



Original : **anglais**

N° : ICC-01/09-02/11

Date : 15 mars 2011

LA CHAMBRE PRÉLIMINAIRE II

Composée comme suit : **Mme la juge Ekaterina Trendafilova, juge président**
M. le juge Hans-Peter Kaul
M. le juge Cuno Tarfusser

SITUATION EN RÉPUBLIQUE DU KENYA

AFFAIRE

***LE PROCUREUR c. FRANCIS KIRIMI MUTHAURA,
UHURU MUIGAI KENYATTA ET MOHAMMED HUSSEIN ALI***

Public

**Opinion dissidente du juge Hans-Peter Kaul concernant la Décision relative
à la requête du Procureur aux fins de délivrance de citations à comparaître
à Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta et Mohammed
Hussein Ali rendue par la Chambre préliminaire II**

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

Le Bureau du Procureur

M. Luis Moreno-Ocampo, Procureur
Mme Fatou Bensouda, procureur adjoint

La Défense

Francis Kirimi Muthaura
Uhuru Muigai Kenyatta
Mohammed Hussein Ali

Les représentants légaux des victimes

Les représentants légaux des demandeurs

Les victimes non représentées

**Les demandeurs non représentés
(participation/réparations)**

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 et le greffier adjoint

Mme Silvana Arbia, Greffier
M. Didier Preira, greffier adjoint

La Section d'appui à la Défense

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. Introduction et principales conclusions

1. Le 8 mars 2011, ayant examiné la requête déposée par le Procureur en vertu de l'article 58 concernant Francis Kirimi Muthaura (« Francis Muthaura »), Uhuru Muigai Kenyatta (« Uhuru Kenyatta ») et Mohammed Hussein Ali (« Mohammed Ali ») (« la Requête »)¹ ainsi que les éléments de preuve et autres renseignements fournis, la majorité des juges de la Chambre préliminaire II (respectivement « la majorité » et « la Chambre ») a délivré des citations à comparaître aux trois intéressés afin qu'ils se présentent devant la Cour en application de l'article 58-7 du Statut de Rome (« le Statut »)². La majorité est convaincue qu'il y a des motifs raisonnables de croire que ces trois suspects sont pénalement responsables de crimes contre l'humanité ayant pris la forme de meurtres, de transferts forcés de population, de viols, d'actes de persécution et d'autres actes inhumains au sens des articles 7-1-a, 7-1-d, 7-1-g, 7-1-h et 7-1-k du Statut, commis en application de la politique d'une organisation, du 24 janvier 2008 ou vers cette date jusqu'au 31 janvier 2008, dans les villes de Nakuru (district de Nakuru, province de la vallée du Rift) et Naivasha (district de Naivasha, province de la vallée du Rift), en République du Kenya.

2. Je ne saurais souscrire à la décision de la majorité, ni à l'analyse qui la sous-tend. Je continue de croire que la situation en République du Kenya — et la présente espèce — ne relève pas de la compétence *ratione materiae* de la Cour pénale internationale (« la CPI » ou « la Cour »). Je ne suis pas convaincu qu'il y ait des motifs raisonnables de croire que les crimes allégués, qui se sont produits au cours des violences survenues du 24 janvier 2008, ou vers cette date, jusqu'au 31 janvier 2008 dans les villes de Nakuru et Naivasha, ont été commis en application de la politique d'une *organisation* au sens de l'article 7-2-a du Statut. Partant, je ne suis pas convaincu qu'ils constituent des crimes contre l'humanité tels que visés à l'article 7 du Statut.

¹ ICC-01/09-31-Red ; ICC-01/09-31-Conf-Exp et annexes.

² Chambre préliminaire II, Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance de citations à comparaître à Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta et Mohammed Hussein Ali, ICC-01/09-02/11-1-tFRA.

3. Je dois avouer que c'est à contrecœur que j'adopte cette position. Je suis tout à fait sensible aux crimes et atrocités décrits dans la Requête. Je comprends et partage les espoirs et les attentes des victimes des crimes commis à différents endroits dont la ville de Kisumu (district de Kisumu, province du Nyanza), Kibera (division de Kibera, province de Nairobi), la ville de Nakuru (district de Nakuru, province de la vallée du Rift) et la ville de Naivasha (district de Naivasha, province de la vallée du Rift). Je sais que les victimes attendent que les personnes responsables de ces crimes soient traduites en justice. J'ai aussi douloureusement conscience qu'en République du Kenya, nombreux sont ceux qui actuellement espèrent et soutiennent l'intervention de la Cour dans ce pays, parce qu'ils n'ont pas confiance en leur propre système de justice pénale.

4. Dans ces circonstances, je demande une nouvelle fois à tous ceux qui, en République du Kenya, aspirent à la justice et soutiennent l'intervention de la CPI relativement aux crimes allégués dans la Requête de comprendre et d'accepter ceci :

[I]l existe essentiellement, en droit et dans les différents systèmes de justice pénale du monde, deux catégories de crimes qui sont très importantes en l'occurrence. Il y a d'une part les crimes internationaux qui touchent l'ensemble de la communauté internationale, en particulier le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre tels que décrits aux articles 6, 7 et 8 du Statut. Et il y a d'autre part les crimes de droit commun qui, même s'ils sont graves, font l'objet de poursuites devant les juridictions pénales nationales, comme celles de la République du Kenya.

[...]

[U]ne ligne de démarcation doit être tracée entre les crimes internationaux et les violations des droits de l'homme ; entre les crimes internationaux et les crimes de droit commun ; entre les crimes relevant de la compétence internationale et ceux tombant sous le coup des législations pénales nationales³.

5. Il ne fait donc aucun doute pour moi que les crimes imputés à Francis Muthaura, Uhuru Kenyatta et Mohammed Ali dans la Requête relèvent de la compétence des

³ Opinion dissidente du juge Hans-Peter Kaul concernant la Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome, ICC-01/09-19-Corr-tFRA, par. 8 et 65.

autorités judiciaires kényanes, auxquelles il revient d'enquêter et d'engager des poursuites en vertu de leur droit pénal national.

6. C'est sur ce seul point, essentiellement, que je dois me dissocier de la décision de la majorité. Je suis profondément convaincu que la présente espèce ne relève pas de la compétence *ratione materiae* de la Cour en ce que les crimes allégués ne sont pas constitutifs de crimes contre l'humanité au sens de l'article 7 du Statut, ce qui m'empêche, du moins en principe, de me prononcer sur la question de savoir s'il existe des motifs raisonnables de croire, comme l'exige l'article 58-7 du Statut, 1) que les trois suspects sont pénalement responsables de crimes contre l'humanité ayant pris la forme de meurtres, de transferts forcés de population, de viols, d'actes de persécution et d'autres actes inhumains, et 2) que des citations à comparaître suffisent à garantir qu'ils se présenteront devant la Cour.

7. Je souhaite néanmoins préciser ce qui suit et le porter à l'attention de toutes les personnes concernées en République du Kenya : je ne conteste pas dans la présente opinion dissidente que des crimes abjects, tels que décrits dans la Requête, ont été commis. Mon désaccord porte plutôt sur la question fondamentale de savoir si les crimes allégués en l'espèce constituent des crimes contre l'humanité au sens de *l'article 7 du Statut*. Je répète que ces infractions sont de graves crimes de droit commun, qui doivent faire l'objet d'enquêtes et de poursuites menées par les autorités compétentes de la République du Kenya en vertu du droit pénal kényan. C'est donc à la République du Kenya qu'il incombe d'engager véritablement, et sans tarder, des poursuites pénales afin de traduire en justice les principaux coupables, cerveaux et exécutants des crimes commis lors des violences de 2007-2008.

8. J'exposerai ci-après ma lecture du droit applicable et mon analyse des éléments de preuve relatifs à l'existence de la « politique d'une organisation », élément contextuel requis à l'article 7-2-a du Statut.

II. Le droit applicable et son interprétation

9. Le chapeau de l'article 7-1 du Statut se lit comme suit :

Aux fins du présent Statut, on entend par crime contre l'humanité l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque [...].

10. L'article 7-2-a du Statut est ainsi libellé :

Par « attaque lancée contre une population civile », on entend le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque [...].

11. Dans mon opinion dissidente jointe à la décision de la majorité du 31 mars 2010 autorisant l'ouverture d'une enquête sur la situation en République du Kenya à l'initiative du Procureur⁴, j'ai exposé en détail ma lecture du droit applicable, en particulier, aux éléments contextuels des crimes contre l'humanité requis à l'article 7-2-a du Statut.

12. Aux fins de la présente opinion dissidente, je rappelle brièvement que les crimes dont le Procureur allègue qu'ils s'inscrivent dans le cadre d'une attaque lancée contre une population civile quelconque doivent, aux termes de l'article 7-2-a du Statut, avoir été commis en application de la politique d'une « organisation ». Dans ma précédente opinion dissidente, j'ai exposé mon interprétation de cette condition comme suit :

51. De mon point de vue, la juxtaposition des notions d'« État » et d'« organisation » à l'intérieur de l'article 7-2-a du Statut indique que même si la présence d'éléments constitutifs d'un État n'a pas à être établie, les « organisations » en question devraient posséder certaines des caractéristiques d'un État, faisant, en définitive, d'une « organisation » privée une entité susceptible d'agir comme un État ou possédant des capacités quasi-étatiques. Ces caractéristiques pourraient être les suivantes : a) une collectivité de personnes ; b) qui a été établie et agit dans un but commun ; c) pendant une période prolongée ; d) disposant d'un commandement responsable ou ayant adopté une certaine forme de structure hiérarchique, notamment, et au moins, un niveau décisionnaire ; e) ayant la capacité d'imposer sa politique à ses membres et de les

⁴ Chambre préliminaire II, Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome, ICC-01/09-19-Corr-tFRA.

sanctionner ; et f) ayant la capacité et les moyens d'attaquer toute population civile sur une grande échelle.

52. Je pense quant à moi que les acteurs non étatiques qui ne présentent pas les caractéristiques décrites ci-dessus, tels que les organisations criminelles, les éléments incontrôlés, les groupes de civils (armés) ou les gangs criminels, ne sont pas à même de mettre en œuvre une politique de cette nature. Ils sortent en général du champ d'application de l'article 7-2-a du Statut. Pour citer un exemple concret, les groupes de personnes à tendance violente constitués à la faveur des circonstances, au hasard, de manière spontanée ou ponctuelle, d'une composition fluctuante et dépourvus de la structure et de la hiérarchie nécessaires pour mettre en place une politique n'entrent pas dans le cadre du Statut, même s'ils se livrent à de nombreuses formes de criminalité grave et organisée. Il faut d'autres éléments pour qu'une entité privée atteigne le niveau d'une « organisation » au sens de l'article 7 du Statut. Car ce ne sont pas la cruauté ou les persécutions massives qui font d'un crime un crime de droit international (*delictum juris gentium*) mais les éléments constitutifs s'attachant au contexte dans lequel cet acte s'inscrit.

53. À cet égard, l'argument général selon lequel tout acteur non étatique quel qu'il soit peut constituer une « organisation » au sens de l'article 7-2-a du Statut dès lors que celui-ci « a la capacité d'accomplir des actes qui violent les valeurs humaines fondamentales », sans autre précision, ne me semble pas convaincant. En réalité, cette conception des choses pourrait conduire à étendre la qualification de crimes contre l'humanité à toute violation des droits de l'homme. Je suis convaincu qu'une distinction doit être maintenue entre, d'une part, les violations des droits de l'homme et, d'autre part, les crimes internationaux, ces derniers formant le noyau des pires violations des droits de l'homme et constituant les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale⁵.

13. C'est au regard de cette norme que j'ai procédé à un examen au fond, complet et véritable, de la Requête et des éléments de preuve présentés. Dans ce cadre, sur la base de l'article 58-7 du Statut, lu en conjonction avec l'article 21-3, j'ai analysé les faits décrits dans la Requête ainsi que les éléments de preuve et autres pièces au regard de la norme peu exigeante des « motifs raisonnables de croire ».

14. À l'appui de la Requête, le Procureur a présenté, dans une large mesure, les mêmes rapports publics d'organisations non gouvernementales et de commissions que le 26 novembre 2009 lorsqu'il avait demandé à la Chambre l'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya en vertu

⁵ Opinion dissidente du juge Hans-Peter Kaul, Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome, ICC-01/09-19-Corr-tFRA [notes de bas de page non reproduites].

de l'article 15 du Statut⁶. En outre, le Procureur a produit un tableau reprenant la structure et le texte de la Requête, qui ne contenait que des extraits ou des séries de phrases choisis par lui dans des documents tels que des déclarations de témoin, des rapports et des articles de presse. Le 23 février 2011, en exécution d'une décision rendue par la Chambre⁷, le Procureur a fourni à celle-ci les enregistrements audio ou les déclarations écrites des témoins sur lesquels il se fondait dans la Requête. Il lui a également présenté des pièces connexes supplémentaires⁸.

15. Le Procureur a présenté une version confidentielle *ex parte* de sa Requête, ainsi qu'une version publique expurgée ; dans cette dernière, il a supprimé tous les arguments exposés dans la partie C, intitulée « [TRADUCTION] Norme d'administration de la preuve », ainsi que dans la partie G, intitulée « [TRADUCTION] Résumé, présenté en application de l'article 58-2-d du Statut, des éléments de preuve et autres renseignements donnant des motifs raisonnables de croire que Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta et Mohammed Hussein Ali ont commis des crimes relevant de la compétence de la Cour ». Conscient de la nécessité d'un raisonnement dûment fondé et ayant à l'esprit le principe de publicité des débats, je renvoie parfois à ces parties du document. Toutefois, j'ai pris grand soin de ne révéler aucune information permettant d'identifier des témoins ou toute autre personne susceptible de courir un risque du fait des activités de la Cour.

⁶ ICC-01/09-3 et annexes. Au nombre des pièces présentées en l'espèce figurent plusieurs rapports : Commission d'enquête sur les violences postélectorales, *Final Report* (« le Rapport de la CIPEV »), 16 octobre 2008, ICC-01/09-30-Conf-Exp-Anx3 ; Commission kényane des droits de l'homme (KNCHR), *On the Brink of the Precipice: a Human Rights Account of Kenya's Post-2007 Election Violence. Final Report* (« le Rapport de la KNCHR »), 15 août 2008, ICC-01/09-30-Conf-Exp-Anx5 ; Human Rights Watch (HRW), *Ballots to Bullets. Organized Political Violence and Kenya's Crisis of Governance* (« le Rapport de HRW »), mars 2008, ICC-01/09-30-Conf-Exp-Anx7 ; et International Crisis Group (ICG), *Kenya in Crisis*, (« le Rapport de l'ICG »), février 2008, ICC-01/09-30-Conf-Exp-Anx8.

⁷ Chambre préliminaire II, *Decision Requesting the Prosecutor to Submit the Statements of the Witnesses on which he Relies for the Purposes of his Applications under Article 58 of the Rome Statute*, ICC-01/09-45-Conf-Exp. Cette décision a été déposée sous la mention « confidentiel *ex parte* » mais les informations révélées en l'occurrence ne touchent pas à son caractère confidentiel.

⁸ ICC-01/09-48-Conf-Exp. Ce document a été déposé par le Procureur sous la mention « confidentiel *ex parte* » mais les informations révélées en l'occurrence ne touchent pas à son caractère confidentiel.

III. Conclusions

La Requête du Procureur

16. Le Procureur soutient qu'il existe des motifs raisonnables de croire que des crimes contre l'humanité ont été commis, en application ou dans la poursuite de la « politique d'une organisation », du 27 décembre 2007, ou vers cette date, jusqu'au 29 février 2008 dans la ville de Kisumu (district de Kisumu, province du Nyanza), à Kibera (division de Kibera, province de Nairobi), dans la ville de Nakuru (district de Nakuru, province de la vallée du Rift) et dans la ville de Naivasha (district de Naivasha, province de la vallée du Rift). Dans la Requête, le Procureur allègue que Francis Muthaura, Uhuru Kenyatta et Mohammed Ali, les « auteurs principaux », ont convenu de mettre en œuvre une politique d'organisation visant à attaquer des civils tenus pour partisans du Mouvement démocratique orange (*Orange Democratic Movement*, ODM), afin de maintenir au pouvoir le Parti de l'unité nationale (*Party of National Unity*, PNU)⁹.

17. En ce qui concerne l'entité capable de mener l'attaque lancée contre la population civile, le Procureur soutient que les trois auteurs principaux ont mobilisé et utilisé « [TRADUCTION] des structures existantes pour perpétrer ces attaques généralisées et systématiques¹⁰ ». L'entité qui aurait mis en œuvre la politique en question était composée des auteurs principaux, de membres des Mungiki (une organisation criminelle) et de jeunes sympathisants du PNU, de membres des forces de police kényanes, de personnalités politiques du PNU et de riches partisans du PNU¹¹.

18. S'agissant de la position et du rôle des auteurs principaux, le Procureur soutient qu'à l'époque des faits visés dans la Requête, Francis Muthaura était Président du comité consultatif sur la sécurité nationale (*National Security Advisory Committee*, NSAC) et qu'il « [TRADUCTION] exerçait une autorité tant *de jure* que *de facto* sur les divers organismes de sécurité kényans, y compris la police, la police administrative

⁹ ICC-01/09-31-Conf-Exp, par. 5, 16 et 57.

¹⁰ ICC-01/09-31-Conf-Exp, par. 59.

¹¹ ICC-01/09-31-Conf-Exp, par. 57.

et le service de renseignements kényan (*National Security and Intelligence Service, NSIS*)¹² ». À l'époque, Mohammed Ali aurait été membre du NSAC¹³ et chef de la police, exerçant « [TRADUCTION] un contrôle *de jure* et *de facto* sur la police kényane¹⁴ ». Il aurait été placé sous l'autorité directe de Francis Muthaura à qui il rendait compte régulièrement¹⁵. Le Procureur ajoute qu'à l'époque des faits, Uhuru Kenyatta était député pour la circonscription de Gatundu Sud, district de Thika, province Centrale¹⁶, et qu'il est devenu membre du PNU en septembre 2007¹⁷. Il soutient en outre que les Mungiki représentaient une part importante de la base politique d'Uhuru Kenyatta depuis 2002¹⁸. De par ses liens étroits avec les Mungiki¹⁹ et le soutien qu'il leur apportait²⁰, il aurait eu la capacité de les mobiliser pour soutenir le PNU²¹.

19. Le Procureur soutient que les Mungiki constituent une organisation criminelle « [TRADUCTION] complexe, hétérogène, décentralisée et à facettes multiples²² », structurée en branches locales et régionales²³. Les chefs locaux seraient tenus par les règles et instructions générales émises par le patron de l'organisation²⁴. Selon le Procureur, les Mungiki fonctionnent de manière organisée et coordonnée²⁵, et se livrent à des activités illicites qui ont enrichi l'organisation²⁶. En outre, il soutient que, pendant les violences, « [TRADUCTION] les Mungiki ont mobilisé des moyens

¹² ICC-01/09-31-Conf-Exp, par. 60 et 61.

¹³ ICC-01/09-31-Conf-Exp, par. 75.

¹⁴ ICC-01/09-31-Conf-Exp, par. 47, 66, 75 et 76.

¹⁵ ICC-01/09-31-Conf-Exp, par. 61 et 75.

¹⁶ ICC-01/09-31-Conf-Exp, par. 62.

¹⁷ ICC-01/09-31-Conf-Exp, par. 64.

¹⁸ ICC-01/09-31-Conf-Exp, par. 62.

¹⁹ Il a été allégué qu'Uhuru Kenyatta était lui-même membre des Mungiki, ICC-01/09-31-Conf-Exp, par. 62.

²⁰ Le Procureur soutient qu'Uhuru Kenyatta a facilité l'accord politique conclu avec les hauts responsables du Gouvernement kényan pour mettre fin à la répression menée contre les membres des Mungiki et qu'il a financé les opérations de ces derniers, ICC-01/09-31-Conf-Exp, par. 64 et 65.

²¹ ICC-01/09-31-Conf-Exp, par. 25, 63 et 65.

²² ICC-01/09-31-Conf-Exp, par. 68.

²³ ICC-01/09-31-Conf-Exp, par. 70.

²⁴ ICC-01/09-31-Conf-Exp, par. 70.

²⁵ ICC-01/09-31-Conf-Exp, par. 72.

²⁶ ICC-01/09-31-Conf-Exp, par. 73.

humains supplémentaires en faisant appel à de jeunes sympathisants du PNU au chômage et en menant une campagne de recrutement agressive²⁷ ».

20. Enfin, le Procureur soutient que des personnalités politiques et des hommes d'affaires locaux « [TRADUCTION] ont organisé des réunions pour collecter des fonds²⁸ » ou ont fourni « [TRADUCTION] des centaines de *pangas* » qui ont été distribués à de jeunes sympathisants du PNU²⁹. Il ajoute qu'Uhuru Kenyatta a organisé des réunions « [TRADUCTION] consacrées à la planification logistique des opérations des Mungiki et des jeunes sympathisants du PNU [...], ainsi qu'à la collecte de fonds destinés à appuyer ces opérations³⁰ ».

21. En ce qui concerne la nature des attaques, le Procureur soutient qu'elles ont été lancées 1) « [TRADUCTION] en réponse » aux « [TRADUCTION] attaques planifiées » orchestrées par William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang contre des partisans du PNU, et 2) « [TRADUCTION] pour éviter et réprimer toute manifestation des partisans de l'ODM et pénaliser les communautés favorables à ce parti³¹ ».

22. Francis Muthaura et Mohammed Ali auraient utilisé les forces de police kényanes pour mener des attaques, en leur ordonnant 1) de prendre pour cible des personnes tenues pour des partisans de l'ODM lors d'attaques à Kisumu et Kibera, et 2) de ne pas intervenir lors d'attaques menées par les Mungiki et des jeunes sympathisants du PNU contre des personnes tenues pour des partisans de l'ODM à Nakuru et Naivasha³².

²⁷ ICC-01/09-31-Conf-Exp, par. 74.

²⁸ ICC-01/09-31-Conf-Exp, par. 84.

²⁹ ICC-01/09-31-Conf-Exp, par. 85.

³⁰ ICC-01/09-31-Conf-Exp, par. 83.

³¹ ICC-01/09-31-Conf-Exp, par. 5, 16 et 57.

³² ICC-01/09-31-Conf-Exp, par. 24.

23. Le Procureur soutient en outre que, avec l'appui de Mohammed Ali, Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta ont utilisé les Mungiki et des jeunes sympathisants du PNU pour mener des attaques contre des partisans de l'ODM à Nakuru et Naivasha à la fin janvier 2008³³. Francis Muthaura aurait, avec Uhuru Kenyatta, organisé une réunion « [TRADUCTION] pour planifier les attaques de représailles contre les partisans de l'ODM, au cours desquelles seraient utilisés des membres des Mungiki et d'autres jeunes sympathisants du PNU mobilisés³⁴ ». Il est allégué que les Mungiki, en échange de leur soutien politique au PNU, avaient négocié au préalable pour qu'il soit mis fin à la répression policière dont ils faisaient l'objet³⁵. Le Procureur soutient que l'existence de la coopération entre les forces de police kényanes d'une part et les Mungiki et les jeunes sympathisants du PNU d'autre part est confirmée par la non-intervention de la police avant, pendant et après les attaques³⁶.

Analyse de la Requête et des éléments de preuve du Procureur

24. Je reconnais que certains éléments tendent à prouver que des crimes ont été commis par le gang mungiki, conjointement avec de jeunes sympathisants du PNU, à Nakuru³⁷ et Naivasha³⁸. Je suis convaincu que les forces de police kényanes, à Kisumu³⁹ et Kibera⁴⁰, ont commis des crimes en faisant un usage excessif de la force.

³³ ICC-01/09-31-Conf-Exp, par. 17.

³⁴ ICC-01/09-31-Conf-Exp, par. 67.

³⁵ ICC-01/09-31-Conf-Exp, par. 26.

³⁶ ICC-01/09-31-Conf-Exp, par. 27.

³⁷ Rapport de la KNCHR, ICC-01/09-31-Conf-Exp-Anx5, par. 315 et 335 (KEN-OTP-0001-0002, p. 0093 et 0098) ; Rapport de la KNCHR, ICC-01/09-31-Conf-Exp-Anx5, p. 94 (KEN-OTP-0001-0002, p. 0094) ; Rapport de la CIPEV, ICC-01/09-31-Conf-Exp-Anx3, p. 103 et 104 (KEN-OTP-0001-0364, p. 0477 et 0478) ; *NSIS Situation Report*, présenté à la CIPEV, ICC-01/09-31-Conf-Exp-Anx23, p. 568 et 569 ; Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH), rapport d'enquête, ICC-01/09-31-Conf-Exp-Anx23, p. 545 ; Rapport de l'ICG, ICC-01/09-31-Conf-Exp-Anx8, p. 14 (KEN-OTP-0001-1076, p. 1093).

³⁸ Rapport de la KNCHR, ICC-01/09-31-Conf-Exp-An5, par. 317 (KEN-OTP-0001-0002, p. 0094) ; Rapport de la CIPEV, ICC-01/09-31-Conf-Exp-Anx3, p. 123 et 124 (KEN-OTP-0001-0364, p. 0497 et 0498) ; HCDH, rapport d'enquête, ICC-01/09-Conf-Exp-Anx23, p. 545 ; Rapport de l'ICG, ICC-01/09-31-Conf-Exp-Anx8, p. 14 (KEN-OTP-0001-1076, p. 1093) ; déclaration du témoin 11, ICC-01/09-48-Conf-Exp-Anx217, p. 7 et 8 (KEN-OTP-0042-0044, p. 0051 et 0052) ; déclaration du témoin 11, ICC-01/09-48-Conf-Exp-Anx218, p. 27 et 28 (KEN-OTP-0042-0078, p. 0105 et 0106).

³⁹ HCDH, rapport d'enquête, ICC-01/09-31-Conf-Exp-Anx23, p. 256 et 257 ; Rapport de HRW, ICC-01/09-31-Conf-Exp-Anx7, p. 25 et 27 à 31 (KEN-OTP-001-0248, p. 0275 et 0277 à 0281) ; Rapport de la KNCHR, ICC-01/09-Conf-Exp-Anx5, par. 402 (KEN-OTP-0001-0002, p. 0111).

Dans le même temps, le droit me fait obligation d'apprécier ces faits au regard de la condition juridique requise à l'article 7-2-a du Statut, à savoir que ces crimes aient été commis en application de la politique d'un État ou d'une « organisation ». Je m'emploierai ci-après à déterminer, au vu de la Requête, si l'entité présentée par le Procureur peut être considérée comme une « organisation » au sens de l'article 7-2-a.

25. La majorité a estimé que « l'attaque a[vait] été menée en application de la politique d'une organisation, les Mungiki ⁴¹ ». Elle a qualifié les Mungiki d'« organisation », au sens et aux fins de l'article 7-2-a du Statut⁴², au motif que ce « groupe [...] a[vait] la capacité d'accomplir des actes qui violent les valeurs humaines fondamentales ⁴³ ». Elle n'a donc considéré aucun des autres acteurs mentionnés dans la Requête, notamment les forces de police kényanes, comme faisant partie de l'« organisation ».

26. Je ne souscris pas à l'interprétation de la Requête faite par la majorité. Tout au long de sa Requête, le Procureur soutient que les auteurs principaux ont utilisé divers acteurs, surtout les Mungiki et les forces de police kényanes, pour attaquer des civils tenus pour partisans de l'ODM. Dans la partie intitulée « [TRADUCTION] Existence d'une entité capable de mener une attaque généralisée ou systématique contre une population civile », le Procureur mentionne, outre les auteurs principaux eux-mêmes, les Mungiki et les jeunes sympathisants du PNU, les forces de police kényanes, ainsi que d'autres personnalités politiques du PNU et de riches partisans du PNU. Les attaques proprement dites auraient été menées par les Mungiki à Nakuru et Naivasha, et par les forces de police à Kisumu et Kibera. Le Procureur soutient qu'elles ont toutes deux été menées en application de la politique d'une

⁴⁰ HCDH, rapport d'enquête, ICC-01/09-31-Conf-Exp-Anx23, p. 256 et 257 ; Rapport de HRW, ICC-01/09-31-Conf-Exp-Anx7, p. 32 et 33 (KEN-OTP-001-0248, p. 0282 et 0283) ; déclaration de [EXPURGÉ] à la CIPEV, ICC-01/09-31-Con-Exp-Anx23, p. 511.

⁴¹ Chambre préliminaire II, Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance de citations à comparaître à Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta et Mohammed Hussein Ali, ICC-01/09-02/11-1-tFRA, par. 20.

⁴² Ibid., par. 22.

⁴³ Ibid., par. 21.

« organisation ». Par conséquent, les activités des deux groupes visés qui auraient commis les crimes à Nakuru/Naivasha et à Kisumu/Kibera sont présentées comme étant imputables à *une* « organisation ». Je considérerai donc que la notion d'« organisation » englobe, en principe, tous les groupes visés par le Procureur dans la Requête.

27. Dans l'opinion dissidente que j'ai jointe à la décision de la majorité du 31 mars 2010, j'ai expliqué quelles étaient selon moi les caractéristiques essentielles d'une « organisation » en termes de composition, de durée, de structure, de capacité d'imposer sa politique à ses membres ainsi que de capacité et de moyens d'attaquer toute population civile. Au regard de ces caractéristiques, je ne constate en l'espèce l'existence d'aucune « organisation » telle que décrite par le Procureur. Ma lecture des éléments de preuve présentés par le Procureur me conduit à tirer une tout autre conclusion, que je vais exposer ci-après.

28. Le Procureur présente différents groupes qui, selon lui, composaient une entité homogène placée sous l'autorité des trois auteurs principaux et étaient unifiés dans le but d'attaquer des civils tenus pour partisans de l'ODM. Je remarque toutefois que les jeunes sympathisants du PNU sont présentés comme coopérant étroitement avec les Mungiki. Ils ne semblent donc pas constituer une composante indépendante de l'« organisation » alléguée. De même, les personnalités politiques du PNU et ses riches partisans sont décrits dans la Requête comme une source de fonds et de moyens pour les Mungiki et les jeunes sympathisants du PNU. Eux non plus ne semblent donc pas constituer une composante indépendante de ladite « organisation ». Par conséquent, je concentrerai mon analyse des éléments de preuve sur les deux principaux groupes visés, les Mungiki et les forces de police kényanes, qui, ensemble, constituent selon le Procureur une « organisation » au sens de l'article 7-2-a du Statut.

29. Les éléments de preuve montrent que les Mungiki, un gang illégal engagé dans le crime organisé, ont mis en place des structures parallèles dans les régions les plus pauvres du pays, et principalement dans les bidonvilles de Nairobi⁴⁴, où l'État n'exerce aucune autorité effective, et qu'ils mènent des activités criminelles⁴⁵. Ces éléments indiquent également que, dans le passé, le gang des Mungiki a fait preuve d'une certaine flexibilité, soutenant divers partis politiques pour servir leurs propres intérêts⁴⁶. En fait, avant les attaques mentionnées dans la Requête, les Mungiki faisaient l'objet d'une opération de répression policière⁴⁷. Leur coopération au sein de l'« organisation », telle que décrite par le Procureur, semble avoir commencé après une réunion entre des personnalités politiques de premier plan du PNU et des membres des Mungiki. Pendant cette réunion, les personnalités en question ont demandé le soutien des Mungiki pour les élections à venir, et ont promis en échange de satisfaire certaines exigences formulées par ceux-ci⁴⁸. Par la suite, il semble que le gang des Mungiki ait reçu un soutien, notamment financier, de la part de personnalités politiques du PNU⁴⁹. Je suis également convaincu que la police s'est parfois abstenue d'intervenir pour faire cesser les crimes commis par des membres

⁴⁴ Rapport de la KNCHR, ICC-01/09-31-Conf-Exp-Anx5, par. 159 et suiv. (KEN-OTP-0001-0002, p. 0052 et 0053) ; Rapport de la CIPEV, ICC-01/09-31-Conf-Exp-Anx3, p. 194 (KEN-OTP-0001-0364, p. 0568).

⁴⁵ Déclaration du témoin 2, ICC-01/09-48-Conf-Exp-Anx213, par. 41 (KEN-OTP-0033-0079, p. 0087 et 0088) ; article de *PeaceNet Kenya* daté de juillet 2009, ICC-01/09-31-Conf-Exp-Anx23, p. 129 ; rapport de *LandInfo* daté du 29 janvier 2010, ICC-01/09-31-Conf-Exp-Anx23, p. 123 et 124.

⁴⁶ Article paru dans *African Affairs*, ICC-01/09-31-Conf-Exp-Anx23, p. 127, qui indique qu'en 2003, les Mungiki soutenaient le parti appelé *Kenyan African National Union*, et s'opposaient donc au parti au pouvoir, la *National Rainbow Coalition* du Président Kibaki ; déclaration du témoin 14, ICC-01/09-48-Conf-Exp-Anx257, par. 137 (KEN-OTP-0043-0002, p. 0029) ; déclaration du témoin 14, ICC-01/09-48-Conf-Exp-Anx257, par. 130 (KEN-OTP-0043-0002, p. 0028), qui affirme qu'avant les élections de 2007, il lui avait été dit que les chefs des Mungiki avaient rencontré Raila Odinga et accepté de le soutenir lors des élections présidentielles à venir.

⁴⁷ Déclaration du témoin 14, ICC-01/09-48-Conf-Exp-Anx257, par. 112 et 130 (KEN-OTP-0043-0002, p. 0024 et 0028) ; *NSIS Situation Report*, daté du 29 juin 2007 et présenté à la CIPEV, ICC-01/09-31-Conf-Exp-Anx23, p. 142 et 143.

⁴⁸ Déclaration du témoin 14, ICC-01/09-48-Conf-Exp-Anx257, par. 149 à 163 (KEN-OTP-0043-0002, p. 0031 à 0034).

⁴⁹ Déclaration du témoin 14, ICC-01/09-48-Conf-Exp-Anx257, par. 201 et 202 (KEN-OTP-0043-0002, p. 0040 et 0041) ; Rapport de la CIPEV, ICC-01/09-31-Conf-Exp-Anx3, p. 123 (KEN-OTP-0001-0364, p. 0497) ; *NSIS Situation Report*, daté de janvier 2008 et présenté à la CIPEV, ICC-01/09-31-Conf-Exp-Anx23, p. 93 et 94 ; Rapport de la KNCHR, ICC-01/09-31-Conf-Exp-Anx5, par. 317 et 318 (KEN-OTP-0001-0002, p. 0094).

des Mungiki dans certaines localités⁵⁰. Dans l'ensemble, les éléments de preuve fournis par le Procureur tendent donc à montrer que les Mungiki, en tant que gang criminel, ont bien des relations antagoniques avec la police kényane⁵¹, mais ils semblent avoir bénéficié de certains arrangements ponctuels à l'époque des faits, et ce, en dépit d'un long passé de heurts violents avec la police.

30. Les forces de police kényanes font quant à elles partie intégrante de l'appareil d'État, avec une hiérarchie et une chaîne de commandement. Les éléments de preuve tendent à montrer que Francis Muthaura⁵² et Mohammed Ali⁵³ sont, *de jure* et *de facto*, responsables des politiques, des opérations et des actions menées par la police kényane.

31. Après examen de la thèse présentée par le Procureur et des éléments de preuve produits, je ne vois pas comment aurait pu exister une « organisation » au sein de laquelle les acteurs de premier plan auraient été le gang des Mungiki et les forces de police kényanes. Au vu des preuves produites, je suis convaincu qu'Uhuru Kenyatta était le principal point de contact entre le gang des Mungiki et les auteurs principaux⁵⁴. Cela étant dit, la tenue d'une série de réunions entre des médiateurs et les auteurs principaux ne fait pas d'un partenariat limité, établi par commodité, une

⁵⁰ Déclaration du témoin 14, ICC-01/09-48-Conf-Exp-Anx257, par. 198 à 200 et 280 (KEN-OTP-0043-0002, p. 0040 et 0055).

⁵¹ *NSIS Situation Report*, daté du 18 décembre 2007 et présenté à la CIPEV, ICC-01/09-31-Conf-Exp-Anx23, p. 551 à 553, qui dit qu'alors qu'une partie des Mungiki prévoyait de perturber le vote dans les bureaux considérés comme des places fortes de Raila Odinga, une autre prévoyait de provoquer des violences immédiatement après les élections pour exprimer son mécontentement face à la répression menée par la police/les forces de police-sécurité/le Ministère de l'intérieur ; *NSIS Situation Report*, daté de janvier 2008 et présenté à la CIPEV, ICC-01/09-31-Conf-Exp-Anx23, p. 181 et 182, où il est dit que les Mungiki, pour financer leurs attaques, collectent des fonds en contrepartie d'une protection : le rapport donne à penser à une répression soutenue ; déclaration du témoin 14, ICC-01/09-48-Conf-Exp-Anx257, par. 40 (KEN-OTP-0043-0002, p. 0010), qui dit que quatre hauts responsables des Mungiki ont été tués par la police lors d'exécutions extrajudiciaires en mars-avril 2008.

⁵² Déclaration du témoin 27, ICC-01/09-48-Conf-Exp-Anx322, par. 97 (KEN-OTP-0040-0055, p. 0077).

⁵³ CIPEV, *Kenya Police*, ICC-01/09-31-Conf-Exp-Anx23, p. 183 à 185 ; déclaration du témoin 67, ICC-01/09-48-Conf-Exp-Anx381, par. 63 à 65 (KEN-OTP-0041-0209, p. 0220).

⁵⁴ Déclaration du témoin 14, ICC-01/09-48-Conf-Exp-Anx257, par. 142 et 205 (KEN-OTP-0043-0002, p. 0030 et 0041) ; Rapport de la KNCHR, ICC-01/09/31-Conf-Exp-Anx5, p. 187 (KEN-OTP-0001-0002, p. 0187).

« organisation » au sens de l'article 7-2-a du Statut. L'établissement d'un partenariat opportuniste, par commodité et à des fins spécifiques, à savoir les élections présidentielles de 2007 à venir, tend à prouver que dès sa création, la coalition entre les Mungiki et les forces de police kényanes avait en soi un caractère ad hoc. L'établissement de la « coopération » entre le gang des Mungiki et les forces de police kényanes peu avant les élections présidentielles de 2007 tend à prouver que ce partenariat de commodité avait un caractère temporaire, comme le confirme en outre le fait que la police a mené une série d'opérations contre le gang des Mungiki avant et après les violences de 2007-2008⁵⁵. En outre, les éléments de preuve m'amènent à conclure que le gang des Mungiki et les forces de police kényanes n'ont pas une hiérarchie commune et que les deux structures restent distinctes. J'en conclus donc que l'« organisation » telle que présentée par le Procureur, composée principalement du gang des Mungiki et des forces de police kényanes, n'a pas existé.

32. Même à supposer, en tenant compte de la conclusion de la majorité en ce sens, que le gang des Mungiki seul devrait être considéré comme étant l'entité qui a établi une politique visant à attaquer la population civile, j'estime qu'*en soi*, ce gang ne peut être considéré comme une « organisation » au sens de l'article 7-2-a du Statut. Certes, il semble contrôler des activités communautaires clés et fournir des services tels que l'approvisionnement en électricité et en eau, l'assainissement et les transports, mais ces activités demeurent limitées et territorialement restreintes, en particulier aux bidonvilles de Nairobi⁵⁶. En outre, comme il a déjà été dit, les éléments de preuve révèlent que le gang des Mungiki a été la cible d'une série d'opérations policières avant et après les violences de 2007-2008, et qu'il n'aurait pu commettre les crimes allégués qu'avec le soutien de certains membres de l'élite politique et de l'appareil

⁵⁵ Déclaration du témoin 14, ICC-01/09-48-Conf-Exp-Anx257, par. 112 et 130 (KEN-OTP-0043-0002, p. 0024 et 0028) ; *NSIS Situation Report*, daté du 29 juin 2007 et présenté à la CIPEV, ICC-01/09-31-Conf-Exp-Anx23, p. 142 et 143 ; déclaration du témoin 14, ICC-01/09-48-Conf-Exp-Anx257, par. 40 (KEN-OTP-0043-0002, p. 0010), qui dit que quatre hauts responsables des Mungiki ont été tués par la police lors d'exécutions extrajudiciaires en mars-avril 2008.

⁵⁶ Voir aussi Opinion dissidente du juge Hans-Peter Kaul, Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome, ICC-01/09-19-Corr-tFRA, p. 30, note de bas de page 56.

policier kényans. Cela étant dit, je doute que ce gang ait eu la capacité et les moyens d'attaquer une population civile sur une grande échelle. Par conséquent, je ne pense pas que le gang des Mungiki, organisation criminelle, pouvait être considéré comme une « organisation » au sens de l'article 7-2-a du Statut.

33. Au vu des éléments de preuve disponibles, il est également frappant que le Procureur ait choisi dans la Requête d'invoquer la commission de crimes contre l'humanité en application de la « politique d'une organisation », tout en négligeant le rôle et la fonction de l'État. Je relève qu'il allègue que Francis Muthaura et Mohammed Ali ont ordonné à la police kényane 1) d'*attaquer* les partisans de l'ODM à Kisumu et Kibera, et 2) de *s'abstenir d'intervenir* lors des attaques⁵⁷ menées par le gang des Mungiki contre des partisans de l'ODM à Nakuru et Naivasha. Tout au long de la Requête, il fait valoir que Francis Muthaura et Mohammed Ali occupaient des postes élevés au sein de l'appareil de police et de sécurité de l'État. Ils semblent avoir, du fait de ces postes, exercé une autorité sur les forces de police kényanes, lesquelles se caractérisaient par une structure verticale et par l'obéissance aux ordres des supérieurs hiérarchiques. En outre, selon le Procureur, Francis Muthaura et Mohammed Ali ont adopté ce comportement dans le cadre de leurs fonctions officielles respectives de Président du NSAC et chef de la police kényane. J'en conclus que toute évaluation d'un comportement criminel des forces de police kényanes aurait dû tenir compte des fonctions officielles de ces deux auteurs principaux et, le cas échéant, de la responsabilité d'autres personnes à l'égard de ces forces de police.

34. Je souscris par conséquent, en principe, à la conclusion de la majorité selon laquelle, s'agissant des actes de violence commis par les forces de police kényanes dans la ville de Kisumu et à Kibera, le Procureur n'a « présenté aucun argument de

⁵⁷ Voir Éléments des crimes, article 7, note de bas de page 6.

fait ou de droit précis⁵⁸ », ce qui m'aurait permis de déterminer si les actes allégués ont été commis en application de la politique d'un État. De même, je fais mienne la conclusion de la majorité selon laquelle le Procureur n'a pas allégué l'existence, de la part de l'État, d'une politique par abstention concernant les faits survenus dans les villes de Nakuru et Naivasha⁵⁹. Je n'examinerai donc pas cette question.

35. En résumé, bien qu'étant convaincu que des crimes ont été commis à Nakuru, Naivasha, Kisumu et Kibera, et que certaines mesures organisationnelles ont été prises à cette fin, je ne vois pas en quoi ces crimes s'inscrivaient dans la « politique d'une organisation ». Partant, je considère que le Procureur n'a pas prouvé que ces crimes ont été commis en application de la politique d'une « organisation » présentant les caractéristiques d'un État, élément indispensable et spécificité intrinsèque des crimes contre l'humanité visés à l'article 7 du Statut. Je continue donc de considérer que la situation en République du Kenya — y compris la présente espèce — ne relève pas de la compétence *ratione materiae* de la Cour.

36. Par conséquent, je refuse de délivrer des citations à comparaître à Francis Muthaura, Uhuru Kenyatta et Mohammed Ali en application de l'article 58-7 du Statut. Les procédures dans cette affaire ne doivent pas se dérouler devant la Cour.

Fait en anglais et en français, la version anglaise faisant foi.

/signé/ /date manuscrite : 15/3/11/

M. le juge Hans-Peter Kaul

Fait le mardi 15 mars 2011

À La Haye (Pays-Bas)

⁵⁸ Chambre préliminaire II, Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance de citations à comparaître à Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta et Mohammed Hussein Ali, ICC-01/09-02/11-1-tFRA, par. 31.

⁵⁹ Ibid., par. 24.