



Original : anglais

N° : ICC-01/09-02/11

Date : 9 mars 2012

LA CHAMBRE PRÉLIMINAIRE II

Devant : Mme la juge Ekaterina Trendafilova, juge unique

**SITUATION EN RÉPUBLIQUE DU KENYA
AFFAIRE
*LE PROCUREUR c. FRANCIS KIRIMI MUTHAURA
ET UHURU MUIGAI KENYATTA***

Public

**Deuxième décision relative à la question
de l'invalidation de la désignation d'un conseil de la Défense**

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

Le conseil de Francis Kirimi Muthaura

M^e Karim A. Khan, M^e Kennedy Ogetto,
M^e Essa Faal et Mme Shyamala Alagendra

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

Mme la juge Ekaterina Trendafilova, agissant en qualité de juge unique¹ au nom de la Chambre préliminaire II de la Cour pénale internationale (respectivement « la Chambre » et « la Cour »), rend la deuxième décision relativement à la question de l'invalidation de la désignation de M^e Essa Faal (« M^e Faal ») en tant que conseil de la Défense. Bien que publique, la présente décision fait référence à l'existence et parfois, de façon limitée, au contenu de documents déposés sous la mention « confidentiel, *ex parte*, réservé à l'Accusation et/ou à la Défense » et actuellement traités comme tels. Le juge unique est d'avis que les références faites à ces documents dans la présente décision s'imposent en raison des principes de publicité des débats et de motivation des décisions de justice. En outre, la plupart des informations mentionnées dans la présente décision ayant été abordées dans des documents et décisions précédents, elles sont déjà publiques. Enfin, de l'avis du juge unique, ces références ne sont pas incompatibles avec la nature même des documents visés et ont été limitées au strict minimum.

I. Rappel de la procédure

1. En juin 2011, le juge unique a constaté qu'une série de documents déposés par la Défense de Francis Kirimi Muthaura (« Francis Muthaura ») avaient été signés par M^e Essa Faal, ancien premier substitut du Procureur à la Cour, et d'autres conseils.
2. Le 28 juin 2011, le juge unique a ordonné au Procureur et au Greffier de présenter des observations sur un éventuel empêchement à représentation concernant M^e Faal en sa qualité de conseil au sein de l'équipe de Défense de Francis Muthaura².
3. Le 1^{er} juillet 2011, le juge unique a reçu les observations du Greffier³ et du Procureur⁴, conformément à son ordonnance.

¹ Chambre préliminaire II, Décision portant désignation d'un juge unique, ICC-01/09-02/11-9-tFRA.

² Chambre préliminaire II, Ordonnance enjoignant au Procureur et au Greffier de présenter des observations sur un éventuel empêchement à représentation concernant la Défense, ICC-01/09-02/11-138-Conf-tFRA.

³ ICC-01/09-02/11-149-Conf-Exp et annexes.

⁴ ICC-01/09-02/11-150-Conf et 9 annexes (annexes A à H).

4. Le 6 et le 8 juillet 2011, la Défense de Francis Muthaura a répondu aux observations du Procureur⁵.
5. Le 14 juillet 2011, le Procureur a déposé une réplique à la réponse de la Défense⁶.
6. Le 20 juillet 2011, le juge unique a rendu la Décision relative à la question de l'invalidation de la désignation d'un conseil de la Défense (« la Décision du 20 juillet 2011 »), par laquelle il rejetait la requête du Procureur aux fins d'invalidation de la désignation de M^e Faal en tant que conseil de Francis Muthaura et décidait que celui-ci pouvait continuer à représenter Francis Muthaura dans l'affaire le concernant⁷.
7. Le 18 août 2011, le juge unique a autorisé le Procureur à interjeter appel de la Décision du 20 juillet 2011⁸.
8. L'audience de confirmation des charges en l'espèce s'est ouverte le 21 septembre 2011⁹, pour se conclure le 5 octobre 2011¹⁰.
9. Le 10 novembre 2011, la Chambre d'appel a infirmé la Décision du 20 juillet 2011 et a invité la Chambre préliminaire à décider à nouveau, à la lumière de cet arrêt, s'il

⁵ ICC-01/09-02/11-158-Conf-Exp et annexes ; ICC-01/09-02/11-159-Conf-Exp et 8 annexes (annexes A à H). Le juge unique a ordonné à la Défense de déposer à nouveau ses observations, le 8 juillet 2011 au plus tard, en se conformant aux critères de format énoncés par le Règlement de la Cour, voir Chambre préliminaire II, *Order to the Defence of Francis Kirimi Muthaura on the Re-submission of the Defence Response to the "Prosecution's Request to Invalidate the Appointment of Counsel to the Defence Team"*, ICC-01/09-02/11-161-Conf-Exp. La Défense de Francis Muthaura s'est dûment conformée à l'ordonnance du juge unique et a déposé le document ICC-01/09-02/11-163-Conf-Exp. Les 8 annexes ont été maintenues dans le document ICC-01/09-02/11-159-Conf-Exp-Anx.

⁶ ICC-01/09-02/11-172-Conf-Exp et 6 annexes (annexes 1 à 6). Auparavant, le juge unique avait autorisé le Procureur à déposer une réplique, voir Chambre préliminaire II, Décision relative à la requête du Procureur aux fins d'autorisation de déposer une réplique faisant suite à la réponse de la Défense à la requête de l'Accusation aux fins d'invalidation de la désignation d'un conseil de la Défense, ICC-01/09-02/11-170-Conf-tFRA.

⁷ Chambre préliminaire II, ICC-01/09-02/11-185-tFRA.

⁸ Chambre préliminaire II, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins d'autorisation d'interjeter appel de la Décision relative à la question de l'invalidation de la désignation d'un conseil de la Défense (ICC-01/09-02/11-185), ICC-01/09-02/11-253-tFRA.

⁹ ICC-01/09-02/11-T-4-ENG ET WT.

¹⁰ ICC-01/09-02/11-T-15-Red-ENG WT.

convenait d'invalider la désignation de M^e Faal en tant que conseil en l'espèce¹¹. À cette fin, elle a invité la Chambre préliminaire à « d'abord vérifier si M^e Faal a eu connaissance de quelque information confidentielle que ce soit. Dans l'affirmative, [la Chambre] devra décider s'il est néanmoins dans l'intérêt de la justice qu'il fasse partie de l'équipe de la Défense¹² ».

10. Le 15 novembre 2011, le Procureur a demandé, en vertu de la norme 24-5 du Règlement de la Cour, l'autorisation de déposer des observations écrites supplémentaires compte tenu de l'arrêt rendu par la Chambre d'appel (« la Requête du Procureur »)¹³.

11. Le 16 novembre 2011, la Défense de Francis Muthaura a déposé une réponse dans laquelle elle demandait à la Chambre préliminaire de rejeter sans l'examiner la Requête du Procureur¹⁴.

12. Le 23 janvier 2012, la Chambre a confirmé, à la majorité de ses membres, les charges portées contre Francis Muthaura et Uhuru Muigai Kenyatta, conformément à l'article 61-7-a du Statut de Rome (« le Statut »)¹⁵.

II. Le droit applicable et son interprétation

13. Le juge unique se base sur les articles 21-1-a du Statut, la règle 22-3 du Règlement de procédure et de preuve, les articles 1, 7-4, 12-1-b, 16-1 et 24-1 du Code de conduite professionnelle des conseils (« le Code de conduite ») et la norme 23 *bis* du Règlement de la Cour.

¹¹ Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la Décision relative à la question de l'invalidation de la désignation d'un conseil de la Défense rendue le 20 juillet 2011 par la Chambre préliminaire II, ICC-01/09-02/11-365-tFRA.

¹² Ibid., par. 72.

¹³ ICC-01/09-02/11-368-Conf-Exp.

¹⁴ ICC-01/09-02/11-371-Conf-Exp.

¹⁵ Chambre préliminaire II, *Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, ICC-01/09-02/11-382-Red.

14. L'article 12-1-b du Code de conduite dispose, dans ses parties pertinentes :

1. Le conseil ne représente pas un client dans une affaire :

[...]

b) s'il a été lui-même associé à l'affaire ou qu'il a eu accès en qualité de membre du personnel de la Cour à des informations confidentielles concernant l'affaire dans laquelle il cherche à comparaître. La levée de cet empêchement peut toutefois, à la demande du conseil, être ordonnée par la Cour si celle-ci estime qu'elle est justifiée dans l'intérêt de la justice. [...]

15. Comme l'a précisé la Chambre d'appel, l'article 12-1-b du Code de conduite exige dans sa première phrase que le conseil ait eu accès à des informations confidentielles, *quelles qu'elles soient*, concernant l'affaire dans laquelle il cherche à comparaître. Un conseil est considéré comme ayant eu « accès » à des informations confidentielles lorsqu'il « a connaissance d'une information secrète ou privée qui lui a été communiquée¹⁶ ». C'est à la partie qui conteste la désignation du conseil de prouver que celui-ci a eu connaissance par le passé d'informations confidentielles concernant l'affaire¹⁷.

16. Lorsque le conseil a eu accès à des informations confidentielles concernant l'affaire, il peut être autorisé à représenter le suspect ou l'accusé si le juge l'estime justifié dans l'intérêt de la justice, comme prévu à la deuxième phrase de l'article 12-1-b du Code de conduite. Des éléments tels que la nature « *de minimis* » des informations confidentielles, les droits de l'accusé, la position du conseil au sein de l'équipe de la Défense ainsi que des considérations relatives à l'équité générale ou à l'apparence d'irrégularité dans le cadre de la procédure peuvent être pris en compte au moment de décider ce qui pourrait être « dans l'intérêt de la justice »¹⁸.

¹⁶ Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la Décision relative à la question de l'invalidation de la désignation d'un conseil de la Défense rendue le 20 juillet 2011 par la Chambre préliminaire II, ICC-01/09-02/11-365-tFRA, par. 53.

¹⁷ Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la Décision relative à la question de l'invalidation de la désignation d'un conseil de la Défense rendue le 20 juillet 2011 par la Chambre préliminaire II, ICC-01/09-02/11-365-tFRA, par. 56.

¹⁸ Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la Décision relative à la question de l'invalidation de la désignation d'un conseil de la Défense rendue le 20 juillet 2011 par la Chambre préliminaire II, ICC-01/09-02/11-365-tFRA, par. 69 et 70.

III. Décision du juge unique

1. Questions préliminaires

La requête du Procureur aux fins de déposer de nouvelles observations

17. Le juge unique relève que, dans sa requête, le Procureur avance qu'il serait « [TRADUCTION] opportun que la Chambre examine toutes observations que les parties souhaiteraient présenter en tenant compte des précisions apportées par la Chambre d'appel », notamment sur la question de savoir « [TRADUCTION] si l'intérêt de la justice exige que M^e Faal continue de s'occuper de cette affaire après avoir eu accès à des informations confidentielles de l'accusation¹⁹ ». La Défense de Francis Muthaura a demandé à la Chambre de rejeter cette requête, en faisant valoir que le juge unique « [TRADUCTION] dispose d'assez d'éléments et de toutes les preuves nécessaires pour trancher la question dont il est saisi²⁰ ».

18. Le juge unique constate que le Procureur n'a pas l'intention de présenter d'autres faits nouveaux pour démontrer que par le passé, M^e Faal a eu connaissance de certaines informations. Cela dit, le juge unique n'estime pas nécessaire de recueillir d'autres arguments des parties sur l'application correcte du droit, tel que précisé par la Chambre d'appel.

La reclassification de documents

19. Après un examen minutieux du contenu des documents et des décisions concernant le sujet à l'examen, le juge unique est d'avis que les documents ICC-01/09-02/11-371-Conf-Exp et ICC-01/09-02/11-368-Conf-Exp, ainsi que la décision ICC-01/09-02/11-170-Conf rendue par la Chambre, ne contiennent aucune information sensible qui pourrait justifier le maintien de leur classification initiale sous la mention « confidentiel, *ex parte* ». Aux fins de la publicité de la procédure et en vue de conserver à cet effet, dans la mesure du possible, un dossier public de

¹⁹ ICC-01/09-02/11-368-Conf-Exp, par. 2.

²⁰ ICC-01/09-02/11-371-Conf-Exp, par. 14.

l'affaire, le juge unique décide de reclassifier « public » les documents susmentionnés, conformément à la deuxième phrase de la norme 23 bis-3 du Règlement de la Cour.

2. Application de l'article 12-1-b du Code de conduite

20. S'agissant maintenant des faits en l'espèce, le juge unique va examiner à nouveau les informations fournies par les deux parties puisque les conclusions tirées dans la première décision ont été annulées du fait de l'infirmité de cette décision dans son intégralité. À cette fin, le juge unique examinera successivement les observations du Procureur, celles présentées en réponse par la Défense, et celles du Greffe.

Les informations fournies par le Procureur le 1^{er} juillet 2011

21. Le Procureur a joint à ses observations du 1^{er} juillet 2011 neuf annexes (annexes A à H), sur la base desquelles il soutient que M^e Faal a eu accès à des informations confidentielles concernant l'espèce.

22. **Les annexes B²¹, D²², E²³ et G²⁴** contiennent des communications du chef de la Section d'appui aux conseils, du conseil principal de l'équipe de Défense de Francis Muthaura et la lettre de démission de M^e Faal, qui ne fournissent aucun renseignement pertinent permettant de déterminer si M^e Faal a eu accès à des informations confidentielles. Le juge unique n'examinera donc pas plus avant lesdites annexes et se penchera sur les autres, qui pourraient présenter un intérêt pour cette question.

23. L'**annexe A** contient deux déclarations de membres du Bureau du Procureur²⁵. La première émane d'un substitut du Procureur. En résumé, celui-ci indique s'être entretenu avec M^e Faal dès septembre 2010 du « projet d'affaire » concernant

²¹ ICC-01/09-02/11-150-Conf-AnxB.

²² ICC-01/09-02/11-150-Conf-AnxD.

²³ ICC-01/09-02/11-150-Conf-AnxE.

²⁴ ICC-01/09-02/11-150-Conf-AnxG.

²⁵ ICC-01/09-02/11-150-Conf-AnxA.

l'espèce²⁶. Le substitut en question déclare ensuite que ces discussions avec M^e Faal se sont poursuivies à mesure de la progression de l'affaire²⁷. Il explique enfin que ces discussions portaient sur « [TRADUCTION] les points faibles du dossier », « [TRADUCTION] les problèmes rencontrés lors des enquêtes » et « [TRADUCTION] les moyens de résoudre ces difficultés »²⁸.

24. M^e Faal a soumis une déclaration sous serment, dans laquelle il répond aux allégations susmentionnées du substitut du Procureur²⁹. En résumé, il convient qu'une discussion a bien eu lieu, à l'initiative dudit substitut, sur le « projet d'affaire » concernant l'espèce, mais c'était selon lui avant septembre 2010³⁰. Il explique que pour aider le substitut en question à préparer un document dans le cadre de l'affaire concernant le Kenya, il lui a transmis un « projet d'affaire » qui avait été élaboré dans le cadre de la situation au Darfour³¹. Ce même substitut lui aurait ensuite soumis une ébauche de « projet d'affaire », pour observations³². M^e Faal reconnaît avoir lu le document et « [TRADUCTION] avoir donné [son] avis sur la façon dont [le substitut du Procureur] pouvait l'améliorer³³ ». Il soutient toutefois que cette conversation était de nature purement théorique³⁴. Le document en question ne contenait aucune information confidentielle et présentait plutôt la conception personnelle du substitut sur les violences de 2007/2008 en République du Kenya, qu'il s'était forgée à partir d'informations disponibles sur Internet ou émanant d'autres sources publiques³⁵. M^e Faal ajoute qu'il n'a plus jamais rencontré ce substitut pour parler de questions concernant la situation au Kenya ni reçu de document à ce sujet³⁶. En particulier, il nie avoir discuté avec le substitut en question

²⁶ ICC-01/09-02/11-150-Conf-AnxA, p. 2, par. 4.

²⁷ ICC-01/09-02/11-150-Conf-AnxA, p. 2, par. 5.

²⁸ ICC-01/09-02/11-150-Conf-AnxA, p. 2, par. 6.

²⁹ ICC-01/09-02/11-163-Conf-Exp-AnxB, par. 12 et suiv.

³⁰ ICC-01/09-02/11-159-Conf-Exp-AnxB, par. 16.

³¹ ICC-01/09-02/11-159-Conf-Exp-AnxB, par. 16 à 18.

³² ICC-01/09-02/11-159-Conf-Exp-AnxB, par. 20.

³³ ICC-01/09-02/11-159-Conf-Exp-AnxB, par. 20.

³⁴ ICC-01/09-02/11-159-Conf-Exp-AnxB, par. 23.

³⁵ ICC-01/09-02/11-159-Conf-Exp-AnxB, par. 23.

³⁶ ICC-01/09-02/11-159-Conf-Exp-AnxB, par. 24.

des points forts et des points faibles du dossier ou de la façon de surmonter les difficultés en matière d'enquête dans cette affaire³⁷.

25. Le juge unique considère que la discussion alléguée concernant le « projet d'affaire » pourrait se révéler pertinente. Tout en convenant avec la Défense qu'un « projet d'affaire » est un document de travail susceptible d'être modifié, le juge unique comprend qu'il s'agit là d'un document préparatoire à usage interne, qui peut contenir des informations confidentielles sur la stratégie de l'Accusation quant à la présentation de sa cause et/ou sur les éléments de preuve utilisés. Il relève toutefois que le « projet d'affaire » en était à son stade initial et ne semblait pas contenir d'informations confidentielles. Par ailleurs, au moment où M^e Faal a intégré l'équipe assurant la défense de Francis Muthaura (le 30 mai 2011)³⁸, le « projet d'affaire » du Procureur avait déjà été révélé dans la requête aux fins de délivrance de citations à comparaître à l'encontre des suspects (15 décembre 2010)³⁹, avant de faire l'objet d'une décision de la présente Chambre (8 mars 2011)⁴⁰. Il est donc difficile de soutenir que, au moment où M^e Faal a intégré l'équipe assurant la défense de Francis Muthaura, il avait « connaissance d'une information secrète ou privée qui lui a[vait] été communiquée » lorsqu'il travaillait au Bureau du Procureur.

26. S'agissant des autres informations mentionnées par le substitut concernant les discussions qui ont eu lieu « [TRADUCTION à mesure de la progression de l'affaire », le juge unique relève l'absence de toute précision quant au contenu, à la date et au lieu de ces discussions. Étant donné que la déclaration du substitut revêt un caractère général et que M^e Faal nie catégoriquement que de telles discussions aient eu lieu, les informations fournies par le Procureur demeurent de simples allégations, qu'aucun fait concret ne vient étayer. Partant, le juge unique ne peut

³⁷ ICC-01/09-02/11-159-Conf-Exp-AnxB, par. 33 à 36.

³⁸ ICC-01/09-02/11-150-Conf-AnxB.

³⁹ ICC-01/09-31-Red2.

⁴⁰ 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.

conclure à partir de la déclaration du substitut que M^e Faal a eu accès à des informations confidentielles concernant l'espèce.

27. La deuxième déclaration figurant à l'annexe A émane du chef de l'équipe d'enquêteurs travaillant sur l'affaire concernant le Kenya. En résumé, il allègue avoir « [TRADUCTION] fait part [à M^e Faal] de ses expériences dans cette affaire⁴¹ ». Il soutient également qu'à partir des conversations informelles qu'il a eues avec M^e Faal, celui-ci « [TRADUCTION] aurait pu se faire une idée assez précise de la stratégie en matière d'enquêtes, ainsi que des points forts et des points faibles du dossier⁴² ». Le chef de l'équipe d'enquêteurs se souvient en outre d'une conversation informelle avec M^e Faal, au cours de laquelle il est « [TRADUCTION] sûr d'avoir mentionné [...] quelques difficultés rencontrées à l'époque dans le cadre de l'enquête concernant le Kenya⁴³ ».

28. M^e Faal a répondu à ces allégations dans deux déclarations sous serment⁴⁴. Il fait état de relations professionnelles difficiles avec le chef de l'équipe d'enquêteurs en question, et dément formellement avoir eu avec lui une quelconque conversation portant sur l'espèce ou l'enquête concernant le Kenya.

29. Le juge unique relève l'absence de toute précision quant au contenu, à la date et au lieu des discussions mentionnées par le chef de l'équipe d'enquêteurs. Étant donné que la déclaration du chef de l'équipe d'enquêteurs revêt un caractère général et que M^e Faal dément catégoriquement que de telles discussions informelles au sujet de l'enquête ou l'affaire concernant le Kenya aient eu lieu, les informations fournies par le Procureur demeurent de simples allégations qu'aucun fait concret ne vient étayer. Partant, le juge unique ne peut conclure à partir des déclarations du chef de l'équipe d'enquêteurs que M^e Faal a eu accès à des informations confidentielles concernant l'espèce.

⁴¹ ICC-01/09-02/11-150-Conf-AnxA, p. 4, par. 5.

⁴² ICC-01/09-02/11-150-Conf-AnxA, p. 4, par. 5.

⁴³ ICC-01/09-02/11-150-Conf-AnxA, p. 4, par. 6.

⁴⁴ ICC-01/09-02/11-158-Conf-Exp-Anx ; ICC-01/09-02/11-159-Conf-Exp-AnxB, par. 41 et suiv.

30. L'**annexe C** contient un mémorandum interne adressé par le procureur adjoint au chef de la Section d'appui aux conseils, l'informant de l'intention du Procureur de contester la désignation de M^e Faal au sein de l'équipe de la Défense de Francis Muthaura⁴⁵. Il rappelle que M^e Faal occupait un poste élevé au Bureau du Procureur et qu'il a une « [TRADUCTION] connaissance approfondie de questions hautement confidentielles relatives aux politiques d'enquête et de poursuites, et notamment des règles confidentielles du manuel opérationnel⁴⁶ ». Il mentionne aussi la présence de M^e Faal à des réunions de responsables de la Division des poursuites au cours desquelles « [TRADUCTION] des questions confidentielles concernant toutes les affaires dont connaît la Cour », et notamment la présente espèce, « [TRADUCTION] ont été abordées en détail⁴⁷ ». Le procès-verbal d'une de ces réunions, tenue le 14 avril 2010, figure à l'**annexe H**⁴⁸. Le procureur adjoint indique également que M^e Faal recevait communication des rapports hebdomadaires confidentiels résumant les activités de la Cour, y compris en l'espèce⁴⁹. En outre, il est fait état de la relation étroite entre M^e Faal et des membres de l'équipe travaillant sur le Kenya au sein des Divisions des poursuites et des enquêtes, de consultations avec d'autres premiers substituts du Procureur et de la proximité des bureaux dans les locaux du Bureau du Procureur⁵⁰. Il est ainsi avancé à plusieurs reprises dans ce mémorandum que M^e Faal « [TRADUCTION] pouvait consulter les informations confidentielles en l'espèce », qu'il « [TRADUCTION] a donc potentiellement eu accès » à des informations confidentielles et que, en tant que juriste connaissant le fonctionnement du Bureau du Procureur, il « [TRADUCTION] présente un risque important qu'une information confidentielle puisse être utilisée ou communiquée, ou qu'un conflit d'intérêts puisse être perçu⁵¹ ».

⁴⁵ ICC-01/09-02/11-150-Conf-AnxC, p. 2, premier paragraphe.

⁴⁶ ICC-01/09-02/11-150-Conf-AnxC, p. 2, deuxième paragraphe.

⁴⁷ ICC-01/09-02/11-150-Conf-AnxC, p. 2, deuxième paragraphe.

⁴⁸ ICC-01/09-02/11-150-Conf-AnxH.

⁴⁹ ICC-01/09-02/11-150-Conf-AnxC, p. 2, deuxième paragraphe.

⁵⁰ ICC-01/09-02/11-150-Conf-AnxC, p. 2, deuxième paragraphe ; p. 3, quatrième paragraphe.

⁵¹ ICC-01/09-02/11-150-Conf-AnxC, p. 3, quatrième et sixième paragraphes.

31. Dans sa déclaration sous serment, M^e Faal dément avoir « [TRADUCTION] vu, examiné ou pris connaissance des rapports hebdomadaires contenant des informations confidentielles sur les affaires concernant le Kenya⁵² ». Il dément aussi avoir participé à « [TRADUCTION] une [réunion de responsables de la Division des poursuites] au cours de laquelle des questions confidentielles ou de fond ont été abordées au sujet de ces affaires⁵³ ». S'agissant du procès-verbal de la réunion de la Division des poursuites du 14 avril 2010 figurant à l'annexe H, M^e Faal explique qu'il n'a pas assisté à cette réunion⁵⁴. L'**annexe D1** contient également une lettre de M^e Faal, dans laquelle il rejette les allégations formulées par le procureur adjoint dans le mémorandum interne⁵⁵.

32. Le juge unique relève l'absence de toute précision quant au contenu des informations confidentielles auxquelles M^e Faal était censé avoir eu accès au moment où il a intégré l'équipe assurant la défense de Francis Muthaura. La plupart des informations dont il est question dans le mémorandum interne du procureur adjoint sont d'ordre général ou relèvent de la conjecture, et se fondent essentiellement sur le poste qu'occupait M^e Faal et les méthodes de travail appliquées au sein du Bureau du Procureur. À elles seules, ces informations ne constituent qu'un simple ensemble d'allégations, qu'aucun fait concret ne vient étayer. En outre, M^e Faal rejette avec fermeté toutes les allégations formulées⁵⁶. N'ayant aucune raison de douter de l'intégrité de M^e Faal, le juge unique est fondé à s'appuyer sur sa version des faits. Le caractère spéculatif des allégations est en outre confirmé par les tournures qu'emploie le procureur adjoint, pour qui M^e Faal « [TRADUCTION] *pouvait* consulter » ou a « [TRADUCTION] *potentiellement* eu accès » à des informations confidentielles [non souligné dans l'original]. Les conditions prévues à l'article 12-1-b du Code de conduite ne sont donc pas remplies, puisque celui-ci exige « que le conseil *ait eu* connaissance d'informations confidentielles concernant l'affaire

⁵² ICC-01/09-02/11-159-Conf-Exp-AnxB, par. 7.

⁵³ ICC-01/09-02/11-159-Conf-Exp-AnxB, par. 8.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ ICC-01/09-02/11-150-Conf-AnxD1.

⁵⁶ ICC-01/09-02/11-150-Conf-AnxD1.

dans laquelle il cherche à comparaître⁵⁷ » [non souligné dans l'original], ce qui nécessite des preuves concrètes de cette connaissance et non de simples suppositions. Comme l'a confirmé la Chambre d'appel, « le fait pour un juriste d'avoir été associé au Bureau du Procureur n'empêche pas en soi un ancien employé de ce bureau de travailler pour la Défense⁵⁸ ». Partant, le juge unique ne peut conclure à partir du mémorandum interne que M^e Faal a eu accès à des informations confidentielles concernant l'espèce.

33. Reste l'**annexe H**, qui est le procès-verbal de la réunion de responsables de la Division des poursuites qui a eu lieu le 14 avril 2010. Ce procès-verbal résume i) un exposé et une discussion sur, entre autres, la décision de la Chambre d'autoriser l'ouverture d'une enquête⁵⁹ et ii) une discussion sur la protection de témoins⁶⁰. Après analyse des informations figurant à l'annexe H, le juge unique n'est pas convaincu que M^e Faal a eu accès à des informations secrètes ou privées qui auraient été portées à sa connaissance alors qu'il travaillait au Bureau du Procureur. Premièrement, le procès-verbal du 14 avril 2010 démontre que la discussion qui a eu lieu portait sur la décision de la Chambre d'autoriser l'ouverture de l'enquête du Procureur dans le cadre de la situation en République du Kenya⁶¹. Ce procès-verbal ne comporte donc aucune mention d'informations concernant la présente espèce. Par conséquent, aucune des questions abordées (en particulier celle de la protection des témoins) n'était liée à l'affaire, dont la Chambre n'a été saisie que le 15 décembre 2010⁶², bien avant que des affaires ne se soient définies dans cette situation. Par conséquent, les informations abordées au cours de cette réunion, telles que reproduites dans le

⁵⁷ Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la Décision relative à la question de l'invalidation de la désignation d'un conseil de la Défense rendue le 20 juillet 2011 par la Chambre préliminaire II, ICC-01/09-02/11-365-tFRA, par. 64.

⁵⁸ Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la Décision relative à la question de l'invalidation de la désignation d'un conseil de la Défense rendue le 20 juillet 2011 par la Chambre préliminaire II, ICC-01/09-02/11-365-tFRA, par. 58.

⁵⁹ ICC-01/09-02/11-150-Conf-AnxH, p. 7.

⁶⁰ ICC-01/09-02/11-150-Conf-AnxH, p. 9 et 10.

⁶¹ 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.

⁶² Voir ICC-01/09-31-Red2.

procès-verbal, étaient de nature générale et ne constituent pas des informations confidentielles concernant l'espèce. Enfin, plus important encore, ce procès-verbal révèle, et l'intéressé insiste bien sur ce point⁶³, que M^e Faal n'a pas assisté à cette réunion. En outre, rien dans les documents déposés par le Procureur n'indique que M^e Faal a reçu le procès-verbal en question. Compte tenu de tout ce qui précède, le juge unique ne peut conclure à partir du procès-verbal de la réunion du 14 avril 2010 que M^e Faal a eu accès à des informations confidentielles concernant l'espèce.

34. L'**annexe F** contient plusieurs courriels informant le personnel du Bureau du Procureur qu'en l'absence du procureur adjoint, M^e Faal, entre autres, serait responsable de la Division des poursuites⁶⁴.

35. Le juge unique constate que d'après ces courriels, M^e Faal a remplacé le procureur adjoint à la tête de la Division des poursuites du 7 au 10 octobre 2008 et du 1^{er} au 5 novembre 2010. Toutefois, le simple fait qu'il ait assumé la responsabilité de la Division des poursuites ne prouve pas *en soi* que M^e Faal a eu accès à des informations confidentielles concernant l'espèce. L'article 12-1-b du Code de conduite exige que l'intéressé ait *effectivement* eu connaissance d'informations confidentielles ; il ne suffit pas qu'il ait pu en avoir *potentiellement* connaissance. De plus, le juge unique rappelle que du 7 au 10 octobre 2008, la Cour n'était pas saisie de la situation en République du Kenya, et encore moins de la présente affaire. De même, du 1^{er} au 5 novembre 2010, la Cour n'était pas encore saisie d'une telle affaire. Partant, le juge unique ne peut conclure à partir de ces courriels que M^e Faal a eu accès à des informations confidentielles concernant l'espèce.

Informations fournies par le Procureur le 14 juillet 2011

36. Le Procureur a joint à sa réplique du 14 juillet 2011 six annexes (numérotées 1 à 6), sur la base desquelles il soutient que M^e Faal a eu accès à des informations confidentielles concernant l'espèce.

⁶³ ICC-01/09-02/11-159-Conf-Exp-AnxB, par. 8.

⁶⁴ ICC-01/09-02/11-150-Conf-AnxF.

37. Aux **annexes 1⁶⁵, 2⁶⁶ et 6⁶⁷** figurent les déclarations d'un fonctionnaire chargé de la sécurité des opérations, du coordinateur des enquêtes et d'un fonctionnaire chargé de l'information au sein du Bureau du Procureur qui ne fournissent aucun renseignement pertinent permettant de déterminer si M^e Faal a eu accès à des informations confidentielles. Le juge unique va donc examiner les autres annexes, qui pourraient présenter un intérêt pour cette question.

38. L'**annexe 3** est un rapport hebdomadaire daté du 2 mars 2011 qui résume les activités judiciaires de la Cour pour la semaine du 21 au 25 février 2011⁶⁸. Le Procureur affirme que M^e Faal a consulté ce rapport, qui contient le résumé de deux documents déposés sous la mention « confidentiel, *ex parte* » dans l'une des affaires concernant le Kenya⁶⁹. D'après lui, cela démontre que M^e Faal « [TRADUCTION] pouvait consulter des informations confidentielles concernant le Kenya⁷⁰ ».

39. Ayant examiné l'annexe en question, le juge unique constate que les résumés mentionnés ne se rapportent qu'à deux documents faisant acte de dépôt, à l'exclusion des annexes qui les accompagnaient. Dans le premier document, déposé à l'époque sous la mention « confidentiel », le Procureur soumet aux juges des déclarations de témoins *avant* la délivrance de citations à comparaître en l'espèce, c'est-à-dire avant l'ouverture de la présente affaire. Les annexes, qui sont restées confidentielles, n'étaient pas résumées. En outre, le juge unique relève qu'au moment où M^e Faal a intégré l'équipe assurant la défense de Francis Muthaura, le document en question avait déjà été reclassifié « public »⁷¹. Cela dit, le juge unique n'est pas convaincu que M^e Faal a eu accès à des informations confidentielles concernant l'espèce.

⁶⁵ ICC-01/09-02/11-172-Conf-Exp-Anx1.

⁶⁶ ICC-01/09-02/11-172-Conf-Exp-Anx2.

⁶⁷ ICC-01/09-02/11-172-Conf-Exp-Anx6.

⁶⁸ ICC-01/09-02/11-172-Conf-Exp-Anx3.

⁶⁹ ICC-01/09-02/11-172-Conf-Exp, par. 4.

⁷⁰ ICC-01/09-02/11-172-Conf-Exp, par. 5.

⁷¹ Ce document a été reclassifié « public » en exécution de la décision intitulée « Decision on Reclassification of Certain Documents », ICC-01/09-02/11-30 datée du 1^{er} avril 2011.

40. S'agissant du deuxième document mentionné par le Procureur, le juge unique constate qu'il a été déposé sous la mention « *public* » par la Section de la participation des victimes et des réparations. Il introduit le premier rapport périodique sur les activités menées par la Section comme suite des demandes de participation des victimes reçues dans le cadre de la *situation* en République du Kenya. Ce rapport était accompagné de trois annexes, classifiées « confidentiel, *ex parte*, réservé au Greffe », auxquelles le Procureur n'a pas accès⁷². Par conséquent, le résumé figurant dans le rapport hebdomadaire ne reflète que le contenu du document public. Le résumé d'un document public ne pouvant, par définition, contenir aucune information confidentielle, le juge unique n'est pas convaincu que M^e Faal a eu accès à des informations confidentielles concernant l'espèce.

41. L'**annexe 4** reproduit un échange de courriels aux premiers stades de l'enquête entre un analyste de la Division des enquêtes du Bureau du Procureur et Shyamala Alagendra (« Mme Alagendra »), concernant des idées pour la rédaction d'un rapport sur la structure de la police⁷³. Le Procureur affirme que cet échange de courriels a été transféré à M^e Faal, qui avait « [TRADUCTION] exprimé ses remerciements dans un courriel adressé à Mme Alagendra pour l'aide qu'elle avait fournie à l'analyste⁷⁴ ». Dans le même temps, le Procureur indique que les informations que contient cet échange de courriels « [TRADUCTION] ne sont manifestement pas cruciales, en particulier à ce stade de l'affaire⁷⁵ ». Malgré l'insignifiance du contenu de ces courriels, le Procureur avance que, de par son poste et ses relations avec les autres, M^e Faal « [TRADUCTION] était inévitablement exposé à des informations confidentielles sur l'affaire concernant le Kenya, et consulté à leur sujet⁷⁶ ».

42. Pour commencer, le juge unique souhaite formuler quelques observations générales. Il constate que bien qu'il soit allégué que l'échange de courriels ait été

⁷² En fait, le Procureur a demandé à avoir accès aux annexes confidentielles *ex parte*, voir ICC-01/09-51.

⁷³ ICC-01/09-02/11-172-Conf-Exp-Anx4.

⁷⁴ ICC-01/09-02/11-172-Conf-Exp, par. 6.

⁷⁵ ICC-01/09-02/11-172-Conf-Exp, par. 7.

⁷⁶ ICC-01/09-02/11-172-Conf-Exp, par. 7.

transféré à M^e Faal, l'en-tête du courriel, tel qu'il figure dans l'annexe, ne précise pas *quand* il lui a été envoyé (date et heure)⁷⁷. En effet, le champ concerné de l'en-tête est vierge. Aucune explication n'a été fournie quant au fait que de telles informations ne figurent pas dans une copie d'échange de courriels dont l'en-tête présente pour le reste des caractéristiques standard. Le juge unique constate également que dans l'en-tête de ce même courriel qui aurait été envoyé à M^e Faal, à la différence des autres en-têtes de courriels reproduits dans l'annexe, les informations sont présentées de façon désordonnée⁷⁸. Là encore, aucune explication à cette irrégularité n'a été fournie. Abstraction faite de ce second point, le caractère incomplet des informations contenues dans l'annexe concernant M^e Faal amène le juge unique à douter que l'échange de courriels entre Mme Alagendra et l'analyste ait même été transféré à M^e Faal, comme l'affirme le Procureur. Partant, le juge unique ne saurait tenir compte de cette partie de l'annexe 4.

43. De plus, contrairement à ce qu'en dit le Procureur, l'échange de courriels reproduit à l'annexe 4 ne contient pas non plus de réaction de M^e Faal exprimant ses remerciements à Mme Alagendra pour l'aide qu'elle a fournie. En conclusion, étant donné que l'annexe 4 ne contient aucune autre information liant l'intégralité de l'échange de courriels à M^e Faal, le juge unique considère que cette annexe ne revêt aucune pertinence quant à la question de savoir si oui ou non M^e Faal avait eu accès à des informations confidentielles concernant l'espèce lorsqu'il a intégré l'équipe assurant la défense de Francis Muthaura.

44. Outre ce qui précède, c'est le Procureur lui-même qui reconnaît que ces informations « [TRADUCTION] ne sont manifestement pas cruciales, en particulier à ce stade de l'affaire ». Le juge unique en convient et souligne qu'à l'époque considérée l'enquête en était à ses débuts et aucune *affaire* n'était pendante devant la Cour. Ainsi, le juge unique n'est pas d'accord avec le Procureur lorsque celui-ci

⁷⁷ Tous les autres échanges de courriels contiennent les informations en question dans leurs en-têtes.

⁷⁸ Alors que l'en-tête des courriels échangés entre Mme Alagendra et l'analyste est présenté dans l'ordre suivant : « From – Sent – To – Subject », l'en-tête du courriel prétendument envoyé à M^e Faal est présenté dans l'ordre suivant : « To – Subject – Sent – From ».

affirme que M^e Faal a eu accès à des informations confidentielles concernant l'affaire du Kenya. Cette affirmation repose davantage sur une hypothèse que sur une preuve tangible attestant qu'il a eu connaissance d'informations confidentielles concernant l'affaire dans laquelle Francis Kirimi Muthaura est mis en cause.

45. L'**annexe 5** reproduit un courriel adressé à M^e Faal par Cynthia Tai, substitut du Procureur dans l'affaire *Le Procureur c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang*⁷⁹. Le juge unique constate que ce courriel porte simplement sur une question de droit. Qui plus est, il se rapporte non pas à la *présente* espèce, mais à l'autre affaire kényane susmentionnée. Rappelons que l'article 12-1-b du Code de conduite exige que le conseil ait eu accès à des informations confidentielles concernant l'affaire *même* dans laquelle il cherche à comparaître. De plus, M^e Faal n'a pas répondu à ce courriel, comme l'a reconnu le Procureur⁸⁰. Partant, le juge unique ne peut conclure à partir de l'annexe 5 que M^e Faal avait eu accès à des informations confidentielles concernant l'espèce lorsqu'il a intégré l'équipe assurant la défense de Francis Muthaura.

Autres informations fournies

46. Ayant examiné les observations des parties, le juge unique est d'avis que le Procureur n'a pas prouvé, conformément à la norme applicable, que M^e Faal a, pour reprendre les termes employés par la Chambre d'appel, « connaissance d'une information secrète ou privée qui lui a été communiquée » alors qu'il travaillait au Bureau du Procureur. Cette conclusion est également étayée par les observations du Greffe datées du 1^{er} juillet 2011, qui montrent que, bien que M^e Faal figurait sur la liste de notification des documents déposés à titre confidentiel, il n'a jamais consulté aucun document ni élément de preuve confidentiel ou sous scellés concernant l'espèce⁸¹. La même conclusion est également étayée par les déclarations de M^e Faal, qui affirme catégoriquement n'avoir eu connaissance d'aucune politique

⁷⁹ ICC-01/09-02/11-172-Conf-Exp-Anx5.

⁸⁰ ICC-01/09-02/11-172-Conf-Exp, par. 8.

⁸¹ ICC-01/09-02/11-149-Conf-Exp et son annexe.

confidentielle en matière d'enquêtes ou de poursuites en l'espèce, ni en connaître l'existence, contrairement à ce qu'allègue le Procureur⁸². N'ayant aucune raison « de douter de l'intégrité de M^e Faal », le juge unique est fondé à « s'appuyer sur les assurances claires données par celui-ci »⁸³.

PAR CES MOTIFS, LE JUGE UNIQUE

- a) **rejette** la requête du Procureur aux fins d'autorisation de déposer des observations écrites supplémentaires tenant compte de l'arrêt rendu par la Chambre d'appel ;
- b) **rejette** la requête du Procureur aux fins d'invalidation de la désignation de M^e Faal en tant que membre de l'équipe assurant la défense de Francis Muthaura ; et dit que M^e Faal peut continuer à représenter Francis Muthaura en l'espèce ;
- c) **décide** de reclassifier « public » les documents **ICC-01/09-02/11-170-Conf**, **ICC-01/09-02/11-368-Conf-Exp** et **ICC-01/09-02/11-371-Conf-Exp**.

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

/signé/

Mme la juge Ekaterina Trendafilova
Juge unique

Fait le vendredi 9 mars 2012

À La Haye (Pays-Bas)

⁸² ICC-01/09-02/11-150-Conf-AnxD1.

⁸³ Chambre de première instance III, Décision relative à la requête de l'accusation aux fins d'invalidation de la désignation d'un consultant juridique auprès de l'équipe de la Défense, ICC-01/05-01/08-769-tFRA, par. 45 ; Chambre de première instance IV, Décision relative à la requête de l'accusation aux fins d'invalidation de la désignation d'un conseil de la Défense, ICC-02/05-03/09-168-tFRA, par. 22. Cet argument a également été avancé par la Défense, ICC-01/09-02/11-163-Conf-Exp, par. 11.