be allowed to endanger the accused's right to a fair and expeditious trial. » (ICC-01/04-01/06-1019, par.20, Réitéré par la Chambre ICC-01/04-01/06-1311-tFRA, par.81) « Ce litige sur les décisions prises par l'Unité d'aide aux victimes et aux témoins, qu'il a été demandé à la Chambre de trancher à un stade remarquablement tardif de la procédure, a eu pour conséquence de retarder la communication par l'Accusation des versions non expurgées des éléments de preuve émanant des témoins qui n'ont pas été admis au programme, et ce n'est que très récemment que l'Accusation a entrepris de [EXPURGÉ] ou d'une autre manière. » (Nos soulignés, ICC-01/04-01/06-1311-Anx1-tFRA, par.80). Voir aussi : T-75-FRA-ET, p.2 et p.14, lignes 21 et ss.

⁷⁶ Voir ICC-01/04-01/06-1359-tFRA, par. 17 ; T-75-FRA-ET, p.2 ss.

⁷⁷ La Chambre a notamment à maintes reprises souligné la tardiveté des démarches par lesquelles le Procureur est retourné vers ses sources afin de faire lever les restrictions prévues par les ententes de confidentialité ainsi que les retards qui en ont résulté. Voir ICC-01/04-01/06-1437, note 18.

⁷⁸ Jugement, par.482.

⁷⁹ Pour une reconnaissance du caractère mensonger de leurs déclarations, voir Jugement, par.247, 268, 288, 473, 406, 415, 429, et 441.

⁸⁰ Voir Jugement, par.221, 373, 450, 477.

⁸¹ « Mémoire relatif à l'appel à l'encontre du Jugement rendu en application de l'Article 74 » déposé par la Défense le 3 décembre 2012, par.30 et 276-278.

l'intervention a été rendue nécessaire pour faire la lumière sur les méthodes d'enquêtes du Bureau du Procureur. Les manquements du Procureur ont ainsi eu un impact considérable sur la durée du procès, et sur le temps passé en détention par l'appelant dans l'attente d'un verdict, en ajoutant 77 jours d'audience.

76. Il s'ensuit que la seule négligence du Procureur a prolongé le procès de M. Thomas Lubanga de plus de 413 jours.

2.3 L'atteinte portée au droit de M. Lubanga à faire l'objet d'un traitement loyal

77. Au cours de la procédure, le Procureur a présenté de manière déformée les faits et comportements de l'accusé et a tenu des propos inexacts sur l'état de la procédure⁸². Cette attitude constante du Procureur, incompatible avec son devoir d'impartialité⁸³, ne s'est pas démentie de 2006 à ce jour. Notamment, le Procureur lors d'une conférence de presse tenue le 15 mars 2012, au lendemain du prononcé du jugement dans le cadre de la présente affaire, rend hommage, à cette occasion, aux « enfants soldats » qui ont témoigné dans la présente affaire, sans préciser que ces témoignages ont été écartés par la Chambre dans son jugement. Il déclare en outre que la Chambre a confirmé que les enquêtes qu'il avait effectuées étaient « très bonnes », contrairement aux conclusions de la Chambre⁸⁴.
78. Les déclarations trompeuses du Bureau du Procureur demeurent disponibles sur internet, continuant de cette manière à accroître le préjudice causé à l'appelant. À titre d'exemple, l'entrevue donnée par Mme Le Fraper du Hellen est toujours, en date des présentes, publiée sur internet, sans avoir été démentie ou rectifiée par le Bureau du Procureur.

⁸² Voir par ex. ICC-01/04-01/06-2433-tFRA, par.52.

⁸³ Articles 45 et 67-1.

⁸⁴ Voir par ex. Jugement, par.482.

79. Les effets conjugués de l'ensemble de ces manquements, gravement préjudiciables à l'appelant, devaient conduire la Chambre reconnaître à l'appelant un droit à réparation sous la forme d'une réduction de peine.

TROISIÈME MOYEN D'APPEL : ERREUR DE FAIT DANS L'APPLICATION DE L'ARTICLE 78-2 ET DU REFUS DE PRENDRE EN COMPTE LA PÉRIODE PASSÉE EN DÉTENTION PAR L'APPELANT EN RDC

80. La Chambre a commis une erreur de fait en concluant qu'il n'a pas été démontré sur la base de l'hypothèse la plus probable que M. Thomas Lubanga était détenu en République démocratique du Congo (RDC) à raison d'un comportement lié aux crimes dont il a été reconnu coupable par la Cour, à savoir la conscription et l'enrôlement d'enfants de moins de 15 ans et le fait de les faire participer activement à des hostilités⁸⁵.

81. L'Article 78-2 prévoit que la Cour peut déduire de la peine, en plus de la période passée sur son ordre en détention, « *toute autre période passée en détention à raison d'un comportement lié au crime* ». (Nous soulignons)

82. Cette disposition illustre la volonté des rédacteurs du Statut de permettre la prise en compte par la Chambre de toute période passée en détention, que ce soit ou non dans l'attente de sa remise à la Cour, pour autant qu'il s'agisse d'une détention à raison d'un comportement lié au crime⁸⁶.

83. Or, en jugeant que l'appelant devait démontrer qu'il était en détention pour le crime de conscription et d'enrôlement d'enfant de moins de 15 ans et le fait de les faire participer activement à des hostilités, la Chambre a omis de prendre en compte les circonstances particulières de la présente affaire, soit 1) l'appelant était détenu arbitrairement du 13 août 2003 au 16 mars 2006 par les autorités de la RDC pour ses activités à titre de président de l'UPC/RP pendant les années 2002-2004 ; 2) le mode de responsabilité retenu par la

⁸⁵ ICC-01/04-01/06-2901-tFRA, par.102.

⁸⁶ Voir *Le Procureur c. Tadić*, Affaire n° IT-94-1-A et IT-94-1-A bis, Arrêt concernant les jugements relatifs à la sentence, 26 janvier 2000, par.38.

Chambre de première instance est fondé essentiellement sur le rôle de Président de l'UPC/RP tenu par l'appelant pendant cette même période ; et 3) le Procureur a mené ses enquêtes à l'encontre de l'appelant alors que ce dernier était détenu arbitrairement tout en maintenant des contacts réguliers avec les autorités congolaises au sujet de ces enquêtes⁸⁷.

1. Il ne peut être contesté que l'appelant était en détention en RDC du 13 août 2003 au 16 mars 2006

84. Il a été démontré que l'appelant a été placé en détention par les autorités congolaises depuis le 13 août 2003, d'abord en résidence surveillée au Grand Hôtel et dans la commune de Limete, au quartier Funa, jusqu'au 10 mars 2005⁸⁸, puis transféré le 19 mars 2005 au Centre Pénitentiaire et de Rééducation de Kinshasa (CPRK), d'où il sera transféré le 17 mars 2006 vers le siège de la Cour⁸⁹.
85. Ces périodes de résidence surveillée (13 août 2003 au 18 mars 2005), de même que la période de détention au CPRK (19 mars 2005 au 16 mars 2006) étaient purement arbitraires, entraînant ainsi la violation des droits fondamentaux de M. Lubanga : ce dernier n'a jamais été informé officiellement des charges qui pesaient contre lui, ni n'a comparu devant un juge.
86. La résidence surveillée (ou assignation à résidence) est une mesure privative de liberté qui contraint un individu à vivre dans un périmètre très restreint, tel que son domicile, et limitant strictement sa liberté de circulation. Il ne fait donc aucun doute que M. Lubanga était en détention pendant la période du 13 août 2003 au 19 mars 2005, alors qu'il se trouvait en résidence surveillée.

⁸⁷ ICC-01/04-01/06-32-AnxB, par.20-21.

⁸⁸ Tel qu'il ressort de la *Décision sur la confirmation des charges*, Monsieur Thomas Lubanga a été placé en résidence surveillée le 13 août 2003 par les autorités congolaises au Grand Hôtel, lorsque celui-ci s'est déplacé, sur leur invitation, à Kinshasa. ICC-01/04-01/06-796-Conf : la Chambre préliminaire mentionne au paragraphe 199 que M. Lubanga est en résidence surveillée depuis le 13 août 2003 et que ce point n'a pas été contesté par le Procureur. Voir également note 267 et par. 371 et 383, 396. D-0019: T-341-FRA-ET,p.42, lignes 15-17.

⁸⁹ ICC-01/04-01/06-53-Conf-Anx5.5. D-0019: T-341-FRA-ET,p.42, lignes 15-17.

87. Le Procureur, qui a eu l'opportunité de présenter une réponse aux observations de la Défense lors de ses plaidoiries orales sur la peine⁹⁰, n'a pas contesté la détention en RDC du 13 août 2003 au 16 mars 2006 de M. Lubanga.

2. M. Thomas Lubanga était détenu en RDC à raison d'un comportement lié aux crimes

88. Il ne fait aucun doute que la détention de M. Lubanga visait essentiellement le même comportement que celui pour lequel il a été condamné par la Chambre, soit ses activités en tant que Président du mouvement politico-militaire UPC/RP pendant les années 2002-2003.

89. En premier lieu, il convient de relever que M. Lubanga a été placé en détention par les autorités congolaises résidence surveillée (13 août 2003 au 18 mars 2005), de même que la période de détention au CPRK (19 mars 2005 au 16 mars 2006) en raison de ses activités à titre de président de l'UPC/RP pendant les années 2002-2004.

90. D'une part, les éléments soumis par le Procureur de la CPI au dossier de l'affaire et les observations des autorités congolaises déposées devant la Cour démontrent que :

- M. Lubanga a été placé en résidence surveillée par les autorités de la RDC à Kinshasa en août 2003 à titre de Président de l'UPC/FPLC⁹¹ ;
- M. Lubanga a initialement été transféré au CPRK en mars 2005 pour « Atteinte à la sûreté de l'état »⁹² ;
- Les autorités de la RDC n'ont effectué aucune enquête concernant le dossier de M. Lubanga⁹³ ;

⁹⁰ T-360-CONF-FRA,p.33-38.

⁹¹ ICC-01/04-01/06-348-Conf,p.5-6.

⁹² ICC-01/04-01/06-32-US-AnxB1,p.17/17.

⁹³ T-1-CONF-FR,p.7, lignes 4-5 (Audience du 2 février 2006) ; ICC-01/04-01/06-32-AnxB,par.17.

- Le Procureur estime que « *le dossier [en RDC] contre Thomas Lubanga est virtuellement vide* »⁹⁴ ;
- Le Procureur note aussi par ailleurs que les reproches adressés à l'appelant par les autorités congolaises concernaient notamment « *des crimes qui auraient été commis par les troupes des FPLC dans le cours ou après des attaques militaires après mai 2003* »⁹⁵.

91. D'autre part, le Procureur n'a pas contesté le fait que M. Lubanga était détenu en RDC à raison d'un comportement lié aux crimes qui lui étaient reprochés devant la CPI.
92. En second lieu, le mode de responsabilité retenu contre l'appelant est fondé essentiellement sur le rôle de Président de l'UPC/RP tenu par l'appelant pendant cette même période.
93. La Chambre a retenu que l'appelant avait convenu d'un plan commun et participé à la mise en œuvre d'un plan qui consistait à mettre sur pied une armée dans le but de prendre et de conserver le contrôle de l'Ituri, aussi bien politiquement que militairement. La Chambre précise qu'elle n'a pas conclu que « *Thomas Lubanga entendait procéder à la conscription et au recrutement de garçons et de filles âgées de moins de 15 ans dans l'UPC/FPLC et entendait les faire participer activement à des hostilités, mais elle a jugé qu'il était conscient que cela adviendrait dans le cours normal des événements* »⁹⁶.
94. La Chambre a fondé ses conclusions relatives à la « contribution essentielle » de l'appelant sur des considérations factuelles décrivant « le rôle de Thomas Lubanga dans l'UPC »⁹⁷.

⁹⁴ T-1-CONF-FR,p.29, ligne 1 (Audience du 2 février 2006).

⁹⁵ ICC-01/04-01/06-32-AnxB, par.17. Voir aussi : ICC-01/04-01/06-32-Conf-AnxB,par.7-15.

⁹⁶ ICC-01/04-01/06-2901-tFRA,par.52.

⁹⁷ Jugement,par.1141 à 1223(Nous soulignons).

95. En tout état de cause, il est révélateur de constater que le Procureur était en discussion avec les autorités congolaises au sujet du dossier de l'appelant depuis au moins le mois d'août 2005⁹⁸.
96. Il en résulte que la Chambre a commis une erreur en ne prenant pas en considération la période de détention de M. Lubanga en résidence surveillée allant du 13 août 2003 au 19 mars 2005, de même que la période de détention du 19 mars 2005 au 17 mars 2006 au CPRK, en déterminant la peine prononcée à l'encontre de M. Lubanga.

VIOLATION DE L'ARTICLE 74-2

97. La Décision contestée retient que « *les éléments de preuve admis à ce stade peuvent aller au-delà des faits et circonstances décrits dans la Décision sur la confirmation des charges, pour peu que la Défense ait réellement eu l'occasion de les mettre à l'épreuve.* »⁹⁹; sur ce fondement, la Chambre estime qu'elle est fondée à prendre en considération, dans le cadre de la fixation de la peine, les violences sexuelles¹⁰⁰ et les mauvais traitements infligés aux recrues, en dépit du fait que ces éléments ne faisaient pas partie intégrante de la Décision sur la confirmation des charges¹⁰¹.
98. Ainsi, dans l'appréciation des éléments pertinents pour la fixation de la peine, la Chambre ne se contente pas de l'examen de nouveaux éléments de preuve mais s'estime fondée à prendre en considération des faits et circonstances non visés dans la Décision sur la confirmation des charges.
99. Cette conclusion est contraire aux exigences de l'Article 74-2 et constitue une erreur de droit.

⁹⁸ ICC-01/04-01/06-32-AnxB, par.20, note 18.

⁹⁹ ICC-01/04-01/06-2901-tFRA, par.29.

¹⁰⁰ La Chambre juge notamment que « *compte tenu des garanties procédurales en vigueur, aucune iniquité ne résulterait de la prise en considération par la Chambre des violences sexuelles.* » ICC-01/04-01/06-2901-tFRA, par.68.

¹⁰¹ ICC-01/04-01/06-2901-tFRA, par.59 et 67-68.

100. Aux termes de l'Article 74-2 « *la Chambre de première instance fonde sa décision sur son appréciation des preuves et sur l'ensemble des procédures. Sa décision ne peut aller au-delà des faits et des circonstances décrits dans les charges et les modifications apportées à celles-ci (...)* ». (Nous soulignons).
101. Cette exigence répond au principe fondamental selon lequel l'accusé ne peut être condamné que sur la base de faits qui lui ont été régulièrement notifiés avant le début du procès et pour lesquels il a pu faire valoir sa défense dans le respect de ses droits fondamentaux prévus à l'Article 67¹⁰².
102. Contrairement à ce que retient la Chambre¹⁰³, cette exigence, qui ne distingue pas selon que l'accusé plaide coupable ou non coupable, vaut tant pour le verdict sur la culpabilité que pour la décision sur la peine. Les « circonstances du crime » et les « circonstances aggravantes » que la Règle 145 invite à prendre en considération pour la fixation de la peine sont parties intégrantes des accusations et à ce titre doivent avoir été régulièrement notifiées à l'accusé avant le début du procès pour pouvoir être retenues contre lui¹⁰⁴.

¹⁰² TPIR, *Le Procureur c. Ntakirutimana*, Arrêt, 13/12/2004, par.470 ; TPIY, *Le Procureur c. Kupreskic*, Arrêt, 23/10/2001, par.88 et 114 ; TPIY, *Le Procureur c. Kvočka et consorts*, Arrêt, 28/02/2005, par.27 ; TPIR, *Le Procureur c. Semanza*, Arrêt, 20/05/2005, par.85 ; Cf. également TPIY, *Le Procureur c. Krnojelac*, Décision relative à l'exception préjudicielle de la Défense pour vices de forme de l'acte d'accusation, 24/02/1999, par.12 ; TPIY, *Le Procureur c. Krnojelac*, Décision relative à l'exception préjudicielle de la Défense pour vices de forme de l'acte d'accusation modifié, 11/02/2000, par.17 et 18 ; et TPIY, *Le Procureur c. Brdanin et Talic*, Décision relative à l'exception préjudicielle soulevée par Momir Talic pour vices de forme de l'acte d'accusation modifié, 20/02/2001, par.18 ; TPIY, *Le Procureur c. Naletilic et Martinovic*, Arrêt, 03/05/2006, par.23. TPIR, *Le Procureur c. Niyitegeka*, Arrêt, 09/07/2004, par.195 ; TPIY, *Le Procureur c. Kvočka et consorts*, Arrêt, 28/02/2005, par.28 ; TPIY, *Le Procureur c. Simic et consorts*, Jugement, 17/10/2003, par.120 ; TPIY, *Le Procureur c. Brdanin et Talic*, Décision relative à l'exception préjudicielle soulevée par Momir Talic pour vices de forme de l'acte d'accusation modifié, 20/02/2001, par.52.

¹⁰³ Jugement, par.29.

¹⁰⁴ TPIR, *Le Procureur c. Semanza*, Aff. n° ICTR-97-20-T, Jugement et sentence, 15 mai 2003, par. 570. TPIY, *Le Procureur c. Kunarac et consorts*, Aff. n° IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Jugement, 22 février 2001, par. 850 ; Voir aussi : *Le Procureur c. Delalic et consorts*, Aff. n° IT-96-21-A, Arrêt, 20 février 2001, par. 763 ss. ; Voir aussi : KHAN K. et R. DIXON, *Archbold: International Criminal Courts Practice, Procedure and Evidence*, 2005, Ed. Sweet & Maxwell, par. 18-49. Cour de cassation française, chambre criminelle, 21 novembre 2000 : « Vu les articles 593 du Code de procédure pénale, 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme ; Attendu que tout prévenu a droit à être informé d'une manière détaillée de la nature et de la cause de la prévention dont il est l'objet et qu'il doit, par suite, être mis en mesure de se défendre tant sur les divers chefs d'infraction qui lui sont imputés que sur chacune des circonstances aggravantes susceptibles d'être retenues à sa charge ».

103. Les « circonstances du crime » retenues contre l'accusé au stade de la fixation de la peine doivent donc nécessairement figurer parmi les « faits et des circonstances » énoncés dans la décision de confirmation des charges.
104. Contrairement à ce que suggère la Chambre¹⁰⁵, l'Article 76-2 du Statut n'autorise pas la prise en considération de faits nouveaux qui n'auraient pas été régulièrement notifiés avant le début du procès, mais se contente de permettre la présentation de « *nouveaux éléments de preuve pertinents pour la fixation de la peine* ».
105. Enfin, contrairement à ce qu'a cru devoir estimer la Chambre, l'absence de notification avant le début du procès de « faits et circonstances » retenus contre l'accusé au stade de la fixation de la peine exclut nécessairement que la Défense ait « réellement eu l'occasion de les mettre à l'épreuve »¹⁰⁶ ; le fait que la Défense se soit trouvée au cours du procès dans la nécessité de faire face, sans avoir pu s'y préparer, à des accusations nouvelles allant au-delà des faits et circonstances décrits dans les charges ne permet pas de soutenir, au stade de la fixation de la peine, que la Défense aurait ainsi pu faire effectivement valoir ses droits.
106. Cette conclusion erronée de la Chambre n'a cependant eu aucune incidence sur la peine prononcée à l'encontre de l'appelant¹⁰⁷, la Majorité ayant jugé que la preuve n'a pas été rapportée hors de tout doute raisonnable que les violences sexuelles ou les mauvais traitements dont auraient été victimes les enfants étaient suffisamment généralisés ou que l'appelant a ordonné ou encouragé leur commission, qu'il en avait connaissance, ou que ces violences peuvent lui être imputées d'une manière proportionnée à sa culpabilité.
107. La Défense n'entend donc pas soulever formellement ce moyen d'appel dans le cadre du présent mémoire.

¹⁰⁵ ICC-01/04-01/06-2901-tFRA, par.29.

¹⁰⁶ ICC-01/04-01/06-2901-tFRA, par.29.

¹⁰⁷ ICC-01/04-01/06-2901-tFRA, par.59 et 69-75.

108. La Défense se réserve toutefois le droit de soulever cette erreur de droit manifeste, le cas échéant, en réponse à tout moyen d'appel qui serait éventuellement soumis par le Procureur sur les conclusions factuelles de la Chambre à cet égard.

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

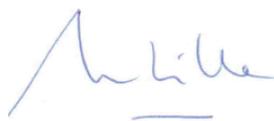
DIRE et JUGER que la Chambre de première instance a commis des erreurs de fait et de droit de nature à affecter le quantum de la peine prononcée :

- En concluant que les crimes reprochés à l'appelant étaient « généralisés » ;
- En concluant qu'elle était fondée à prendre en considération le caractère généralisé des crimes retenus contre l'appelant pour déterminer leur gravité afin de fixer la peine à prononcer contre celui-ci ;
- En jugeant que les violations des droits fondamentaux de l'appelant ne justifient pas une réduction de la peine prononcée à son encontre ;
- En refusant de déduire de la peine la période passée en détention par l'appelant en République démocratique du Congo entre le 13 août 2003 et le 17 mars 2006 ;
- En concluant qu'elle était fondée à prendre en considération des faits allant au-delà des « faits et circonstances » décrits dans les charges.

INFIRMER la Décision rendue le 10 juillet 2012 par la Chambre de première instance I ;

Et

ANNULER ou REDUIRE la peine prononcée à l'encontre de M. Lubanga.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Mabilie', with a horizontal line underneath the name.

Me Catherine Mabilie, Conseil Principal

Fait le 3 décembre 2012, à La Haye