

**Cour
Pénale
Internationale**



**International
Criminal
Court**

Original : français

N° ICC-01/05-01/13

Date : 7 mai 2014

LA PRESIDENCE

Devant :

M. le Juge Sang-Hyun Song, Président

Mme la Juge Sanji Mmasenono Manageng, Premier Vice-Président

M. le Juge Cuno Tarfusser, Deuxième Vice-Président

SITUATION EN RÉPUBLIQUE CENTRAFRICAINE

AFFAIRE LE PROCUREUR

***c. JEAN-PIERRE BEMBA GOMBO, AIME KILOLO MUSAMBA, JEAN-JACQUES
MANGENDA KABONGO, FIDELE BABALA WANDU ET NARCISSE ARIDO***

PUBLIC

**Requête de la Défense en vue de solliciter la récusation du Juge unique Cuno Tarfusser
pour violation de la règle de l'impartialité**

Origine : Défense de M. Fidèle BABALA WANDU

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

Le Bureau du Procureur
Madame Fatou Bensouda
Monsieur James Stewart
Monsieur Kweku Vanderpuye
Madame Florence Darques Lane

Le conseil de la Défense de M. Kilolo
Me Ghislain Mabanga Monga

Le conseil de la Défense de M. Babala
Me Jean-Pierre Kilenda Kakengi Basila

Le conseil de la Défense de M. Mangenda
Me Jean Flamme

Le conseil de défense de M. Jean-Pierre Bemba Gombo
Me Nicholas Kaufman

Le conseil de défense de M. Narcisse Arido
Me Gorän Sluiter

Les représentants légaux de 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**
Me Xavier-Jean Keita

Les représentants des État

L'amicus curiae

GREFFE

Le Greffier
Mr Herman von Hebel

La Section d'appui aux Conseils
Pr Dr Peralta Esteban

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

I. BREF RAPPEL DE LA PROCEDURE

1. Le 20 novembre 2013, la Chambre préliminaire II (ci-après « la Chambre » ou « le Juge unique ») a délivré sous scellés un mandat d'arrêt à l'encontre de M. Fidèle Babala Wandu (ci-après « le requérant »). Ce mandat qui a été reclassifié public le 27 novembre 2013 a visé également MM. Jean-Pierre Bemba Gombo, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Aimé Kilolo Musamba et Narcisse Arido.¹
2. Le 4 décembre 2013, au cours de la conférence de mise en état convoquée en vue de lancer la procédure de divulgation avec, en ligne de mire, l'audience de confirmation de charges, le Juge unique a sollicité des parties de lui indiquer la nature des éléments de preuve qu'elles entendaient produire à l'audience de confirmation des charges².
3. Depuis, trois suspects qui avaient introduit leur demande de mise en liberté provisoire respective ont vu celle-ci carrément rejetée par le Juge unique.³
4. L'un des suspects, monsieur Aimé Kilolo Musamba a, en date du 15 avril 2014, initié une requête aux fins d'audition de témoins de la Défense à l'audience de confirmation des charges⁴. Contre toute attente, le Juge unique a rejeté cette demande de mesure d'instruction⁵.
5. A l'estime de la Défense de monsieur Fidèle Babala Wandu (ci-après « la Défense »), les motifs contenus dans les différentes décisions de maintien en détention préventive des suspects et dans la décision de rejet de la demande d'audition de témoins sollicitée par la Défense de Me Aimé Kilolo Musamba (ci-après « la Défense Kilolo ») offrent les

¹ ICC-01/05-01/13-1-US-Exp, « Mandat d'arrêt à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu et Narcisse Arido », 20 November 2013.

² ICC-01/05-01/13-T-2-Red-FRA, page 1, lignes 27 à 28 et page 2, lignes 1 à 8 : « Donc, j'aimerais surtout savoir plus particulièrement s'il va y avoir des témoins ou si nous allons...si on va avoir des témoins soit *viva voce*, soit des témoins par... qui vont témoigner par écrit. J'aimerais aussi savoir quelles sont les expurgations qui, d'après vous, seront nécessaires. Et j'aimerais aussi que l'Accusation nous dise s'ils ont l'intention d'utiliser des documents ou des éléments qui seront sous scellés, donc qui seront confidentiels. Et je demande bien sûr la même chose aux équipes de la Défense, dans la mesure du possible, étant donné que nous en sommes encore à une ... à une étape très prématurée. »

³ ICC-01/05-01/13-258 « Decision on the « Requête urgente de la Défense sollicitant la mise en liberté provisoire de monsieur Fidèle Babala Wandu. » ; ICC-01/05-01/13-259 « Decision on the « Demande de mise en liberté provisoire de Maître Aimé Kilolo Musamba », 14 mars 2014 ; ICC-01/05-01/13-261 « Decision on the « Requête de mise en liberté » submitted by the Defence for Jean-Jacques Mangenda », 17 mars 2014.

⁴ ICC-01/05-01/13-339 « Requête aux fins d'audition de témoins de la Défense à l'audience de confirmation des charges ».

⁵ ICC-01/05-01/13-363, 25-04-2014.

bonnes raisons de postulation de la récusation du Juge unique qui enfreint la règle de l'impartialité subjective.

6. De là, la présente requête qui pourrait même incliner le Juge unique, en vue de permettre la sérénité des débats, de solliciter lui-même sa propre décharge.

II. DEVELOPPEMENTS

7. Après un bref exposé introductif sur la mission du juge dans l'élucidation d'une affaire pénale (A), la Défense démontrera les éléments caractéristiques de la violation de la règle de l'impartialité subjective dans le chef du Juge unique (B).

A. Exposé introductif

8. La procédure pénale - qu'elle se meuve aux plans national ou international – est essentiellement temporisatrice et dialectique. Temporisatrice, elle ne souffre aucune précipitation. Elle donne la possibilité à tous ceux qui y sont impliqués, à armes égales, de s'expliquer, de faire entendre leur voix sur les différents sujets qui les occupent. Dialectique, elle est un dialogue argumenté des points de vue, chaque acteur judiciaire devant développer ses thèses dans le respect des règles élaborées en vue de la manifestation de la vérité. La recherche de « la vérité physique des faits » est le but de la procédure pénale, comme le démontre une étude excellente de Marc Preumont.⁶ C'est à juste titre qu'un auteur en est venu à considérer les affaires pénales comme des « imbroglios » dont le juge ou le magistrat instructeur doivent élucider le mystère⁷. Et ceci explique du coup l'importance du « jugement du fait »⁸, de la « conceptualisation du fait »⁹, présentant celui-ci comme « une masse brute d'événements existentiels s'offrant à être appréhendés par les concepts abstraits de la règle juridique¹⁰ » et qui est plus un

⁶ PREUMONT, M., « Vérité et Justice dans le procès pénal », in *Travaux de l'Association Henri Capitant. La Vérité et le Droit. Journées canadiennes*, Tome XXXVIII, Paris, Economica, 1987, pp. 595-616.

⁷ HOROMTALLAH, « La présomption d'innocence », *Penant*, n°822, 1996, p. 261 : « C'est ainsi que les transports, les perquisitions et saisies, les auditions des témoins, les interrogatoires et confrontations, les mandats, les détentions préventives, les commissions rogatoires et les expertises lui permettent de voir plus clair dans ces imbroglios que constituent très souvent les affaires pénales. »

⁸ MEEUS, A., « L'art de juger », in *Mélanges LEGROS*, Bruxelles, éditions de l'Université de Bruxelles, Faculté de droit, 1985, p. 438.

⁹ RIGAUX, F., *La nature du contrôle de la cour de cassation*, Bruxelles, établissements Emile Bruylant, 1966, pp. 79-80 n° 53.

¹⁰ *Idem*, p. 79 n°53.

construit qu'un donné¹¹ qui s'insère dans « toute cette dialectique du fait qui joue un rôle essentiel dans l'art de juger...¹² ».

9. Dans cet ordre de préoccupation, juger, écrit Théodore IVAINER, c'est porter, en vertu d'un pouvoir dont on est investi, un jugement sur une séquence de la réalité révolue ayant impliqué des sujets de droit¹³. L'examen des faits reste toujours indispensable à la cristallisation exacte de la règle de droit. De façon pénétrante, Walter Van Gerven compare le juge au « perceur de tunnel. Il balise le chemin des faits et celui du droit. »¹⁴
10. Le premier devoir du juge est de constater que les faits invoqués sont établis¹⁵. Les faits de la cause sont, comme le formule le professeur néerlandais Scholten, l'ensemble d'événements desquels surgit un combat judiciaire entre les personnes impliquées. Ces faits forment, pour celui qui recherche le droit, le point de départ afin de trouver la règle pour une solution du conflit¹⁶.
11. De l'avis de la Défense, ce devoir ne peut être mieux accompli que si le juge procède au contrôle critique de l'exactitude matérielle des faits que les parties litigantes lui présentent. Saisi *in rem*, le juge ne doit donc pas gober les faits qui lui sont présentés car, ainsi que le soutiennent les Réalistes américains, « ni les faits ni les règles ne sont des données prêtes à l'emploi.¹⁷ »
12. Ainsi donc, du point de vue de la Défense, ce n'est pas la figure de ce juge « perceur du tunnel » qu'incarne le Juge unique qui, au mépris des droits de la Défense, se fait l'allié du Procureur dont il considère désormais les thèses comme des dogmes frappés par l'argument théologique de l'impeccabilité. Il s'approprie les lacunes de l'enquête du

¹¹ *Ibidem*, p. 79 n° 53.

¹² MEEUS, A., *ibidem*, p. 441.

¹³ IVAINER, TH., *L'interprétation des faits en droit. Essai de mise en perspective cybernétique des lumières du magistrat*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1988, p. 231 n° 267.

¹⁴ WALTER VAN GERVEN, *La politique du juge. Essai sur la mission du juriste dans la société* traduit par Marie-Françoise RIGAUX et Benoît DEJEMEPPE, Bruxelles, éditions juridiques SWINNEN, 1983, p. 68 et p. 112 : « (...) Confronté à une hypothèse précise, le juriste suivra conjointement deux voies : d'un côté, il essaiera de s'imprégner de...(...) comme les perceurs de tunnel creusent des deux côtés à la fois, le juriste entreprendra concurremment chacun de ces examens : en balisant le terrain des faits, il imaginera une série de règles applicables et, juste retour des choses, il sélectionnera ensuite les règles à mesure que les faits se révéleront. Travail d'exploitation et d'analyse des faits. »

¹⁵ KRINGS, E., « L'office du juge dans la direction du procès ». Discours prononcé le 1^{er} septembre 1983 à l'audience solennelle de rentrée de la cour de cassation, *Journal des Tribunaux* ? 1983 ? P ; 518 n° 27.

¹⁶ VAN GERVEN, W., « Réflexions sur le rôle du juge dans l'élaboration d'une solution de droit », in *Revue Zaïroise de Droit*, n° spécial, 1971, p. 44.

¹⁷ VAN GERVEN WALTER, *La politique du juge, op. cit.*, p. 112.

Procureur par la consécration d'une présomption irréfragable de culpabilité (1°) ; par la répudiation du principe du contradictoire qui aurait pu permettre aux parties de s'affronter à armes égales (2°) et, enfin, par son refus d'appliquer le droit (3°). Fonctionnant désormais sur ces trois registres, le Juge unique méconnaît l'impartialité nécessaire à la sérénité de la justice. La Défense soumet respectueusement que seules sa demande de décharge et sa récusation seront à même de maintenir un climat de sérénité indispensable à la recherche et à la manifestation de la vérité dans la présente affaire.

13. Il sied, avant de s'y appesantir, d'indiquer que l'obligation qu'a le Juge prestant à la Cour pénale internationale de rechercher la vérité de l'affaire qu'il instruit n'est pas cantonnée à la seule phase du procès devant une chambre de première instance. A toutes les phases de la procédure, depuis la Chambre préliminaire, il doit, compte tenu de la norme d'administration de la preuve y afférente, rechercher la vérité physique des faits. Il doit entendre les arguments des autres parties et procéder à un travail de confrontation des arguments des uns et des autres dans un processus continu de remise en question jusqu'à la décision finale. Il ne doit pas considérer comme irrévocablement établies les thèses d'une partie au mépris de celles des autres, sans même donner à celles-ci la possibilité de se faire entendre.
14. L'article 67 (1) du Statut prescrit que « [l]ors de l'examen des charges portées contre lui, l'accusé a droit à ce que sa cause soit entendue publiquement, compte tenu des dispositions du présent Statut, équitablement et de façon impartiale. Et l'article 67(1) (e) lui accorde cette garantie : « Interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge. L'accusé a également le droit de faire valoir des moyens de défense et de présenter d'autres éléments de preuve admissibles en vertu du présent Statut. » Les droits prévus par cet article sont étendus aux suspects en vertu de la règle 121(1) du Règlement de procédure et de preuve.
15. L'article 61 (6) prescrit qu'à l'audience de confirmation des charges, la personne peut :
 - a) Contester les charges ;
 - b) Contester les éléments de preuve produits par le Procureur ;
 - et c) Présenter des éléments de preuve.

16. A l'audience de première comparution, le Juge unique a pourtant rappelé l'ensemble de ces droits aux Suspects¹⁸.
17. En la présente cause, l'attitude du Juge unique va à contre-courant de la règle de l'impartialité subjective et de la règle de l'impartialité objective. La Défense s'emploie à le démontrer dans les lignes qui suivent.

B. Eléments caractéristiques de la violation de la règle de l'impartialité dans le chef du Juge unique

(a) Violation de l'impartialité subjective

18. Ainsi que la Défense l'a déjà relevé au paragraphe 12, la consécration d'une présomption irréfragable de culpabilité (1°), la répudiation du principe du contradictoire (2°) et le refus d'appliquer le droit par le Juge unique (3°) mettent en doute son impartialité et suscitent une crainte légitime quant à sa capacité de conduire l'audience de confirmation des charges dans le respect de l'intégrité du droit.

1° En ce qui concerne la consécration d'une présomption de culpabilité

19. L'enquête du Procureur, en la présente cause, l'est au mépris de l'article 54(1)(a) du Statut qui lui prescrit d'enquêter tant à charge qu'à décharge. Comme la Défense l'a épinglé dans nombreuses de ses écritures, le Procureur n'a fourni aucun effort, ni en vue de la recherche de la vérité, ni même en vue de la collecte des éléments à décharge. Il n'a mené, au mépris des dispositions de l'article 54(1)(c) du Statut qui lui prescrivent de respecter les droits des personnes y énoncés parmi lesquels figure, aux termes de l'article 55(2)(d), le droit d'être interrogé, qu'une enquête obstinément à charge. La Défense ne peut accepter, dans ces conditions, que le juge, non seulement s'appuie sur de tels éléments exclusivement à charge, mais également les qualifie d'« objectifs ». Les suspects clamant dès le début leur innocence dans cette affaire, le juge devait être plus regardant face aux éléments à charge présentés.

¹⁸ ICC-01/05-01/13-T-1-FRA ET WT 27-11-2013 , page 12, lignes 8 à 16.

20. En sus, elle est bâtie sur fond d'illégalité et d'irrégularité tant elle s'appuie d'abord sur le travail d'un conseil indépendant, organe inconnu des textes d'organisation et de compétence judiciaires devant la Cour pénale internationale et, ensuite, sur le non-respect des immunités couvrant le travail des deux suspects avocats dans l'affaire principale, leur immunité n'ayant été levée que le 20 novembre 2013.¹⁹
21. Déterminé à défendre à tout prix l'illégalité perpétrée par l'institution *extra legem* du conseil indépendant et l'irrégularité orchestrée par l'ordonnance des actes d'instruction à l'encontre des deux avocats avant la levée de leurs immunités, le Juge unique s'est inscrit dans une logique de non-retour, d'aller direct vers la confirmation de charges, rejetant au passage toutes les requêtes des équipes de défense qui tendent à relever et à corriger ces illégalité et irrégularité ainsi que les demandes d'autorisation d'appel que ces équipes formulent, conformément au droit applicable, pour faire entendre la cause des suspects devant une autre juridiction et faire avancer la procédure sur des bases plus justes et équitables. Dans cette logique, il devient l'allié objectif du Procureur qui n'a lui enquêté qu'à charge.
22. La Défense se trouve ainsi confrontée à deux procureurs. L'un, le Bureau du Procureur, partie au procès, dont elle peut aisément controverser la démarche et la théorie ; et l'autre, le Juge unique face auquel elle ne dispose juridiquement d'aucune ressource. Il s'opère dès lors, une rupture d'équilibre préjudiciable à l'équité de la procédure.
23. La volonté du Juge unique de ne prendre en compte que les seuls éléments à charge est clairement affichée dans les différentes décisions de maintien en détention préventive des suspects. Sa motivation selon laquelle la Chambre « *peut se fonder sur les mêmes éléments que ceux examinés aux fins de la délivrance du mandat d'arrêt et sur les faits qui sous-tendent celui-ci.* »²⁰ se retrouve à l'identique dans toutes les décisions de rejet des requêtes de mise en liberté provisoire introduites par les suspects. Elle est la copie conforme de la requête du Procureur.

¹⁹ ICC-01/05-68-tFRA, 19-03-2013 « Décision relative à la requête urgente présentée le 19 novembre 2013 par le Juge unique de la Chambre préliminaire II aux fins de levée des immunités dont jouissent le conseil principal de la Défense et le chargé de la gestion des dossiers de l'affaire pour le compte de la Défense dans l'affaire *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba.* »

²⁰ ICC-01/05-01/13-258-tFRA, 10-04-2014 « Décision relative à la requête urgente de la Défense aux fins de la mise en liberté provisoire de Fidèle Babala Wandu », page 5, paragraphe 2 ; ICC-01/05-01/13-259 « Decision on the « Demande de mise en liberté provisoire de Maître Aimé Kilolo Musamba », 14 -03-2014, page 5, paragraphe 2 : « (...) but can be based on the same materials as those looked at for the purposes of the warrant and on the same factors underpinnin it. » ; ICC-01/05-01/13-261, 17-03-2014 « Decision on the « Requête de mise en liberté submitted by the Defence for Jean-Jacques Mangenda », page 7, paragraphe 7.

24. Le mandat d'arrêt du Juge unique décerné contre les suspects n'est que la copie conforme de la requête du Procureur, plus précisément sur le point de la nécessité de procéder à l'arrestation (article 58-1-b et article 58-2-e du Statut) et même quant à l'exposé succinct des faits et référence précise aux crimes relevant de la compétence de la Cour.²¹ Le lecteur n'y décèle aucune distance critique du Juge unique vis-à-vis du raisonnement développé par le Procureur.
25. Il en est de même quand le Juge unique ajoute : « (...) *nous ferons spécifiquement référence à certaines pièces sur lesquelles nous nous sommes fondés pour délivrer le mandat d'arrêt (et à leur contenu), pièces qui ont toutes été réexaminées et évaluées de nouveau aux fins de la présente décision.* »²². Or, le Juge unique n'est pas sans savoir qu'aucun des suspects n'a été interrogé par le Procureur ni directement confronté tant au Conseil indépendant qui a à la fois fait office d'enquêteur et outrepassé son mandat²³ qu'aux différents documents amassés au cours de cette enquête unilatéralement et uniquement conduite à charge.

En se fondant sur une telle enquête sans souci évident d'entendre les suspects, le Juge unique s'approprie ses lacunes qui contreviennent aux droits statutaires de ceux-là dont celui lié à la présomption d'innocence consacré par l'article 66(1) du Statut qui porte à juste titre que « Toute personne est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie devant la Cour conformément au droit applicable. »

²¹ ICC-01/05-01/13-19-AnxL « Requête de l'Accusation aux fins de la délivrance d'un mandat d'arrêt », 19 novembre 2013, pp. 18 à 40 ; ICC-01/05-01/13-1-Red « Mandat d'arrêt à l'encontre de Jean-Pierre BEMBA GOMBO, Aimé KILOLO MUSAMBA, Jean-Jacques MANGENDA KABONGO, Fidèle BABALA WANDU et Narcisse ARIDO », paragraphes 13 à 23.

²² ICC-01/05-01/13-258-tFRA, page 6, paragraphe 4.

²³ Mandat du conseil indépendant: *NOTING that, in the 29 July 2013 Decision, the Single Judge inter alia appointed an independent counsel tasked with (i) reviewing the logs of telephone calls either placed or received by Mr Aime Kilolo and Mr Jean-Jacques Mangenda made available by the relevant Belgian and Dutch authorities, with a view to identifying any calls received from or placed to parties connected with the investigation; (ii) listening to the recordings of any and all such calls; (iii) transmitting the relevant portions of any and all such calls which might be of relevance for the purposes of the investigation"; (Decision on protective measures and on the filing of confidential redacted versions of documents in the record, ICC-01/05-01/13-39-Conf, 13.12.2013, page 3)*

Il est utile d'ajouter que le conseil ne s'est pas toujours limité au mandat. Ses observations étant de nature à présenter son avis personnel. Il a même analysé les preuves lorsqu'il écrit : « Les suspects utilisent habituellement la langue lingala dans leur conversations et parlent de manière voilée, voir codée »; « Il a été également relevé à ce jour plusieurs conversations téléphoniques de nature à pouvoir établir une éventuelle contravention à l'article 70 précité de la part de l'accusé et de membres de son équipe de Défense. Les comportements infractionnels concernent la fabrication de faux témoignages, la corruption et subornation des témoins et la préparation de témoins dans leur déposition » (Rapport intermédiaire du conseil indépendant, ICC-01/05-01/13-6-Conf-AnxA-Red, 13.12.2013, pages 4 et 6 respectivement)

26. Dire, dans ces conditions, que le Juge unique méconnaît le principe du contradictoire n'est pas exagéré.

2° En ce qui concerne la répudiation par le Juge unique du principe du contradictoire

27. Toute procédure pénale soucieuse de respecter les droits de la société perturbée par des faits infractionnels et ceux de l'individu suspecté d'avoir perpétré les actes répréhensibles donne la possibilité à chaque partie engagée dans le jeu judiciaire de présenter ses moyens de fait et de droit.

28. Emboîtant le pas au Procureur qui, déjà à l'insu des suspects, a fait diligenter des enquêtes contre eux, le Juge unique, à son tour, ne se soucie pas de les voir s'expliquer sur les faits qui leur sont imputés. La preuve la plus tangible de ce refus du Juge unique est le rejet²⁴ sans autre forme de procès de la « Requête aux fins d'audition de témoins de la Défense à l'audience de confirmation des charges » initiée par la Défense Kilolo.²⁵ Ce rejet est la méconnaissance d'un des droits consacrés à l'article 67(1)(e) du Statut. Le Juge unique était pourtant soucieux, à la conférence de mise en état du 4 décembre 2014, de vouloir respecter ce droit lorsqu'il s'est adressé à toutes les parties en ces termes :

« Donc, comme je l'ai dit lors de la comparution initiale il y a quelques jours, je demande aux parties et aux participants dans le cadre de cette conférence de mise en état –donc, les parties étant le Greffe, les parties...l'Accusation, les équipes de la Défense et les victimes – donc, je leur demande à toutes –ces parties- de nous donner un ordre d'idée quant à... au volume de documents dont l'Accusation va avoir besoin pour la confirmation des charges. Donc, j'aimerais surtout savoir plus particulièrement s'il va y avoir des témoins ou si nous allons... si on va avoir des témoins soit *viva voce*, soit des témoins par... qui vont témoigner par écrit. J'aimerais aussi savoir quelles sont les expurgations qui, d'après vous, seront nécessaires. Et j'aimerais aussi que l'Accusation nous dise s'ils ont l'intention d'utiliser des documents ou des éléments qui seront sous scellés, donc qui seront confidentiels. Et je demande bien sûr la même chose aux équipes de la Défense, dans la mesure du possible, étant donné que nous en sommes encore à une... à une étape prématurée²⁶. »

²⁴ ICC-01/05-01/13-363, 25-04-2014.

²⁵ ICC-01/05-01/13-339, 15-04-2014 ;

²⁶ ICC-01/05-01/13-T-2-Red-FRA, 04-12-2013, page 1, lignes 21 à 28 et page 2, lignes 1 à 8.

29. Pour la Défense, le rejet de cette écriture de la Défense Kilolo qui, à coup sûr, devrait profiter à monsieur Babala accusé à tort de falsification de preuves et de subornation de témoins est la preuve d'un préjugé sur l'issue de l'audience de confirmation des charges. Elle est la manifestation d'un parti-pris indiscutable de la part du Juge unique déterminé à servir la cause du Procureur.
30. Le fait, à ce stade de la procédure, de qualifier « d'objectifs » les éléments de preuve soumis par le Procureur en vue de l'obtention du mandat d'arrêt et de prendre davantage appui sur ceux-ci pour le maintien en détention préventive des suspects alors même que ces éléments ont échappé à tout débat contradictoire du reste repoussé avec force par le Juge unique montre avec clarté le parti pris conscient par lui affiché et qui fera que, le moment venu, il confirmera les charges sans égard aux arguments de fait et de droit des équipes de défense. Ce n'est pas un procès d'intention, mais une lecture raisonnable d'une tendance qui se dessine inexorablement.
31. Pour preuve, il n'y a qu'à lire le Juge unique : « Nous sommes convaincu, écrit-il, que ces éléments objectifs recueillis par le Procureur et par le conseil indépendant constituent autant de « preuves tangibles » étayant notre évaluation quant à la persistance du risque qu'il soit fait obstacle à la procédure ou que le déroulement de celle-ci soit compromis, tant en l'espèce que dans l'affaire principale. »²⁷ Dans ces circonstances, a-t-il également écrit dans un précédent paragraphe, « nous restons tout à fait convaincu que les informations et les pièces fournies à la Chambre respectivement par le Procureur lors du dépôt de la requête présentée en vertu de l'article 58 du Statut et par le conseil indépendant, qui ont toutes été évaluées de nouveau dans le contexte de la Demande de mise en liberté provisoire de Fidèle Babala Wandu, conduisent toujours à conclure qu'il y a des motifs raisonnables de croire que ce dernier a commis les crimes allégués par le Procureur, et, par conséquent, que les conditions énoncées à l'article 58-1-a du Statut continuent d'être réalisées ». ²⁸ La Défense a le droit de s'inquiéter, sur la suite de la procédure devant le même Juge qui profère des propos qui ne sont guère rassurants quant à ce qu'il pense déjà des suspects alors même qu'il ne décide pas lui-même de les entendre pour les besoins de la confirmation des charges et d'autoriser l'audition des témoins qui lui sont proposés. Pareille attitude est révélatrice d'un mépris du droit.

²⁷ ICC-01/05-01/13-258-tFRA, page 14, paragraphe 26.

²⁸ ICC-01/05-01/13-258-tFRA, page 9, paragraphe 13.

3° En ce qui concerne le mépris du Juge unique d'appliquer le droit

32. L'article 40 (1) du Statut porte que « Les juges exercent leurs fonctions en toute indépendance. »
33. Eu égard à ce qui précède, la Défense ne se méprend nullement lorsqu'elle allègue que le Juge unique se fait l'allié du Procureur dans l'examen de la présente affaire. En qualifiant « d'objectifs » les éléments recueillis par le Procureur et par le conseil indépendant », le Juge unique viole la règle de l'impartialité subjective. Il annonce déjà aux parties ce qu'il pense de l'issue de la présente affaire alors même que toutes les autres parties, en l'occurrence les équipes de défense, n'ont pas encore présenté leur cause.
34. Ainsi que l'écrit Georges de Leval : « (...) L'impartialité est un état d'esprit de celui qui est guidé par le souci de la justice en se référant au droit ; elle implique que le juge soit sans opinion préconçue, sans parti-pris (la partialité met en cause l'honnêteté intellectuelle du juge) et sans préjugé (la crainte du préjugé ne met pas l'honnêteté en doute mais exprime²⁹ une méfiance qui concerne avant tout le respect des droits de la défense (...)). Et comme le rappellent fort heureusement Françoise Tulkens et Henri Bosly, est condamné, avec cette notion d'impartialité subjective dégagée par la Cour européenne des droits de l'homme, « ce que tel juge pensait à un moment précis »³⁰ au sujet du justiciable. Koering-Joulin abonde également dans ce sens.³¹
35. L'article 6 (1) de la Convention européenne des Droits de l'Homme stipule que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial³². Il est d'une

²⁹ LEVAL, G., *Institutions judiciaires. Introduction au droit judiciaire privé*, Liège, édition collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1992, pp. 32-33.

³⁰ TULKENS, F. et BOSLY, H._D., « La notion européenne de tribunal indépendant et impartial. La situation en Belgique », *Revue de science criminelle*, 4, 1990, pp. 682-690.

³¹ KOERING-JOULIN, R., « La notion européenne de « tribunal indépendant et impartial » au sens de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », in *Revue de science criminelle*, 4, 1990, pp. 765-774.

³² Article 6 (1) CEDH: « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. ... »

importance fondamentale que les cours inspirent confiance tant au public, qu'à l'accusé³³.

36. Il y a deux aspects à l'impartialité judiciaire : la Cour doit être sans préjugés du point de vue subjectif, mais elle doit aussi être impartiale du point de vue objectif, dans le sens qu'elle doit offrir des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime dans ce respect³⁴.

37. En ce qui concerne le test objectif, il doit être déterminé si, à part le comportement du juge, il y a des faits susceptibles d'augmenter des doutes sur l'impartialité du juge. Par rapport à cela, même l'apparence peut être importante, car ce qui est en jeu est la confiance que la cour doit inspirer au public³⁵ - comme dit l'expression anglaise « *justice must not only be done : it must be seen to be done* »³⁶.

38. Dans la jurisprudence des tribunaux *ad hoc*, le droit fondamental de l'homme, d'un accusé d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial est reconnu de façon générale comme partie intégrante du droit à un procès équitable. C'est pour cette raison que l'Article 13 (1) du Statut de l'ICTY prescrit que les juges seront des « *persons of high moral character, impartiality and integrity* ». Ce droit fondamental est aussi présent de façon similaire dans l'Article 21 concernant les droits de l'accusé, plus précisément son droit à un procès équitable.³⁷

39. Comme règle générale, il est considéré que les cours trouveront qu'un juge « *might not bring an impartial and unprejudiced mind* » dans un procès s'il y a preuve de sa partialité ou preuve d'une apparence de partialité³⁸.

³³*Kyprianou c. Chypre* [GC], no. 73797/01, 15 décembre 2005, para.118; *Gregory c. les États-Unis*, no. 22299/93, 25 février 1997, para.43; *Padovani c. l'Italie*, no.13396/87, 26 février 1993, para.27;

³⁴*Whitfield et al c. le Royaume Unie*, nos. 46387/99, 48906/99, 57410/00, 57419/00, 12 avril 2005, para.43; *Le Compte, Van Leuven and De Meyere c. Belgique*, nos. 6878/75, 7238/75, 23 juin 1984, para.78; *Campbell et Fell c. le Royaume Unie*, nos. 7819/77, 7878/77, 28 juin 1984, para.78; *Grievés c. le Royaume Unie* [GC], no.57067/00, 16 décembre 2003, para.69;

³⁵*Kyprianou c. Chypre* [GC], no. 73797/01, 15 décembre 2005, para.118; *Morel c. France*, no. 34130/96, 6 juin 2000, para.42; *Ferrantelli et Santangelo c. l'Italie*, no.19874/92, 7 août 1996, para.58; *Fey c. l'Autriche*, no.14396/88, 28 février 1993, para.30;

³⁶*Micallef c. Malte* [GC], no. 17056/06, 15 octobre 2009, para.98, faisant référence à *De Cubber c. Belgique*, no. 9186/80, 26 octobre 1984, para.26 ;

³⁷*Galic*, Judgement, Case No. IT-98-29-A, Chambre d'Appel, 30 novembre 2006, para. 37; *Furundzija*, Judgement, Case. No. IT-95-17/1-A, Chambre d'Appel, 21 juillet 2000, para.177.

³⁸*Furundzija*, Judgement, Case No. IT-95-17-1-A, Chambre d'Appel, 21 juillet 2000, para.179;

40. Un juge ne devrait pas seulement être subjectivement libre de préjugés, il ne devrait y avoir rien dans les circonstances qui donne objectivement lieu à une apparence de partialité³⁹.
41. L'impartialité a été définie comme un attribut personnel qui implique le manque de partialité et de parti pris ; il concerne la conduite et l'état d'esprit à attendre des juges dans une affaire⁴⁰.
42. Il a été souligné que la loi sur l'impartialité judiciaire établit clairement que « *a reasonable apprehension of bias* » est suffisant pour la récusation. Il suit que si la Chambre trouve « *some indicia of bias* », la conclusion logique et raisonnable et que le juge en question devrait être récusé.⁴¹
43. L'exigence de l'impartialité n'interdit pas seulement la partialité ou préjugé réel, mais aussi l'apparence de partialité. Il suit que là où les circonstances donnent lieu aux soupçons raisonnables ou légitimes de partialité, il peut y avoir une base pour la récusation, même si en fait, il n'y a pas une partialité réelle⁴².
44. Même s'il n'y a pas de suggestion de partialité réelle, si les apparences donnent lieu aux doutes sur l'impartialité, cela seul peut constituer un danger inadmissible à la confiance que doit inspirer un tribunal. La justice ne doit pas seulement être rendue, mais aussi doit manifestement et indubitablement être vue comme étant rendue⁴³.
45. Il n'est pas nécessaire d'établir une erreur de droit de la part du juge pour conclure une apparence de partialité de sa part: ce qui doit être prouvé est que les décisions sont ou pourront de façon raisonnable être conçues comme attribuables à une prédisposition

³⁹*Hadzihasanovic and Kubura*, Judgement, Case No. IT-01-47-A, Chambre d'Appel, 22 avril 2008, para.78; *Nahimana et al.*, Judgement, Case No. ICTR-99-52-A, Chambre d'Appel, 28 novembre 2007, para.49 ; *Galic*, Judgement, Case No. IT-98-29-A, Chambre d'Appel, 30 novembre 2006, para.40 ; *Akayesu*, Judgement, Case No. ICTR-96-4-A, Chambre d'Appel, 1 juin 2001, para.203 ; *Furundzija*, Judgement, Case No. IT-95-17/1-A, Chambre d'Appel, 21 juillet 2001, paras. 189 – 190.

⁴⁰*Nahimana et al.*, Judgement, Case No. ICTR-99-52-A, Chambre d'Appel, 28 novembre 2007, para.19.

⁴¹*Sesay et al.*, Decision on Sesay, Kallon and Gbao Appeal against Decision on Sesay and Gbao Motion for Voluntary Withdrawal or Disqualification of Hon. Justice Bankole Thompson from the RUF Case, Case No. SCSL-04-15-T, 24 janvier 2008, para. 13.

⁴²*Kordic and Cerkez*, Decision of the Bureau on Participation of Judges Jorda and Riad in the Hearing in the Case *Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Case No. IT-95-14/2-PT, the Bureau, 4 mai 1998, p.2.

⁴³*Karemera et al.*, Decision on Severance of André Rwamakuba and Amendments of the Indictment, Case No. ICTR-98-44-PT, Trial Chamber, 7 décembre 2004, para.20.

contre le requérant, et non pas liées vraiment à l'application de la loi (sur laquelle il peut y avoir plus d'une interprétation) ou de l'évaluation des faits.⁴⁴

46. Même si l'avis de l'accusé est une considération pertinente, la question décisive est de savoir si la perception du manque d'impartialité est justifiée de façon objective. Le test comporte deux parties : premièrement, la personne qui évalue l'apparente partialité doit être raisonnable, et l'apparence en soi doit être raisonnable dans les circonstances de l'affaire.⁴⁵ Donc, seulement une impression ou soupçon de partialité par l'accusé ne serait pas suffisant : ce qu'il faut prouver est qu'il y a une crainte de partialité objectivement justifiée, en connaissance de toute circonstance pertinente.⁴⁶ Il est donc soumis à la Chambre que, pour les raisons évoquées, il serait évident pour une personne raisonnable, informée des circonstances, qu'il y a une apparence de partialité.

47. La Défense n'attend rien du Juge unique pour qui les éléments présentés par le Procureur sont déjà objectifs alors même que ce Juge n'a pas encore examiné de façon critique lesdits éléments de manière à dégager très clairement, comme il le prétend dans la décision de maintien en détention préventive, les instructions de Jean-Pierre Bemba au requérant ; à identifier clairement les prétendus témoins appelés par le requérant et le contenu exact des instructions qu'il leur aurait données pour mentir dans l'affaire principale etc. »⁴⁷ Au paragraphe 6 de Sa Décision de maintien en détention préventive de Fidèle Babala Wandu⁴⁸, le Juge unique exprime de façon non dubitative sa conviction sur ces faits lui imputés sans pourtant y exercer la moindre analyse critique.

48. L'Association internationale de droit pénal a ainsi recommandé que la protection des droits de l'homme soit garantie à toutes les phases du procès pénal.⁴⁹

⁴⁴*Nuon et al.*, Decision on Khieu Samphan's Application to Disqualify Co-Investigating Judge Marcel Lemonde, Case No. 002-ECC, Chambre préliminaire, 14 décembre 2009, para.34, faisant référence à *Ntahobali*, Decision on Motion for Disqualification of Judges, Case No. ICTR-97-21-T, the Bureau, 7 mars 2006, para.12 ; *Seromba*, Decision on Motion for Disqualification of Judges, Case No. ICTR-2001-66-T, the Bureau, 25 avril 2006, para.12; *Karempera et al.*, Decision on Motion by Karempera for Disqualification of Judges, Case No. ICTR-98-44-PT, the Bureau, 17 mai 2004, para.13.

⁴⁵*Seromba*, Decision on Motion for Disqualification of Judges, Case No. ICTR-2001-66-T, the Bureau, 25 avril, 2006, para.9.

⁴⁶*Seromba*, Decision on Motion for Disqualification of Judges, Case No. ICTR-2001-66-T, the Bureau, 25 avril, 2006, para.9.

⁴⁷ ICC-01/05-08/13-258, page 7 paragraphe 6.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ Association internationale de droit pénal « Recommandation de Tolède pour une procédure pénale équitable », R.I.D.P., 1993, p. 911-915 spécialement, p. 911 cité par FRANKLIN KUTY, *Justice pénale et procès équitable*, Volume 1, Larcier, Bruxelles, 2006, pp. 55-56 n° 82.

49. La Cour européenne des droits de l'homme a considéré que « les garanties de l'Article 6 s'appliquent à l'ensemble de la procédure, y compris aux phases de l'information préliminaire et de l'instruction judiciaire. »⁵⁰
50. La Commission européenne des droits de l'homme a également déjà prescrit que « [d]ès qu'une enquête pénale ou, du moins, une enquête susceptible de déboucher sur une procédure pénale est diligentée, la personne qui en fait l'objet a droit au respect des principes fondamentaux régissant le déroulement équitable du procès pénal.⁵¹ »
51. L'indépendance, note la doctrine, est une garantie de l'impartialité du siège⁵². Une bonne administration de la justice, ajoute-t-elle, suppose également la sérénité des débats ainsi que la minutie des enquêtes.⁵³ La Cour européenne des droits de l'homme considère une procédure comme équitable lorsque la juridiction s'est prononcée à l'issue d'une procédure contradictoire au cours de laquelle les différents moyens de preuve ont été débattus, que le prévenu a pu contester les moyens développés par la partie poursuivante, qu'il a eu l'occasion de faire valoir toutes les observations et arguments qu'il a estimés nécessaires, que la juridiction a apprécié la crédibilité des différents moyens de preuve présentés au regard à l'ensemble des circonstances de l'affaire et qu'il a dûment motivé sa décision à cet égard. »⁵⁴ Le caractère équitable du procès suppose la légalité de la procédure.⁵⁵
52. *In specie*, la procédure mise en branle par le Juge unique est tout sauf équitable. Démarrée en catimini avec un personnage, le conseil indépendant, qui n'émerge d'aucunes structures matérielles et humaines de la Cour pénale internationale, elle s'est raffermie par une illégalité de haute voltige par le recueil d'éléments de preuve au mépris des immunités qui couvraient le travail de deux avocats dans l'affaire principale. Au train où vont les choses, la Défense ne se trompe pas de dire que tous les conseils exerçant leur ministère à la CPI sont continuellement épiés, quitte, le moment venu, pour le Procureur de faire le tri entre ce qui relève de l'article 70 du Statut et qui, à bien l'entendre, ne requiert aucune levée préalable de l'immunité des avocats et ce qui ne

⁵⁰ CEDH, Arrêt Dumoulin c. Belgique du 15 juillet 2002 rendu à l'unanimité, in FRANKLIN KUTY, *idem*, pp 91, paragraphes 39-40.

⁵¹ COMMISSION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME, Rapport Funke c. France du 8 octobre 1991, paragraphe 61 cité par FRANKLIN KUTY, *ibidem*.

⁵² FRANKLIN KUTY, *op. cit.*, p. 197, n°286.

⁵³ *Ibidem*, p. 264 n° 383.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 264-265 n°383.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 265 n° 384.

l'est pas. Dans ces conditions, la Défense évolue en pleine insécurité professionnelle qui est incompatible au droit au secret professionnel et, *in fine*, avec la protection des droits des accusés.

53. Le principe de l'égalité des armes entre le procureur et la défense fait partie du concept de procès équitable⁵⁶, qui inclut aussi le droit fondamental selon lequel la procédure pénale devrait être contradictoire⁵⁷. Il demande un juste équilibre entre les parties : à chacune doit être accordée une opportunité raisonnable de présenter son cas dans des conditions qui ne les placent pas dans une situation désavantageuse vis-à-vis de l'autre partie⁵⁸. Dans ce contexte, importance est donnée tant à l'apparence, qu'à la sensibilité accrue de la bonne administration de la justice⁵⁹.
54. Devant les Tribunaux *ad hoc*, il a été jugé que le droit à un procès équitable implique l'égalité d'armes entre le procureur et la défense⁶⁰.
55. Au minimum, l'égalité d'armes oblige toute instance judiciaire à veiller qu'aucune partie ne soit désavantagée par rapport à l'autre en présentant sa cause, évidemment en termes d'égalité procédurale⁶¹.

⁵⁶*Edwards et Lewis c. le Royaume Unie*, nos. 39647/98, 40461/98, 22 juillet 2003, para.52; *Dowsett c. le Royaume Unie*, no.28901/95, 16 février 2000, para.60; *Jasper c. le Royaume Unie* [GC], no. 27052/95, 16 février 2000, para. 51; *Borgers c. Belgique*, no. 12005/86, 30 octobre 1991, para.24; *Ekbatani c. Suede*, no. 10563/83, 26 mai 1988, para.30.

⁵⁷*Brandsetter c. Autriche*, nos. 11170/84, 12876/87, 13468/87, 28 août 1991, para. 66; *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*, nos. 10588/83, 10589/83 et 10590/83, 6 décembre 1988, para.78; *Monnell et Morris c. le Royaume Unie*, nos. 9562/81, 9818/82, 2 mars 1987, para.62; *Delcourt c. Belgique*, no. 2689/65, 17 janvier 1970, para.28.

⁵⁸*Gorraiz Lizarraga et al. c. Espagne*, no. 62543/00, 27 avril 2004, para.56; *Kress c. France* [GC], no. 39594/98, 7 juin 2001, para.72; *Niderost-Huber c. Suisse*, no. 18990/91, 18 février 1997, para.23; *Ankerl c. Suisse*, no. 17748/91, 23 octobre 1996, para.38.

⁵⁹*Ocalan c. Turquie* [GC], no.46221/99, 12 mai 2005, para.140; *Lanz c. Autriche*, no. 24430/94, 31 janvier 2002, para.57; *G.B. c. France*, no. 44069/98, 2 octobre 2001, para.58; *Coeme et al. c Belgique*, nos. 32492/96, 32547/96; 32548/96, 33209/96, 33210/96, 22 juin 200, para.102; *Niderost-Huber c. Suisse*, no. 18990/91, 18 février 1997, para.23; *Ankerl c. Suisse*, no. 17748/91, 23 octobre 1996, para.38; *Bulut c. Autriche*, no. 17358/90, 22 février 1996, para. 47; *Dombo Beheer B.V. c. Les Pays Bas*, no. 14448/88, 27 octobre 1993, para.33.

⁶⁰*Kordic and Cerkez*, Decision on the Application by Mario Cerkez for Extension of Time to File his Respondent's Brief, Case No. IT-95-14-2-A, Chambred'Appel, 11 septembre 2001, para.5; *Kayishema et Ruzindana*, Judgement (Reasons), Case No. ICTR-95-1-A, Chambre d'Appel, 1 juin 2001, para.67; *Tadic* (Judgement), Case No. IT-94-1-A, Chambre d'Appel, 15 juillet 1999, para.48.

⁶¹*Kalimanzira*, Judgement, Case No. ICTR-05-88-A, Chambre d'Appel, 20 octobre 2010, para.34; *Nahimana et al.*, Judgement, Case No. ICTR-99-52-A, Chambre d'Appel, 28 novembre 2007, para.173; *Tadic*, Judgement, Case No. IT-94-1-A, Chambre d'Appel, 15 juillet 1999, paras. 48, 50.

56. Le refus, pour le Juge unique, de prendre une distance critique vis-à-vis du Procureur dont il accepte presque toutes les requêtes fait naître un doute et une crainte légitimes sur son impartialité objective également.

(b) Violation de l'impartialité objective

57. Le juge unique, avant de recevoir la requête du Procureur sollicitant le mandat d'arrêt, s'est comporté en véritable enquêteur. Il s'est greffé au Bureau du Procureur pour participer aux enquêtes. Il a désigné illégalement le conseil indépendant dont il a surveillé minutieusement l'évolution des travaux au cours des audiences *ex parte*⁶². Dans ces conditions, le juge unique est devenu un organe d'enquête, d'instruction. Ce rôle est par conséquent inconciliable avec celui de juge qui doit demeurer indépendant pour pouvoir juger en toute équité et impartialité. Or, le juge unique a été tour à tour organe d'instruction et de jugement.

III. DEMANDE DE LA DEFENSE

La Défense sollicite, pour toutes les raisons sus énoncées, de la Présidence la récusation du Juge unique sur pied de l'article 41(2)(a) du Statut.

ET CE SERA JUSTICE.

LE TOUT RESPECTUEUSEMENT SOUMIS.

Maître Jean-Pierre Kilenda Kakengi Basila
Conseil de M. Fidèle BABALA WANDU



⁶² ICC-01/05-52-Conf-Exp, Decision on the Prosecutor's « Request for judicial order to obtain evidence for investigations under Article 70 », 29 juillet 2013 ; ICC-01/05-T4-CONF-EXP-FR ET; ICC-01/05-44-Conf-Exp, Requête du Procureur ; ICC-01/05-46-Conf-Exp, Décision du Juge unique; ICC-01/05-51-Conf-Exp, requête du Procureur.

Fait à Denderleeuw (Flandre Orientale-Belgique), le 07 mai 2014